

ORGANIZADORES

Carol Proner

Gisele Cittadino

Gisele Ricobom

João Ricardo Dornelles

COMENTÁRIOS A UMA SENTENÇA ANUNCIADA

O PROCESSO LULA

INSTITUTO DEFESA DA
CLASSE
TRABALHADORA



Projeto Editorial
PRAXIS



**COMENTÁRIOS
A UMA SENTENÇA
ANUNCIADA
O PROCESSO LULA**

ORGANIZADORES

Carol Proner

Gisele Cittadino

Gisele Ricobom

João Ricardo Dornelles

COMENTÁRIOS A UMA SENTENÇA ANUNCIADA O PROCESSO LULA

INSTITUTO DEFESA DA
CLASSE
TRABALHADORA

INSTITUTO
JOAQUÍN
HERRERA
FLORES

Projeto Editorial
PRAXIS


CLACSO

canal6 editora

1ª edição 2017
Bauru, SP

Copyright© Projeto Editorial Praxis, 2017

Coordenador do Projeto Editorial Praxis
Prof. Dr. Giovanni Alves

Conselho Editorial

Prof. Dr. Giovanni Alves (UNESP)
Prof. Dr. José Meneleu Neto (UECE)
Profa. Dra. Vera Navarro (USP)

Prof. Dr. Ricardo Antunes (UNICAMP)
Prof. Dr. André Vizzaccaro-Amaral (UEL)
Prof. Dr. Edilson Graciolli (UFU)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C7325 Comentários a uma sentença anunciada: o Processo Lula /
Carol Proner et al. (orgs.). — Bauru: Canal 6, 2017.
542 p. ; 23 cm. (Projeto Editorial Praxis)

ISBN 978-85-7917-439-1

1. Direito processual penal. 2. Argumentação jurídica.
3. Sentença – comentários. 4. Abuso de autoridade. I. Proner,
Carol. II. Cittadino, Gisele. III. Ricobom, Gisele. IV. Dornelles,
João Ricardo. V. Título.

CDD 341.435

Projeto Editorial Praxis
Free Press is Underground Press
www.editoraprxis.com.br

Impresso no Brasil/Printed in Brazil
2017

APRESENTAÇÃO.....	10
FRENTE BRASIL DE JURISTAS PELA DEMOCRACIA EM DEFESA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	14
BREVE ANÁLISE DA SENTENÇA QUE CONDENOU O EX-PRESIDENTE LULA E OUTROS.....	17
AFRÂNIO SILVA JARDIM.....	17
O EX-PRESIDENTE LULA É CONDENADO POR UM ÓRGÃO JURISDICIONAL INCOMPETENTE. EQUÍVOCOS EM RELAÇÃO À COMPETÊNCIA DO JUIZ SERGIO MORO NA CHAMADA OPERAÇÃO LAVA-JATO.....	21
AFRÂNIO SILVA JARDIM.....	21
QUANDO O INCONSCIENTE DO JUIZ SE REVELA NA SENTENÇA.....	24
AGOSTINHO RAMALHO MARQUES NETO.....	24
O MITO SUPERMORO E O EFEITO KRYPTONITA DA CONSTITUIÇÃO.....	30
ALBERTO SAMPAIO JÚNIOR.....	30
ENTRE FATOS E CONVICÇÕES: ANÁLISE DA SENTENÇA DO JUIZ SÉRGIO MORO QUE CONDENA O EX-PRESIDENTE LULA	34
ALEXANDRE ARAÚJO COSTA.....	34
O DIREITO À DERIVA, O (IN)ESPERADO	43
ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO DE MORAES BAHIA	43
DIOGO BACHA E SILVA	43
MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA	43
QUANDO O DEVIDO PROCESSO LEGAL NÃO É SEGUIDO, A DEMOCRACIA PERDE.....	47
ÁLVARO DE AZEVEDO GONZAGA.....	47
DO LEVANTAMENTO DO SIGILO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS À PERDA DA IMPARCIALIDADE OBJETIVA.....	51
ANTÔNIO EDUARDO RAMIRES SANTORO	51
CULPABILIDADE PELO CONTEXTO? DOS RISCOS DO ABANDONO DO DIREITO PENAL DO FATO	56
ANTÔNIO MARTINS.....	56
O QUE DO CINISMO JURÍDICO “VEM AO CASO”?	60
AUGUSTO JOBIM DO AMARAL	60
FERNANDA MARTINS	60
O JUIZ, O COLABORADOR E AS LACUNAS DA NARRATIVA CONDENATÓRIA	65
BEATRIZ VARGAS RAMOS	65
POR QUE CONDENAR LULA?	69
CARLOS MARÉS	69
O JUIZ QUE ESCOLHEU O PROCESSO.....	72
CARMEN DA COSTA BARROS	72
O DEVIDO PROCESSO LEGAL EM RISCO NO BRASIL: A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA ANÁLISE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA DE LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA E OUTROS.....	77
CAROL PRONER	77
GISELE RICOBOM	77
NADA ALÉM DE FALÁCIAS: UMA ANÁLISE ARGUMENTATIVA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA CONTRA O EX-PRESIDENTE LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA.....	83
CECILIA CABALLERO LOIS	83
PRECES PARA <i>THEMIS</i>	87
CEZAR BRITTO	87
DIREITO PENAL DO INIMIGO (POLÍTICO).....	91
CHARLOTTH BACK	91
O LAMENTO DE ARISTÓTELES NA DECISÃO DO CASO DO “TRIPLEX DE LULA”: INCORREÇÕES LÓGICAS DA SENTENÇA	95
CLAUDIA MARIA BARBOSA	95
GUERRA JURÍDICA (OU, SIMPLEMENTE, GUERRA)	102
CRISTIANE BRANDÃO	102
A CONDENAÇÃO DE LULA MARCOU A TRANSIÇÃO DO ESTADO DE DIREITO PARA O ESTADO MUDIÁTICO PENAL E O NASCIMENTO DO “JUIZ AVESTRUZ”	107
DJEFFERSON AMADEUS.....	107

UMA PRISÃO NADA CONVENIENTE.....	111
DOUGLAS CARVALHO RIBEIRO	111
VICTOR CEZAR RODRIGUES DA SILVA COSTA	111
A SENTENÇA CONTRA O EX-PRESIDENTE LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA: MAIS UM TRÁGICO CAPÍTULO DO GOLPE DE 2016	115
EDER BOMFIM RODRIGUES.....	115
DO “DOMÍNIO DO FATO” A “PROPRIEDADE DE FATO”	119
EGAS MONIZ-BANDEIRA	119
BREVES APONTAMENTOS SOBRE A CONDENAÇÃO, EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, DO EX-PRESIDENTE LULA, OU SOBRE A LUTA PARA QUE A JUSTIÇA PREVALEÇA ANTE AO ARBÍTRIO	123
ELLEN RODRIGUES.....	123
EDUARDO KHOURY.....	123
QUID IAM AGUNT PUERI? POR QUE AGIRAM ASSIM, MENINOS?	128
EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO.....	128
AS FUNÇÕES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DA CULPABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO E A SENTENÇA CONDENATÓRIA CONTRA O PRESIDENTE LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA	131
FÁBIO DA SILVA BOZZA	131
O “CASO LULA” E AS TENDÊNCIAS AUTORITÁRIAS DA JUSTIÇA BRASILEIRA: DIREITO, POLÍTICA E ADVOCACIA CRIMINAL	136
FELIPE DA SILVA FREITAS	136
A CAÇADA DE LULA PELO PROCESSO PENAL DE EXCEÇÃO NA ERA DA PÓS-VERDADE	141
FERNANDO HIDEO I. LACERDA.....	141
O DESRESPEITO AO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA E A RUPTURA DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE JUDICIAL	145
FLAVIO CROCCE CAETANO	145
A TIRANIA TOGADA	152
FRANCISCO CELSO CALMON	152
A CRISE DAS INSTITUIÇÕES BRASILEIRAS REFLETIDA NA CONDENAÇÃO DE UM EX-PRESIDENTE DA REPÚBLICA POR UM JUIZ SINGULAR.....	156
GABRIELA SHIZUE SOARES DE ARAUJO	156
A ÓPERA DO ATRASO, UM APELO À RAZÃO HISTÓRICA	160
GIOVANNI ALVES	160
OS MÚLTIPLOS E PERVERSOS SIGNIFICADOS DA SENTENÇA DE SERGIO MORO.....	166
GISELE CITTADINO.....	166
CONSTITUIÇÃO ÀS FAVAS, O AUTORITARISMO TOGADO CHEGOU: O CASO DE UMA SENTENÇA VICIADA	169
GLADSTONE LEONEL JÚNIOR	169
SENTENÇA DE LULA E LAVA JATO À LUZ DO DIREITO INQUISITORIAL NO BRASIL NO SÉCULO XVIII.....	172
ISABELA DE ANDRADE PENA MIRANDA CORBY	172
DANIEL GONZAGA MIRANDA	172
A CRIMINALIZAÇÃO DA AMPLA DEFESA.....	176
JAMES WALKER JR	176
MORO, LULA E O TRIPLEX: NOTAS SOBRE UM JULGAMENTO	180
JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA	180
GUSTAVO FERREIRA SANTOS.....	180
MARCELO LABANCA CORRÊA DE ARAÚJO	180
O MALABARISMO JUDICIAL E O FIM DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	184
JOÃO RICARDO WANDERLEY DORNELLES.....	184
A INCOMPETÊNCIA DA 13ª VARA FEDERAL DE CURITIBA PARA JULGAR O “CASO DO TRIPLEX”	190
JOÃO VICTOR ESTEVES MEIRELLES	190
PARCIALIDADE E FETICHE: FREUD EXPLICA	198
JOAO VITOR PASSUELLO SMANIOTTO	198
DÉCIO FRANCO DAVID	198
A DOSIMETRIA DA PENA APLICADA A LULA: ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DA CIÊNCIA PENAL MODERNA ..	204
JORGE BHERON ROCHA.....	204
CONDENAÇÃO SEM PROVAS E JUÍZO DE EXCEÇÃO COMO AMEAÇA À DEMOCRACIA - UMA NÓDOA A SER SUPERADA	210

JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO	210
VIVENDO O DIREITO	219
JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO	219
DELAÇÃO, NOTÍCIA DE JORNAL, CONDENAÇÃO: ELEMENTAR, MEU CARO WATSON!	223
JOSÉ FRANCISCO SIQUEIRA NETO	223
A SENTENÇA ILEGAL DO JUIZ MORO CONTRA LULA	228
JUAREZ CIRINO DOS SANTOS	228
O CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA NA VISÃO DO STF E A SENTENÇA QUE VIOLA O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	232
JUAREZ TAVARES	232
ADEMAR BORGES	232
CAPTURA DA SOBERANIA POPULAR, ESTADO DE EXCEÇÃO E JURIDICINISMO	249
JULIANA NEUENSCHWANDER E MARCUS GIRALDES	249
LULA, O INIMIGO A SER COMBATIDO	254
LAIO CORREIA MORAIS	254
VITOR MARQUES	254
SENTENÇA DE MORO É A PROVA DE QUE A LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA DEVE ACABAR	258
LENIO LUIZ STRECK	258
ESTADO DE DIREITO, CRISE POLÍTICA E OPERAÇÃO LAVA JATO	266
LEONARDO AVRITZER	266
DA PUBLICIDADE, DA NULIDADE E DO CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS, QUEM ESTÁ ACIMA DA LEI?	272
LEONARDO COSTA DE PAULA	272
DA INCOMPETÊNCIA DE UM JUIZ SUSPEITO	277
LEONARDO ISAAC YAROCHEWSKY	277
VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA: ALTERAÇÃO DA IMPUTAÇÃO E NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA DE LULA	282
LIANA CIRNE LINS	282
O SUPEREU A SER SUPERADO	286
LUÍS CARLOS MORO	286
A INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NA SENTENÇA CONDENATÓRIA DO EX-PRESIDENTE LULA NA REPÚBLICA DE CURITIBA	295
LUIZ FERNANDO AZEVEDO	295
ROGERIO BORBA	295
JURISPRUDÊNCIA SENTIMENTAL E MEDIEVAL: CONDENAÇÃO COM BASE EM SUSPEIÇÃO E NA ANIMOSIDADE AO “INIMIGO DA SOCIEDADE”	300
MARCELO NEVES	300
OBJETO MATERIAL INEXISTENTE E AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DE ATO PESSOAL PRATICADO PELO CONDENADO ...	306
MÁRCIO AUGUSTO PAIXÃO	306
LAWFARE, ESSE CRIME CHAMADO JUSTIÇA	308
MARCIO SOTELO FELIPPE	308
O CAPITÃO DO MATO E O POMBO-CORREIO	313
MARCIO TENENBAUM	313
ENTRE A LEGITIMIDADE E A VIOLÊNCIA: A PROPÓSITO DA PRIMEIRA CONDENAÇÃO CRIMINAL DE LULA	315
MARCO ALEXANDRE DE SOUZA SERRA	315
A SENTENÇA CONDENATÓRIA DE LUIZ INÁCIO DA SILVA E A ARGUMENTAÇÃO NEGATIVA DO ESTADO CONSTITUCIONAL	319
MARGARIDA LACOMBE CAMARGO E JOSÉ RIBAS VIEIRA	319
VIOLÊNCIA E ESPETÁCULO NA DECISÃO CONTRA O PRESIDENTE LULA	323
MARIA CRISTINA VIDOTTE BLANCO TARREGA	323
QUEM ESTÁ ACIMA DA LEI?	327
MARIA GORETTI NAGIME	327
CASO LULA: UN PAÍS AL MARGEN DE LA LEY	330
MARÍA JOSÉ FARIÑAS	330
O PREVISTO JULGAMENTO DE LULA	332
MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA	332

“QUID PRO QUO” SEM “QUID” BREVE ANÁLISE DE UMA SENTENÇA “SUI GENERIS”	336
MAURICIO STEGEMANN DIETER.....	336
JACSON ZILIO	336
DELAÇÃO PREMIADA VERSUS DIREITO AO SILÊNCIO. QUEM GANHA NA SENTENÇA?	349
MICHELLE AGUIAR	349
A CONDENAÇÃO DE LULA: UMA PROMESSA CUMPRIDA	352
NASSER AHMAD ALLAN.....	352
SOCORRA-NOS, MONTESQUIEU!	355
NELIO MACHADO	355
USO E ABUSO DA CONDUÇÃO COERCITIVA	358
OTAVIO PINTO E SILVA.....	358
ATIVISMO JUDICIAL NA SENTENÇA DE LULA	361
PAULO PETRI.....	361
FABIANO MACHADO DA ROSA.....	361
UM JUIZ ACIMA DA LEI	364
PAULO TEIXEIRA	364
A SENTENÇA DE LULA COMO MEDIDA DE EXCEÇÃO.....	366
PEDRO ESTEVAM SERRANO.....	366
A INCONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO QUE CONDENA À PRISÃO LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA E O BRASIL	369
PEDRO PULZATTO PERUZZO	369
TIAGO RESENDE BOTELHO	369
DA VIOLAÇÃO DO ACUSATÓRIO AOS ABUSOS PROCESSUAIS E MORAIS: QUANDO O INDEVIDO PROCESSO LEGAL ENCONTRA A CRENÇA MESSIÂNICA	375
RAFAEL FONSECA DE MELO	375
LULA, POLÍTICA E CORRUPÇÃO: AS MAZELAS DA TÉCNICA.....	380
RAFAEL THOMAZ FAVETTI.....	380
FABIANO SILVA DOS SANTOS.....	380
SENTENÇA CONTRA LULA VIOLA A IGUALDADE DE ARMAS PROCESSUAL.....	385
RICARDO FRANCO PINTO.....	385
A CONDENAÇÃO DE LULA: O MAIOR CASO DE <i>LAWFARE</i> DO BRASIL	389
RICARDO LODI RIBEIRO	389
O “CASO TRIPLEX” E O DIREITO PENAL DO ABSURDO.....	393
ROBERTA BARBOSA MIRANDA.....	393
O DEVIDO PROCESSO ENTRE A JUSTIÇA E A POLÍTICA	397
ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS.....	397
INADEQUADA É A CONDUTA DO JUIZ	403
ROBERTO TARDELLI	403
BREVÍSSIMA ANÁLISE DE UMA DECISÃO JUDICIAL À LUZ DO PRINCÍPIO “IN DUBIO PRO REO”	407
RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA	407
NADA SOBROU DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A SENTENÇA É NULA!	412
RÔMULO LUIS VELOSO DE CARVALHO.....	412
FOGUEIRAS DE JULHO	417
ROSA CARDOSO DA CUNHA	417
PODER PUNITIVO E O DISCURSO MANIFESTO DO CASTIGO: UMA DECISÃO VERTICAL DE PODER	421
RUBEN ROCKENBACH MANENTE.....	421
ELES, OS JUÍZES, VISTOS POR UM PROFESSOR.....	425
SALAH H. KHALED JR.	425
A SENTENÇA DE MORO É UM ESPECTRO QUE AMEAÇA O PODER JUDICIÁRIO	431
SÉRGIO BATALHA	431
A SENTENÇA CRIMINAL E AS TEORIAS AGNÓSTICAS.....	433
SERGIO FRANCISCO CARLOS GRAZIANO SOBRINHO.....	433
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A SENTENÇA DE CONDENAÇÃO DO LULA	436
SÉRGIO LUIZ PINHEIRO SANT’ANNA	436

KAFKA É FICHINHA.....	439
SERGIO SERVULO	439
“DELATOR INFORMAL”: O CASO LÉO PINHEIRO E O VALE TUDO PARA CONDENAR LULA.....	441
TANIA OLIVEIRA.....	441
A CONDENAÇÃO DE LULA POR SÉRGIO MORO NA VISÃO DE UM ADMINISTRATIVISTA	445
TARSO CABRAL VIOLIN.....	445
A SENTENÇA DE MORO: “XEQUE MATE” E CHEQUE SEM FUNDOS	449
TARSO GENRO.....	449
A SENTENÇA CONDENATÓRIA DO PRESIDENTE LULA COMO UMA AFRONTA AO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	451
TATYANA SCHEILA FRIEDRICH	451
LARISSA RAMINA	451
PREVALÊNCIA DAS CONVICÇÕES NA CONDENAÇÃO DE LULA	456
VALEIR ERTLÉ	456
SOBRE A DOSIMETRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.....	459
VANESSA CHIARI GONÇALVES.....	459
MORO E A MORTE DO DIREITO	464
WADIH DAMOUS.....	464
CONDENAÇÃO POR IMÓVEL: SEM POSSE E SEM DOMÍNIO	466
WEIDA ZANCANER	466
CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO	466
O AUGUE DO PROCESSO DE <i>LAWFARE</i> DESENCADEADO CONTRA LULA. O DIREITO MORREU. E FOI DE MORTE MATADA	470
WILSON RAMOS FILHO	470
RICARDO NUNES DE MENDONÇA.....	470
A JUSTIÇA PRIVATIZADA	474
YURI CARAJEESCOV.....	474
O JUÍZO DE CURITIBA E O DESAMOR DA RIGOROSIDADE PROCESSUAL: PRESUNÇÕES, CONFUSÕES, ILAÇÕES E FALÁCIAS.....	478
YURI FELIX	478

APRESENTAÇÃO

“Comentários a uma sentença: o Caso Lula” é talvez o mais importante documento jurídico publicado no Brasil em décadas. A presente coletânea de artigos nasceu de um movimento espontâneo e bastante significativo de juristas brasileiros e estrangeiros que examinaram cuidadosamente a sentença proferida no âmbito do processo que tramitou na 13ª Vara Federal de Curitiba, no caso que ficou conhecido na mídia como o do “tríplex do Guarujá”.

Para além do caráter inédito da condenação criminal de um ex-Presidente da República em circunstâncias políticas em tese não comparáveis às das ditaduras brasileiras do século passado, a sentença, que em larga medida era aguardada como desfecho não surpreendente deste processo criminal, provocou imediata reação entre os que a leram comprometidos unicamente com o propósito de tentar entender os motivos pelos quais Luiz Inácio Lula da Silva está sendo punido pela prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de ativos de origem ilícita.

A certeza da condenação era fato. Admiradores e opositores do ex-presidente sabiam que não haveria outro veredito. A dúvida residia em conhecer as razões da condenação, exigência normativa da Constituição de 1988 que, pelas inevitáveis repercussões políticas do mencionado processo, mostraram o acerto do Constituinte de 1987-1988 ao elevar a fundamentação das decisões ao patamar de garantia constitucional do processo.

Apenas recentemente, depois de vinte anos de intensa batalha jurídica protagonizada por Fernando Fernandes, por coincidência advogado de Paulo Tarciso Okamoto, que neste caso do “tríplex do Guarujá” figura como réu ao lado do ex-presidente Lula, logrou-se cumprir decisão do Supremo Tribunal Federal, dando a conhecer os áudios dos julgamentos que o Superior Tribunal Militar (STM) realizou durante a ditadura de 1964-1985.

Os referidos julgamentos, tornados públicos agora, revelam as virtudes democráticas da publicidade do processo e da motivação das decisões. Frases do tipo “Eu vou tomar uma decisão revolucionária, deixando de lado a lei, porque pela lei não se pode condená-lo de maneira nenhuma”, ditas nos julgamentos, pelas mais altas autoridades judiciárias militares e civis, em um ambiente de segredo, hoje são conhecidas de todos os que se derem ao trabalho de ouvir os áudios daquelas sessões.

A motivação das decisões e a publicidade dos julgamentos são as *armas pacíficas* do Estado de Direito contra arbítrios e abusos, além de proporcionarem aos tribunais a oportunidade de uma maior qualidade e eficiência na tarefa de corrigir sentenças consideradas injustas, malgrado proferidas com apoio em sincera crença de que o direito foi aplicado ao caso concreto.

Ademais, o trabalho dos juízes, como expressão de atividade republicana regulada por um conjunto escrupuloso de regras jurídicas materiais e processuais, está sujeito a ser conhecido e avaliado não somente pelas partes destinatárias diretas da sentença. Cada pessoa, interessada na sorte de seu semelhante submetido a um processo criminal, dispõe de meios e recursos para promover uma verdadeira arqueologia das razões pelas quais alguém é condenado ou absolvido.

A publicidade do processo e a motivação das decisões funcionam como escudos contra aquele tipo de justificação acima referido, frequente à época no STM, próprio dos julgamentos políticos. Em casos no quais a condição de processo político não é encoberta pela forma criminal com que se apresentam, é por meio do escrutínio das razões do magistrado que a cidadania se sente protegida ou ameaçada.

Se os motivos de eventual condenação correspondem ao que prevê o *corpus* jurídico vigente e a lei penal está sendo aplicada em conformidade com o entendimento dominante acerca do conjunto de conceitos e noções produzidos pela chamada *dogmática penal* no Brasil, há de se presumir justificável a sentença e, assim, o seu acerto dependerá da correção do juízo do magistrado acerca da avaliação da prova, que deve ter sido produzida em um ambiente de rigorosa observância das regras do devido processo legal.

No entanto, se os conceitos e noções canônicos do direito penal brasileiro são afastados e, além disso, as garantias do devido processo são vulneradas, recorrendo o juiz a critérios de avaliação da prova e a outras práticas processuais no mínimo altamente discutíveis, o *ordinário* converte-se em *exceção* e os sinais de alerta, na defesa do Estado de Direito, imediatamente devem ser acionados.

Na hipótese há expressivo consenso de que o direito estrangeiro *aparentemente* substituiu o nosso, operando-se o fenômeno que Elisabetta Grande denomina de *circulação simbólica* de modelos jurídicos oriundos de diferentes âmbitos da cultura jurídica e de diferentes áreas do próprio direito.¹

O manejo dos conceitos e noções seguiu por essa trilha na condenação, reverberando convicções particulares e presunções formuladas em matéria penal em desconformidade com a análise de fatos apoiada em provas.

Embora se trate de simples apresentação do livro, não custa esclarecer o leitor acerca do significado, em termos de perigo para as liberdades individuais, de converter a exceção em regra, como em minha opinião fica claro na sentença tratar-se da opção do magistrado. Sobre o assunto sublinha Janaína Matida:

“A presunção judicial não é outra coisa senão o raciocínio sobre os fatos realizado pelo julgador; é o que se espera existir em sistemas jurídicos nos quais seja vigente a diretiva de livre e racional valoração, pois cabe ao juiz valorar as provas como informações suficientes (ou não) para a determinação da ocorrência dos fatos sob discussão. Sua qualidade está diretamente vinculada à generalização empírica por ele selecionada; logo se a generalização não é universal, ela, por definição suporta a possibilidade de exceções. Portanto, a construção do raciocínio deverá cuidar de demonstrar que o caso individual é regra e não exceção.”²

O raciocínio condenatório que se apoia na exceção, recorre retoricamente a modelos jurídicos estrangeiros e *traduz indevidamente* conceitos penais – como salta aos olhos na condenação do ex-presidente por corrupção – fazendo letra morta da advertência da

¹ GRANDE, Elisabetta. *Imitação e direito: hipóteses sobre a circulação dos modelos*. Tradução de Luíz Fernando Sgarbossa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

² Matida, Janaina. Em defesa de um conceito jurídico de presunção. Tese doutoral. 2017. (Ainda não foi publicada).

impossibilidade de *transplantes* do gênero³, haveria de provocar vívida reação entre os estudiosos do direito.

O verdadeiro *escrète* de juristas, professoras e professores, advogados e intelectuais que seguiam de perto o processo, mobilizou-se ao constatar a excepcionalidade do estilo e dos argumentos empregados pelo juiz criminal na mencionada decisão.

Assim, o processo todo – e não somente a sentença – foi passado a limpo nos artigos que o leitor tem em mãos e que são de exclusiva responsabilidade de cada autor.

A centena de textos esmiúça o procedimento, esclarece que regras efetivamente estão em vigor e como incidem no caso concreto. Na opinião dos autores dos artigos estas regras não foram observadas e a sua não observância levou a que se proferisse uma decisão injusta.

Releva notar que em tempos de julgamento público e correspondente publicidade da motivação não há mais espaço para *deixar de aplicar a lei para condenar*.

Algo do gênero, portanto, subverte a lógica e seria dificilmente aceitável ainda mais neste período de instabilidade política e insegurança jurídica. Interrogar cada argumento, indagar de sua adequação aos procedimentos legais e à interpretação corrente configurou o método que autoras e autores utilizaram para verificar se e em que medida foi violado ou respeitado o devido processo legal.

A probabilidade de condenação do ex-presidente Lula e a sua confirmação são muito mais do que *meras convicções* de um processo bastante problemático sob qualquer ângulo.

O leitor tem consigo mais do que a obra de cento e vinte e um autores, retratada em cento e um artigos que submetem todos os aspectos da longa sentença ao criterioso exame que a ciência penal, o direito constitucional e outras áreas do saber consideram fundamentais para afirmar o Estado de Direito no Brasil.

“Comentários a uma sentença: o Caso Lula” é uma espécie de *Carta Compromisso com a Cidadania, a Democracia e o Estado de Direito*.

Confiar que os tribunais farão justiça a Luiz Inácio Lula da Silva é acreditar que a máxima dos julgamentos dos anos 70, no STM - “Eu vou tomar uma decisão revolucionária, deixando de lado a lei, porque pela lei não se pode condená-lo de maneira nenhuma” – está definitivamente sepultada entre nós. Se não há crimes, e crimes não há, a absolvição é a única decisão possível.

Em nome de todos os autores e todas as autoras agradeço aos que deram vida a este documento jurídico, a esta *Carta Compromisso com a Cidadania, a Democracia e o Estado de Direito*. Sem as excepcionais, corajosas e determinadas professoras Carol Proner, Gisele Cittadino, Gisele Ricobom e o combativo e incansável professor João Ricardo Dornelles, o que seria a indignação individual com a injustiça de uma decisão tão transcendente não teria dado lugar a um documento que se espera possa contribuir de forma efetiva para o restabelecimento do império do Direito, com a absolvição do ex-presidente Lula.

³ Por todos: HENDLER, Edmundo S. Derecho. Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos. Buenos Aires: Ad-hoc, 2006. p. 45.

Muito obrigado, Carol Proner, Gisele Cittadino, Gisele Ricobom e João Ricardo Dornelles. Como disse Miguel Littín, clandestino no Chile, a Garcia Marques: há atos que aparentemente são corajosos, mas que no fundo são compromisso com a dignidade cívica. Vocês são corajosos e nos incentivaram a fazer a *luta pacífica* pela dignidade cívica.

Geraldo Prado

FRENTE BRASIL DE JURISTAS PELA DEMOCRACIA EM DEFESA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Prezadas leitoras, prezados leitores,

A presente obra é fruto do esforço de juristas de grande conhecimento na área de direito penal e processo penal, bem como áreas afins com o propósito de analisar a sentença proferida nos autos da ação penal que tramitou perante a 13ª Vara Criminal da Justiça Federal em Curitiba/PR.

O golpe de Estado perpetrado contra a Constituição Federal e a democracia no Brasil em 2016, retirando da Presidência da República Dilma Rousseff, deu início a um gigante processo de retrocesso dos direitos econômicos e sociais do povo brasileiro.

A resistência se verifica nas ruas, praças, escolas, teatros, colégios, universidades, sindicatos, assim como nas grandes mobilizações populares organizadas pela Frente Brasil Popular. O descontentamento com o golpe é crescente e impulsiona a tomada de posição das pessoas comprometidas com princípios éticos, almejando o retorno ao Estado Democrático e Social de Direito. Este livro com mais de uma centena de textos é expressão dessa tomada de posição diante do arbítrio por parte de quem deveria guardar a Lei e a Carta Magna.

A sentença prolatada, contendo 238 laudas, expõe de forma clara a opção do julgador pela radicalização e uso do Direito com fins políticos. Demonstra, sem receio, nítida adoção do processo penal de exceção, próprio dos regimes autoritários.

A fragilidade da técnica jurídica empregada no decisório revela a insegurança, incerteza e maleabilidade que permeiam os atos praticados nos processos promovidos contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Esse processo penal/político promovido pelo Ministério Público Federal é histórico e será, ao longo dos próximos anos, objeto de estudos na graduação, pós-graduação, no Brasil e no exterior.

Para além da sentença analisada nos textos a seguir, reconhecendo a complexidade da sociedade brasileira – historicamente oligárquica e desigual no acesso à justiça e sistemicamente corrupta – as conquistas decorrentes do princípio do devido processo legal são ainda mais fundamentais, são irrenunciáveis garantias das quais decorrem o estado de inocência, a imparcialidade do juiz, a motivação das decisões, a proibição da prova ilícita, a isonomia, a publicidade dos atos processuais, a inafastabilidade da jurisdição, a ampla defesa e a assistência jurídica.

A Constituição brasileira e a ampla legislação de amparo infraconstitucional asseguram o que é consenso universal, disposto no artigo 10º da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, não havendo hipótese que possa justificar um juízo excepcional.

O esforço da sociedade internacional para criar um marco internacional de combate à corrupção ocorre há décadas, no sentido de enfrentar um mal que é transnacional e que

acompanha os fluxos econômicos e financeiros do capitalismo neoliberal – marcado pela financeirização, transnacionalização e acumulação sem precedentes da riqueza e do poder em mãos privadas.

Os cânones internacionais são complexos e cuidadosos para que a governabilidade não seja afetada, nem mesmo a sustentabilidade de instituições e processos políticos e econômicos, de modo que o combate à corrupção em cada sociedade, e também no Brasil, exige compreender o Estado e a Administração Pública de modo igualmente sistêmico, não sendo tarefa para um único poder da República.

Setores do Judiciário e do Ministério Público, ao justificarem a necessidade do uso de meios e métodos heterodoxos, transitando indiscriminadamente entre direito e política, criam situações processuais inéditas de desrespeito às regras elementares do processo democrático para combater “inimigos corruptos e corruptores”, e o fazem por meio de inovações processuais como o uso indiscriminado da condução coercitiva, da prisão preventiva, da aceitação de provas ilícitas, provas seletivas e indícios como prova, da delação premiada em condições extremas, situações que transformam o processo em um julgamento de exceção, corrompendo as funções acusatórias e do juiz natural, não sendo desarrazoado falar em corrupção do sistema de justiça.

A corrupção é um fenômeno social, político, econômico e, como visto, também jurídico que afeta a todos, mina as instituições democráticas, retarda o desenvolvimento econômico e fragiliza a governabilidade.

A corrupção, em todas as esferas, precisa ser firmemente combatida, mas nunca às custas de direitos fundamentais tão duramente conquistados em anos de luta contra a opressão e o arbítrio. E também nunca às custas do desenvolvimento econômico do país, já que, como ocorre na operação símbolo de combate à corrupção no Brasil, a chamada *Operação Lava Jato*, muitas vezes não se levou em conta as consequências da interrupção ou suspensão de atividades de empresas investigadas, sua imagem e inserção nos setores produtivos do país, tudo isso produzido em juízo de primeiro grau de jurisdição.

O excesso de punitivismo promovido por setores dentro do Sistema de Justiça, praticado livremente e sem a devida correção, sem a leitura consequential de suas ações para o Brasil como um todo, coloca em risco outras instituições e poderes democráticos, pois que, sendo praticado pelo próprio Judiciário, será inevitavelmente tomado como exemplo de impunidade, de que nada acontecerá com a atuação que suspende a aplicação da lei, excepcionando o Estado de Direito, com consequências gravíssimas, como os recentes casos de massacre no campo, e aumento da violência e repressão aos movimentos sociais e trabalhadores no exercício do direito de greve.

Importa denunciar o papel da mídia televisiva nesse processo penal de exceção. A sentença proferida contra Luiz Inácio Lula da Silva é exemplo claro do esforço levado a cabo por parte da imprensa comprometida com interesses econômicos, aliada à noção do direito penal do inimigo, que se permite relativizar princípios basilares do Direito Constitucional, Direito Penal e do Processo Penal.

A mídia hegemônica, tanto televisiva como escrita, com a pretensão de reforçar e justificar o uso de métodos excepcionais no sistema de Justiça, com o fim de convencer

a opinião pública sobre a necessidade de uma “justiça justicialista” contra um “inimigo comum”, ataca o cerne da democracia.

Para essa mídia concentrada nas mãos de poucas famílias proprietárias, claramente compromissada com setores econômicos dentro e fora o Brasil, a corrupção é tratada como sendo método adotado por políticos e partidos escolhidos seletivamente, normalmente do campo da esquerda, evidenciando a aliança de setores da mídia com outros políticos visando as eleições e a governabilidade para atender aos interesses privados.

Há que se repudiar o jornalismo praticado por empresas de telecomunicação e jornalismo que, igualmente corrompidas e corruptoras, mentem, enganam, violam o direito à informação e à verdade dos fatos, sendo corresponsáveis pela instabilidade institucional e política do Brasil, coniventes com o aumento do autoritarismo, com os retrocessos sociais e com a violência, não sendo desarrazoado falar em corrupção da mídia no Brasil.

Os debates desencadeados nos diversos espaços sociais, as reflexões a respeito da fratura da democracia brasileira desde o golpe contra a Presidenta Dilma Rousseff e no contexto de um legislativo antipopular e corrupto, aprovando as medidas sociais das mais severas que o Brasil já experimentou, também oportunizaram a pergunta feita por muitos dos escritores reunidos nesta obra: se vivemos em um Estado Democrático permeado por medidas de exceção ou se, como entendem alguns, já vivemos efetivamente em um Estado de exceção.

Para além da resposta, de entender, segundo a melhor doutrina ou filosofia política, o que a teoria pode aportar à realidade inexorável, acreditamos ser direito e dever de todos os que defendem a democracia denunciar os difíceis percursos do autoritarismo que, guardadas as distinções em cada tempo histórico, ainda funciona marcado pelas permanências de uma transição democrática malfeita, pactuada e incompleta desde a luta pela anistia até os dias atuais, permanências que também se revelaram presentes no sistema de justiça brasileiro.

E somente superaremos o estranho estado de coisas, a sensação de que vivemos fora do direito ou com a suspensão da ordem jurídica, com a devolução do país aos trilhos da democracia é que poderemos rever o que foi feito com o país em tão pouco tempo, lesando o povo brasileiro até as últimas consequências.

Certamente com o devido tempo histórico, todas as circunstâncias que compõem os autos serão compreendidas com maior clareza, demonstrando os motivos inconfessos que animam a operação *Lava Jato*. A História se encarregará de resgatar os injustiçados. Aos coveiros da Constituição restará a repulsa e o opróbrio do povo brasileiro.

Esperamos que a leitura deste livro sirva de incentivo para a resistência à opressão e ao arbítrio.

Carol Proner e Ney Strozake

Frente Brasil de Juristas pela Democracia

BREVE ANÁLISE DA SENTENÇA QUE CONDENOU O EX-PRESIDENTE LULA E OUTROS

Afrânio Silva Jardim *

A sentença do juiz Sérgio Moro é excessivamente extensa (218 páginas), motivo pelo que vamos nos cingir à análise do centro da controvérsia contida no processo. Vale dizer, da resolução ou julgamento do mérito da pretensão punitiva estatal. Mesmo assim, vamos nos ater à parte da sentença que condenou o ex-presidente Lula que, por óbvio, é a que mais interessa ao público em geral.

Ademais, o referido magistrado, após o tradicional relatório, se utiliza de inúmeras laudas de sua sentença para “se defender” das alegações de ilegalidades e abusos processuais feitas por alguns dos réus. Nesta parte da sentença, que vai até o seu item 152, o juiz Sérgio Moro refuta alegações relativas às conduções coercitivas, buscas e apreensões domiciliares, interceptações telefônicas, inclusive em telefones de advogados, publicidade de conversas particulares, etc. etc.

Em nosso entendimento, as justificativas do magistrado não são convincentes e os excessos que teria praticado ou determinado que fossem concretizados são todos do conhecimento público.

Do item 153 ao 169, o juiz afirma a competência da Justiça Federal, malgrado os ofendidos dos crimes sejam pessoas jurídicas de direito privado, não se enquadrando nas hipóteses constitucionais da competência da Justiça Federal, (art.109), bem como o magistrado afirma a competência do juízo do qual é titular, em razão de alegada conexão.

Em relação a estas questões de competência, já nos manifestamos em texto publicado na nossa coluna do site Empório do Direito, discordando frontalmente do entendimento do juiz Sérgio Moro.

Vale a pena repetir, nenhuma das imputações feitas ao ex-presidente se enquadra nas hipóteses do já mencionado art.109 de Constituição Federal e, de qualquer forma, a alegada conexão, prevista no Código de Processo Penal, não poderia ampliar a competência prevista em nossa Lei Maior. Ademais, não havendo mais possibilidade de unidade de processo e julgamento, não mais se justificaria a modificação da competência de foro e juízo.

Nos itens 170 a 227, são enfrentadas questões processuais, como inépcia da denúncia e cerceamento de defesa de alguns dos réus. Também passaremos ao largo destas questões, até por que já publicamos texto, sustentando que a extensa denúncia do Ministério Público Federal carecia de boa técnica e mais parecia razões ou alegações finais, tornando difícil ao leitor ter clareza de quais imputações eram efetivamente feitas aos vários réus. (Texto publicado em nossa coluna no site Empório do Direito).

* Professor associado de Direito Processual Penal da UERJ, mestre e livre-docente em Direito Processual Penal (UERJ). Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do E.RJ. Autor de várias obras de Direito Proc. Penal.

Não vamos aqui considerar também outras questões preliminares como a suspeição do magistrado e o valor probatório das chamadas “delações premiadas”. Fatos públicos já demonstraram que o magistrado não reúne as condições de imparcialidade para processar o ex-presidente Lula, que o está processando criminalmente e contra ele representou várias vezes no Conselho Nacional de Justiça, bem como outras questões de cunho político.

Em parecer que publicamos no supra referido site, procuramos demonstrar que o ex-presidente Lula está sendo vítima de um verdadeiro “lawfare”.

Passamos então à questão central, qual seja, ter ou não o ex-presidente Lula praticado os crimes, que, de forma imprecisa, lhes são imputados na complexa denúncia do Ministério Público Federal.

Se bem entendida a confusa acusação, imputa-se ao réu Lula o crime de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Corrupção passiva porque, em razão de três contratos, lesivos à Petrobrás, a empreiteira OAS teria sido beneficiada indevidamente, motivo pelo qual teria doado um apartamento tríplice ao ex-presidente, parcialmente reformado. Lavagem de dinheiro porque o ex-presidente não realizou qualquer negócio jurídico hábil a transferir o referido imóvel ao seu patrimônio (sic).

Vamos primeiramente à controvérsia relativa ao apartamento tríplice. Diz a acusação e o reconhece a sentença que o apartamento é do ex-presidente Lula e de sua falecida esposa, Dona Marisa. Isto não está provado e nada nos autos autoriza dizer que o réu Lula e sua esposa tiveram sequer a posse direta ou indireta do apartamento tríplice. Proprietário não é, pois, no direito brasileiro, só é proprietário quem tem a escritura pública registrada junto à matrícula do imóvel no registro geral de imóveis.

A toda evidência, visitas ao imóvel, solicitações de realização de obras nele, vontade de adquiri-lo, manifestada através de e-mails, reserva do bem para futura aquisição, manifestação verbal do real proprietário de destinar o imóvel a determinada pessoa, nada disso transfere uma propriedade imobiliária.

Note-se, ainda, que o imóvel ainda hoje consta no RGI em nome da OAS e esta empresa, como proprietária, teria dado o referido imóvel em garantia real de dívidas que contraiu no sistema financeiro. Além disso, se o imóvel fosse do casal, estaria elencado no inventário de Dona Marisa e partilhado entre seus herdeiros, respeitada a meação do ex-presidente Lula.

A fragilidade da acusação é tamanha que a sentença, fugindo do verbo (conduta) previsto no tipo do artigo 317 do Código Penal, se utiliza das mais variadas expressões, senão vejamos:

1 – “ ... CONCEDEU ao ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva o apartamento 164-A, tríplice, do Condomínio Jardim Solaris...” (item 299 da sentença);

2 – “...foram encontrados diversos documentos relativos à AQUISIÇÃO do apartamento pelo ex-presidente...” (item 328);

3 - “...prova de que este imóvel estava RESERVADO pode ser encontrada em documentos da BANCOOP...” (item 369);

4 – “...ainda, segundo a avaliação da testemunha Mariuza Aparecida da Silva Marques, Marisa Letícia Lula da Silva era TRATADA não como uma adquirente potencial do imóvel, mas uma pessoa para a qual ele já tinha sido DESTINADO...” (item 489);

5 – “...sendo ele POTENCIAL COMPRADOR ...”(item 492);

6 – “...o apartamento 164-A foi reformado e que o ex-presidente e Marisa Letícia Lula da Silva TERIAM VISITADO o imóvel...” (item 502);

7 – Enfim, várias testemunhas declaram que julgavam que o imóvel era de propriedade do ex-presidente Lula, mas não dizem de que forma ele teria adquirido tal propriedade.

Finalizando nossa análise desta parte da sentença relativa ao apartamento “tríplex”, cabem os seguintes questionamentos:

1- A suposta aquisição do imóvel, que continua registrado em nome da OAS, caracterizaria UM CONCURSO FORMAL DE CRIMES, pois teríamos uma só conduta ou ação com dois resultados penalmente típicos, o que somente se admite para argumentar.

2- Como caracterizar lavagem de dinheiro sem dinheiro? O réu Lula não recebeu “propina” e com ela comprou o imóvel, colocando-o, dissimuladamente, em nome de terceiro. No caso, o imóvel é da OAS e continua em nome da OAS. Note-se que a OAS terá até embargos de terceiros, diante do confisco determinado pela sentença.

Trata-se de uma imputação que faria inveja ao grande escritor Franz Kafka, escritor do famoso livro “O processo”: lavagem de dinheiro porque o ex-presidente visitou um imóvel que poderia ser adquirido por ele posteriormente (sic).

Mesmo que o ex-presidente tivesse expressamente se comprometido com a empresa OAS (o que não está provado), ele não chegou a “receber” o imóvel, dele não tomou sequer posse e nem chegou a aceitar qualquer promessa indevida.

Verbalmente, não se transfere a propriedade imobiliária. Nem de tentativa poder-se-ia admitir, pois teria ocorrido a chamada “desistência voluntária”, prevista no Código Penal.

Por derradeiro, não há nenhuma prova de que o ex-presidente Lula tenha sido autor, coautor ou partícipe dos contratos lesivos à Petrobrás ou das ilicitudes realizadas nas respectivas concorrências.

Note-se que, sem a prova um ato ilícito anterior, não teríamos presente o necessário elemento normativo do tipo do art.317 do Código Penal, vale dizer, a vantagem auferida pelo sujeito ativo do crime não seria “indevida”. Se a vantagem não for indevida, a conduta é absolutamente atípica.

Prosseguindo: o fato de o Presidente da República ter recomendado a nomeação de algum diretor ou gerente da Petrobras não o torna partícipe dos crimes que estes, porventura, vierem a praticar em detrimento da empresa.

Nem mesmo a ciência da prática de um crime praticado ou que venha a ser praticado caracteriza a participação, segundo o nosso Direito Penal. Para a participação, neste caso, seria necessária uma conduta específica de auxílio ou instigação.

No processo, pelo que se depreende da leitura da longa sentença, não há nenhuma prova de conduta do ex-presidente Lula que o torne partícipe da realização dos

contratos ilícitos firmados pela Petrobras e a OAS ou qualquer outra sociedade empresária.

Note-se que, de qualquer forma, não há provas de qualquer conexão entre os contratos narrados na denúncia e a alegada vantagem que teria sido outorgada ao réu Lula.

Em relação à pena, não nos parece pertinente a aplicação do parágrafo único do artigo 317 do CP, bem como consideramos que a fixação das penas-base foi indevidamente elevada, tendo em vista os critérios previstos no artigo 59 do Código Penal.

Percebe-se, com clareza, que o juiz buscou exasperar a sanção penal com a finalidade de impor ao acusado o regime fechado para o cumprimento da pena de reclusão.

SURREAL: Lula foi condenado por receber o que não recebeu e por lavagem de dinheiro que não lhe foi dado ... Vale dizer, não teve o seu patrimônio acrescido sequer de um centavo!!! Não recebeu nenhum benefício patrimonial e por isso não tinha mesmo o que "lavar" ...

Pode-se afirmar, sem medo de errar, que o ex-presidente Lula não está tendo um processo penal justo e foi condenado de forma absolutamente injusta. Já o tinham eleito como criminoso, agora acham que encontraram os seus crimes.

O tribunal de segundo grau deve absolver o melhor Presidente da República de toda a história deste país, mas a história não absolverá os seus acusadores ...

O EX-PRESIDENTE LULA É CONDENADO POR UM ÓRGÃO JURISDICIONAL INCOMPETENTE. EQUÍVOCOS EM RELAÇÃO À COMPETÊNCIA DO JUIZ SERGIO MORO NA CHAMADA OPERAÇÃO LAVA-JATO

Afrânio Silva Jardim*

Inicialmente, cabe um esclarecimento, em face do título deste breve estudo. Não se trata de debater a competência jurisdicional de um juiz, de uma pessoa física, mas sim a competência da 13ª. Vara Federal de Curitiba, tendo em vista o que se convencionou chamar de “Operação Lava-Jato”.

A justificativa para que todos estes processos sejam julgados neste órgão jurisdicional é o fenômeno processual da conexão entre infrações penais. Então vamos examinar a questão sob o aspecto técnico, já que lecionamos a matéria por cerca de trinta e sete anos... Procuraremos ser claros e didáticos, de modo que até um leigo possa entender.

Antes de cuidarmos da alegada conexão, porém, cabe asseverar que a justiça federal não tem competência para processar e julgar o ex-presidente Lula no conhecido caso do “Apartamento Triplex”, já que não lhe foi imputado qualquer crime que teria sido praticado em detrimento de bem ou serviço da União, suas autarquias ou empresas públicas (a Petrobrás é uma pessoa jurídica de Direito Privado, sociedade empresária de economia mista).

Também nenhuma das outras hipóteses, previstas no art.109 da Constituição Federal, tem pertinência ao caso concreto. Dispõe a citada Carta Magna, no seu artigo 5, inciso LIII, que “ninguém será processado nem sentenciado senão por autoridade competente”. Trata-se, pois, de nulidade absoluta.

Por isso, mesmo que houvesse conexão, ela não poderia prorrogar a competência da justiça federal por dois motivos: 1) a Justiça Federal não tem competência que possa “atrair” os demais crimes eventualmente conexos; 2) via conexão, não se pode ampliar uma competência que seria prevista na Constituição, vale dizer, um artigo do Código de Processo Penal não pode modificar, ainda que pela ampliação, a competência prevista, de forma exhaustiva, na Constituição da República.

Entretanto, atentos ao princípio da eventualidade, apenas para argumentar, vamos demonstrar que, de qualquer forma, o juiz Sérgio Moro não seria competente para processar e julgar o ex-presidente Lula no caso do “Triplex”, mesmo que nada do que se disse acima fosse procedente e mesmo que houvesse a conexão que o juiz aponta em sua sentença, o que negamos com veemência.

A conexão entre infrações penais ocorre nas hipóteses expressamente previstas no artigo 76 do Código de Processo Penal. A conexão pode ampliar a competência de um determinado órgão jurisdicional para que haja um só processo e para que ocorra um só julgamento de dois ou mais crimes conexos. Dispõe o art.79 do mencionado diploma

* Professor associado de Direito Processual Penal da UERJ, mestre e livre-docente em Direito Processual Penal (UERJ). Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do E.RJ. Autor de várias obras de Direito Proc. Penal.

legal: “A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo ...”.

Vamos dar um exemplo didático: alguém furta um carro na comarca “A” para roubar um banco da comarca “B”. Cada crime, em princípio, seria processado e julgado na sua comarca. Entretanto, para que haja unidade de processo e julgamento, uma das duas comarcas vai ter sua competência prorrogada e vai processar e julgar os dois crimes em conjunto (conexão teleológica). No exemplo ora apresentado, o furto do carro e o roubo do banco serão objeto de processo único da competência da comarca “B”, por aí ter sido consumado o crime mais grave, (art.78, inc. II, letra “a”).

Assim, o que o legislador deseja – e nem sempre será possível – é que as infrações penais (crimes e contravenções) sejam julgadas em conjunto, quando forem conexas, evitando-se julgamentos contraditórios e também por economia processual. Se tais infrações forem da competência de foros ou juízos diferentes, a unificação em um só processo levará à prorrogação da competência de um e à subtração da competência do outro. Deseja-se o julgamento em conjunto, em um só processo, vale a repetição.

No caso da “Lava-Jato”, a única conexão possível entre infrações, levando-se em consideração os vários processos, seria a chamada conexão instrumental ou probatória, regulada no inc. III, do art.76 do Código de Processo Penal, que tem a seguinte redação: “quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração”. Não se cuida aqui de prova comum a dois crimes, mas sim de uma questão prejudicial homogênea. Por exemplo: o furto é conexo com a receptação pois, se não houve o furto, juridicamente não poderá haver a receptação (adquirir coisa de origem ilícita).

Desta forma, não concordamos com a interpretação elástica que a jurisprudência minoritária outorga à conexão instrumental, possibilitando a ampliação da competência da 13ª. Vara Federal de Curitiba.

Mesmo assim, muitas infrações ali processadas e julgadas não têm prova comum. Apenas algumas têm origem, por vezes remota, nos crimes perpetrados contra a Petrobrás S.A., pessoa jurídica de direito privado (fora da competência da justiça federal). Parece que é invocado um primeiro crime da competência da justiça federal, já processado e julgado de há muito. Entretanto, esta não é nossa questão central. Prosseguimos.

Partindo do que dispõe o legislador, conforme acima mencionado, enfrentemos uma outra questão, lógica e de fácil entendimento.

Havendo conexão, os crimes devem ser objeto de um só processo para que haja um só julgamento, vale dizer, todos sejam julgados através da mesma sentença.

Nada obstante, se os crimes já foram processados em autos separados e já houve um julgamento de mérito, não há por que modificar as competências de foro, de juízo ou de justiça. Vale dizer, já não mais haverá possibilidade de julgamento conjunto dos crimes conexos. O código de processo penal trata da questão, consoante regra que transcrevemos abaixo:

“Se, não obstante a conexão ou continência, forem instaurados processos diferentes, a autoridade prevalente deverá avocar os processos que corram perante os outros juízes, SALVO SE JÁ TIVEREM COM SENTENÇA DEFINITIVA. Neste caso, a unidade dos processos

só se dará, ulteriormente, para o efeito de soma ou de unificação de penas” (artigo 82, os grifos são nossos).

Sentença definitiva aqui é sentença de mérito pois, após ela, havendo recurso, o processo sobe para o Tribunal, inviabilizando novo julgamento conjunto com o eventual crime conexo. Não havendo recurso, o primeiro crime estará julgado, não podendo ser julgado novamente com o eventual crime conexo. É tudo muito lógico.

Destarte, um crime consumado em São Paulo, em Brasília ou no Rio de Janeiro, ainda que tenha alguma relação com a corrupção no âmbito da Petrobrás S.A., não tem por que ser processado e julgado pelo juiz Dr. Sérgio Moro, em novo processo. Este crime, ainda que fosse conexo com o primeiro, o qual determinou a competência deste magistrado, não mais poderá ser processado e julgado juntamente com aquele originário. Vale dizer, não cabe ampliar a competência da 13ª Vara Federal de Curitiba para processar e julgar crimes consumados fora de sua seção judiciária.

Tal ampliação de competência não se justifica, na medida em que não mais é possível a unidade de processo e de julgamento conjunto. É até mesmo intuitivo.

Por derradeiro, não me venham falar em prevenção. Tal critério de fixação (não modificação) de competência somente tem pertinência quando as diversas infrações conexas (todas elas) já forem da competência do juízo, foro ou justiça. Isto está expresso no artigo 83 do diploma processual penal, não sendo a hipótese da “Lava-Jato”, na maioria dos casos.

Vale a pena transcrever o texto legal: Art.83: “Verificar-se-á a competência por prevenção toda a vez que, concorrendo dois ou mais juízes IGUALMENTE COMPETENTES ou COM JURISDIÇÃO CUMULATIVA, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou queixa”.

No S.T.F., em havendo conexão ou continência entre as infrações penais, como todos os Ministros são igualmente competentes, a unificação de todos os processo é legítima, tendo em vista a prévia distribuição ao relator, ou ato anterior que o torne preventivo.

Note-se que, se um juiz incompetente, segundo os critérios legais acima, decretar uma prisão temporária ou preventiva, ele não se torna por isso competente por prevenção. Na verdade, ele seria sim incompetente para decretar tal prisão cautelar.

Em resumo: se não mais é possível o julgamento conjunto do crime originário da competência do juiz Sérgio Moro (pois já foi julgado separadamente) com os posteriores crimes, ainda que fossem conexos, não há mais motivo para ampliar a sua competência, em violação ao princípio constitucional do “juiz natural”, pois a nossa carta Magna dispõe expressamente que “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, (art.5º., inc. LIV, Constituição Federal), conforme acima já tínhamos mencionado. Cuida-se de uma garantia individual e fundamental e de nulidade absoluta.

QUANDO O INCONSCIENTE DO JUIZ SE REVELA NA SENTENÇA

Agostinho Ramalho Marques Neto*

A condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva pelo juiz Sergio Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba, não foi surpresa, nem para os que por ela ansiavam nem para os que a temiam ou a ela se opunham. Foi o desenlace esperado e até mesmo anunciado daquilo que se tramava havia muito tempo. Os atos e declarações dos componentes da assim denominada Operação Lava Jato – desde delegados da Polícia Federal, passando por membros do Ministério Público Federal e chegando ao juiz acima mencionado, assumidamente integrante e sob muitos aspectos até mesmo “chefe” da referida operação, por mais incompatível que isso possa ser com a postura que se espera de um juiz – apontavam sempre no sentido de uma “convicção” de culpa que só enxergava como “provas” aquilo que a reforçasse, o que evidenciava que o processo não passava de uma encenação para que a pré-concebida sentença condenatória fosse proferida.

Não é meu objetivo neste pequeno texto pôr a ênfase da análise sobre o mérito em si da condenação, seja no que se refere à sua materialidade, seja no concernente à (in)observância das formas, limites e garantias processuais. Não posso deixar de registrar, entretanto, o meu indignado entendimento de que Lula foi condenado com base em meros indícios e presunções, que foram tomados como provas suficientes no julgamento. Isso ficou claro desde o início e atingiu seu ápice como espetáculo naquela patética cena em que, empregando o recurso de um *PowerPoint* durante entrevista coletiva realizada ao vivo em rede nacional de televisão em setembro de 2016, procuradores federais, tendo à frente Deltan Dallagnol, apresentaram à população, de modo pretensamente “didático”, a tese acusatória de que o Estado brasileiro estaria tomado por vasta e sofisticada organização criminosa, cujo líder supremo seria o ex-presidente Lula. Uma vez estabelecido antecipadamente tal veredito, restava encontrar – e, se nada fosse efetivamente encontrado, restava inventar – as provas que fundamentariam a sentença condenatória.

O famoso tríplex no Guarujá foi artificialmente constituído enquanto prova, na falta de coisa melhor para a acusação, com a qual, por sinal, o comportamento do juiz muitas vezes se misturava. Essa confusão do lugar do juiz com o do acusador, essa alternância, na mesma pessoa, do trabalho de produzir provas contra o acusado e julgá-lo com base nessas mesmas provas, levou o juiz a tomar indícios, ilações e suposições como provas suficientes, na medida em que lhe pareciam ordenadas conforme uma narrativa “verossímil” que no entanto foi logo tomada como “verdadeira” e que sedimentou a convicção da culpa do réu, presente desde antes mesmo do início do processo e agora tornada inabalável. A certeza inabalável que então se instaura e determina a sequência

* Psicanalista.

Professor universitário nas áreas de Filosofia do Direito e Filosofia Política.

Membro fundador do Núcleo de Direito e Psicanálise do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

dos atos processuais que culminarão na condenação contém traços paranoicos, conforme já examinei em outro lugar⁴.

Outro ponto que não posso deixar de registrar é a inusitada e suspeitíssima “coincidência” de ter sido a sentença condenatória de Lula proferida precisamente no dia seguinte àquele em que o Senado Federal aprovou a abominável “reforma” trabalhista que na prática aboliu os direitos dos trabalhadores. É preciso ser muito ingênuo para acreditar que tal “co-incidência” tenha sido fortuita. A condenação de Lula, ícone dos trabalhadores e candidato mais cotado para vencer as eleições presidenciais de 2018, obscurece, desvia para Lula o foco dos holofotes das “reformas” trabalhistas e da carga cerrada de acusações de delitos contra o ilegítimo presidente Michel Temer, e com isso reforça o desmonte da legislação do trabalho, ao mesmo tempo em que visa a afastar da disputa o único candidato com condições de, uma vez no exercício do cargo, empenhar-se com alguma chance de êxito no sentido de reverter o imenso retrocesso imposto no campo das relações de trabalho e dos programas sociais em geral. Se perguntarmos a quem tudo isso beneficia, veremos sem dificuldade que o grande favorecido é o capital, sobretudo o rentista e financeiro, dentro das condições impostas pelo modelo neoliberal dominante em nível internacional. É ele que mais decisivamente esteve por trás do golpe de 2016 que depôs Dilma Rousseff da presidência da República precisamente para implantar autoritariamente as tais “reformas”, que jamais obteriam o aval do voto popular. É perfeitamente coerente com esse objetivo que, ao mesmo tempo em que o juiz Moro condenava Lula, era negado seguimento a processos por improbidade movidos contra políticos comprometidos com as “reformas”, como a comissão de ética do Senado fez em relação a Aécio Neves e a Câmara dos Deputados em relação a Michel Temer. Estes, por sinal, são perfeitamente descartáveis na ótica das elites dominantes, para as quais o que de fato interessa é a aprovação das reformas que lhes garantam a exploração sem restrições dos trabalhadores e o aumento desmedido do seu enriquecimento, não importando que custo social isso possa acarretar. O que isso tudo evidencia é que, por trás da condenação de Lula, há um objetivo inconfessado que é o verdadeiro objetivo das elites economicamente dominantes: inviabilizar, no nascedouro, a candidatura de Lula à presidência da República em 2018.

Mas essas e outras considerações de fundo jurídico e político não são o principal objeto do meu interesse neste trabalho. Elas foram e continuam sendo matéria de análises e artigos muito bem fundamentados de autoria de juristas, penalistas, processualistas e constitucionalistas renomados, que as têm examinado exaustivamente sob as mais diversas perspectivas. Vários desses autores têm trabalhos publicados no presente livro.

O objetivo primordial deste trabalho é selecionar e pôr em evidência algumas passagens da sentença condenatória em que o juiz Sergio Moro, acreditando que falava de Lula, ou do processo, ou das suas provas por ilação, ou que se queixava dos advogados de defesa, ou da imprensa, ou que rebatia críticas a ele dirigidas (tudo isso compõe o “conteúdo manifesto” da sentença), falava também e sobretudo de si mesmo, de sua posição subjetiva, de sua visão de mundo, do código moral implícito a seus atos e declarações, de sua concepção de direitos e garantias processuais e constitucionais e,

⁴ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. “O Juiz como Protagonista do Espetáculo: a Paranoia como Metáfora para Pensar essa Posição”. IN: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; TENENBAUM, Marcio & RAMOS FILHO, Wilson (organizadores). *A Resistência ao Golpe de 2016*. Bauru: Canal 6, 2016, p. 21-25.

acima de tudo, do que para ele significa *fazer justiça*, e qual o papel do juiz (ou seja, ele próprio, Moro) na perseguição desse alvo. Meu enfoque predominante será, portanto, de fundo psicanalítico, embora não me seja possível deixar de abordar também, aqui e ali, aspectos jurídicos e políticos do caso.

Ele falava dessas coisas sem saber, talvez, que estava falando muito mais do que supunha. É aí que se situa o “conteúdo latente” de sua fala. Assim como acontece com os sonhos, toda fala, todo discurso (e a sentença judicial é uma forma de discurso) apresenta conteúdos manifestos e latentes. Estes últimos muitas vezes correspondem a representações e desejos recalcados e inconscientes, que não cessam de buscar expressão e satisfação. E se presentificam como acidentes da fala, como lapsos, atos falhos, atos sintomáticos, descontinuidades, hesitações, associações superficiais e como que “forçadas”. Esses acidentes, denominados por Lacan de formações do inconsciente, são as formas pelas quais o inconsciente se manifesta, os desejos recalcados afloram, fazendo emergir a verdade do sujeito, oculta tanto para os outros quanto para ele mesmo. É nesse contexto que os psicanalistas afirmam que os atos falhos têm função de verdade, evocando o ensinamento de Lacan segundo o qual verdade, em Psicanálise, é presença de inconsciente na fala. Brincando um pouco com as palavras, posso dizer que é na falha da fala que o inconsciente se revela, que o sujeito é “flagrado” e se trai. É aí, também, que os determinantes dos sintomas se manifestam. Nesse sentido, as sentenças dos juízes constituem, não poucas vezes, alusões e referências aos sintomas desses juízes. Se desviarmos um pouco o olhar do conteúdo manifesto da sentença, isto é, da sua dimensão de *enunciado*, e o pousarmos na dimensão de *enunciação*, ou seja, o lugar simbólico a partir do qual o enunciado é emitido, muito podemos apreender da posição subjetiva em que o juiz se coloca (mesmo que inconscientemente, e neste caso a coisa tem ainda mais força) ao proferir a sentença. A questão a considerar aqui é a seguinte: *que posição de sujeito torna possível esse discurso?*

Trata-se, fundamentalmente, de uma posição de arrogância, própria de um sujeito que, encarnando visceralmente a função de “justiceiro”, identificando-se inteiramente com ela, se sente autorizado a impor a sua convicção – e a condenar com base nessa autorização –, não hesitando, quando lhe parece necessário para a consecução de tal propósito, em espezinhar os princípios e garantias constitucionais e processuais, como, por exemplo, o princípio da presunção de inocência, a observância do devido processo legal, o direito à ampla defesa e ao contraditório, que são verdadeiras “cláusulas pétreas” da cidadania numa sociedade democrática. Em síntese, quando a lei lhe parece um obstáculo à aplicação daquilo de cuja justiça ele tem certeza, ele simplesmente “cria” uma lei específica para aquele caso e aplica a *sua* justiça. Chegou mesmo a criar a figura de uma “propriedade de fato”, inexistente na legislação, mas que ele viu materializada na circunstância, para ele decisiva, de que o apartamento do Guarujá estava “reservado desde o início” para Lula e sua família e que por essa razão havia sido reformado pela construtora OAS, e utilizou essa criação como um dos principais fundamentos “fáticos” da condenação. Sempre em nome do Bem, é claro... E o fez respaldado na propaganda da grande mídia e no maciço apoio daí resultante que ele cultivava junto à opinião pública, que o enxerga como um herói nacional, e também amparado na cumplicidade de instâncias superiores do Judiciário, a começar pelo Supremo Tribunal Federal, que tem validado vários dos seus abusos, dando a impressão, não raras vezes, de fazê-lo por falta de coragem e de firmeza para assumir posições

contramajoritárias. Esse apoio ao avanço de julgamentos penais de exceção encontrou um de seus mais escandalosos exemplos quando o Tribunal Regional Federal da 4ª Região validou, em 22 de setembro de 2016, com apenas um voto em contrário, medidas abusivas e excepcionais tomadas pelo juiz Sergio Moro, dentre as quais o ilegal vazamento para a imprensa de conversa telefônica entre a então presidenta Dilma e o ex-presidente Lula, além do grampeamento dos telefones de escritórios de advocacia e da admissão como provas de elementos obtidos ilegalmente. Em texto publicado não muito depois de tão esdrúxula e perigosa decisão do TRF da 4ª Região, afirmei que “para tal decisão, o Tribunal baseou-se na premissa de que a operação Lava Jato não precisa seguir as regras dos processos comuns, e empregou, como fundamentos de tão insólito entendimento, argumentos que não encontram guarida na ordem jurídica vigente, nem tampouco sustentação ética consistente, como os de que vivemos uma ‘situação inédita’ que exige ‘soluções inéditas’, o que tornaria admissíveis ‘métodos especiais de investigação’ e ‘remédios excepcionais’”⁵. Trata-se, evidentemente, da convalidação da posição perversa de um juiz que confunde o ato de julgar com o de legislar e não se acanha de julgar com base em provas que ele mesmo produz ou ajuda a produzir. E como acontece em toda posição perversa, há uma arbitrária imposição de limites para os outros e ao mesmo tempo uma supressão de todos os limites para os seus próprios atos. Isso transparece no item 961 da sentença, quando o juiz afirma que “prevalece, enfim, o ditado ‘não importa o quão alto você esteja, a lei ainda está acima de você’ (uma adaptação livre de ‘be you never so high the law is above you’)”. Moro parece nem desconfiar de que, nessa passagem, ele deixa escapar, implicitamente, que “você” é sempre o outro, o acusado, o réu, não o juiz que, no caso, não se considera abaixo da lei pela simples razão de ter-se identificado com ela.

Em vários trechos de sua sentença, o juiz Moro se utiliza de um discurso denegatório que tem valor de ato falho. Freud introduziu o conceito de “denegação” (*Verneinung*) para designar aquelas situações em que o sujeito tenta afastar uma representação que de repente lhe ocorre, enunciando-a sob forma negativa, uma maneira de “repúdio, por projeção, de uma ideia que acaba de ocorrer”⁶, um mecanismo de defesa que consiste em projetar para o exterior do sujeito um conteúdo que lhe é interior. Freud diz que a denegação é uma *Aufhebung* do recalque, que ao mesmo tempo traz à tona o conteúdo recalcado e mantém o essencial do recalque. Um dos exemplos que ele dá, e que se tornou famoso, é o de quando um sujeito diz em análise: “O senhor pergunta quem pode ser a pessoa no sonho. Não é a minha mãe”. Freud indica que a regra técnica a observar em tal caso é a de simplesmente suprimir a negativa e acolher apenas o conteúdo da declaração: “Então, é a mãe dele”⁷.

Como o espaço que me resta para concluir é extremamente exíguo, limito-me a apontar duas passagens da sentença em que Moro, rebatendo associações que a ele mesmo iam ocorrendo, utiliza um discurso visivelmente denegatório que, na tentativa de encobrir,

⁵ <http://emporiododireito.com.br/limites-a-atuacao-do-juiz>

⁶ FREUD, Sigmund. “A Negativa” [1925]. IN: FREUD, Sigmund. *Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud*. Tradução de José Octavio de Aguiar Abreu, sob a direção-geral de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1976, v. XIX, p. 295.

⁷ Id. *Ibid.*, v. XIX, p. 295.

acaba por escancarar pensamentos e sentimentos inconscientes que revelam o “conteúdo latente” que sobredetermina a sentença condenatória.

Uma dentre inúmeras situações dessa espécie ocorre quando, no item 961 de sua sentença, após ter dedicado no início longas páginas para defender-se de acusações de abusos e falta de imparcialidade e para tentar demonstrar que não é suspeito para julgar Lula, Moro afirma que “por fim, registre-se que a presente condenação não traz a este julgador qualquer satisfação pessoal, pelo contrário”. Ora, o fato inusitado de um juiz sentir a necessidade de falar de seus próprios sentimentos, declarando, na sentença, que a decisão não lhe traz satisfação pessoal, é um eloquente indicativo de que ele primeiro (consciente ou inconscientemente, pouco importa neste contexto) admitiu experimentar, sim, essa satisfação, para em seguida negá-la sem observar ou pouco se importando com o fato de que existe uma afirmação anterior, implícita na negação. O adendo “pelo contrário” é o índice da denegação, “um certificado de origem, como se fosse um *‘made in Germany’*”⁸, como diz Freud. Basta, no caso, seguir a regra técnica que Freud indica e eliminar a partícula negativa, para que a satisfação denegada se revele como a causa oculta e determinante do desfecho da sentença. Essa denegação é forte candidata a vir a compor uma futura antologia de atos falhos reveladores das verdadeiras motivações de sentenças judiciais...

Outra revelação de “conteúdo latente” da sentença ocorre quando o juiz, para fundamentar a sentença condenatória, se baseia, não em atos ilícitos comprovadamente praticados pelo acusado, como manda a lei, mas em avaliações de sua conduta e postura durante o desenrolar do processo e em declarações públicas por ele feitas. Com isso, o juiz se aproxima temerariamente de um direito penal de autor, em que o sujeito não é julgado pelo que fez, mas pelo que é, ou pelo que parece ser aos olhos do julgador. No item 958 da sentença, por exemplo, Moro afirma que, em sua defesa, Lula, orientado por seus advogados, tem adotado “táticas bastante questionáveis, como de intimidação do ora julgador, com a propositura de queixa-crime improcedente, e de intimidação de outros agentes da lei, Procurador da República e Delegado com a propositura de ações de indenização por crimes contra a honra. [...] Tem ainda proferido declarações públicas no mínimo inadequadas sobre o processo, por exemplo sugerindo que se assumir o poder irá prender os Procuradores da República ou Delegados da Polícia Federal. [...] Essas condutas são inapropriadas e revelam tentativa de intimidação da justiça, dos agentes da lei e até da imprensa para que não cumpram o seu dever”. Moro vê aí “atos de hostilidade” contra os agentes da Justiça. Ainda que verdadeiros os conteúdos de tal afirmação, as declarações de Lula não são, por si sós, delitos prévia e expressamente tipificados no ordenamento penal, não podendo constituir, por isso mesmo, base para uma condenação. Além disso, propor ações em juízo é direito inalienável do cidadão, não podendo gerar consequências penais a não ser nos casos de litigância de má-fé e outros expressamente determinados por lei. Dando-se ou não conta disso, Moro se deslocou do lugar de juiz (lugar de imparcialidade, portanto) para o lugar de um contendor ou oponente do réu. Havia todo um fundo de verdade naquelas revistas de circulação nacional que estamparam em suas capas, na mesma semana, Moro e Lula como pugilistas ou gladiadores em plena luta... O juiz chega mesmo a reprovar, na sentença (item 795), o fato de que Lula, quando presidente, não

⁸ Id. Ibid., v. XIX, p. 297.

promoveu emenda no sentido de desconsiderar a exigência constitucional de trânsito em julgado da sentença condenatória para o início do cumprimento da pena, bem como de não ter tentado reverter a jurisprudência então dominante no STF sobre a matéria. Essas considerações evidenciam que a sentença condenatória e a fixação da pena (alta o suficiente para garantir o início do cumprimento em regime fechado) obedeceram a critérios subjetivos do juiz, o que configura flagrante erro técnico.

O MITO SUPERMORO E O EFEITO KRYPTONITA DA CONSTITUIÇÃO

Alberto Sampaio Júnior*

“Por essência todo super-herói age ao arrepio da lei.”

Leonardo Costa de Paula

“Não importa o quão alto você esteja, a lei ainda está acima de você”. E foi assim, citando a eloquente frase do historiador britânico *Thomas Fuller (1608 — 1661)*, que o juiz Sergio Moro, sob os holofotes de um midiático discurso de combate à corrupção a qualquer custo e, paradoxalmente, de subordinação à lei, concluiu sua pretensa elevação ao posto de herói nacional, condenando, entre outros acusados, o ex-presidente Lula a nove anos e meio de prisão. Imediatamente, criou-se, com clamor popular, altos índices de audiência, biografias, bonecos gigantes de Olinda, documentários, coreografias e algumas capas de revistas, o *“supermoro”*, acolhido pelos *“batedores de panela”*⁹ como novo salvador da pátria, ao lado de Bolsonaro, Malafaia, Alexandre Frota, *“pato amarelo da FIESP”*, Kim Kataguirí, *“japonês da federal”*, entre outras personagens.

Observando os abusos cometidos durante o desenvolvimento da denominada *“Operação Lava-Jato”* e, lamentavelmente, refletidas na condução das respectivas ações criminais, questiona-se: é possível, sob a égide de um Estado Democrático de Direito, alimentar a [falaciosa] ideia de juiz-herói? Ampliando a metáfora: quais seriam os limites aos superpoderes do *“supermoro”*, ou melhor, do *Clark Kent*¹⁰ da *“República de Curitiba”*?¹¹

As respostas para tais indagações se revelam tão complexas quantos os fenômenos sociais que as servem de plano de fundo, o que exigiria análises dignas de dissertações, intenção contrária desta breve reflexão. No entanto, a fim de compreendermos o assunto ora proposto, é necessário que o desenvolvimento deste sumaríssimo texto transcenda a estrita análise da sentença condenatória.

(...) medo e populismo punitivo: e agora, quem poderá nos defender?

Em que pese a esquizofrênica relação entre os aqui denominados juízes super-heróis e a Constituição representar evidente prejuízo a direitos e garantias fundamentais, manifestações a favor de Sergio Moro crescem a cada dia entre uma população que reconhece a expansão do Direito Penal (leia-se: recrudescimento de penas e criação de novos tipos penais) como única e imediata ferramenta de combate a inimigos forjados pelo medo que se alastrou entre os cidadãos. Nesse contexto, medo e necessidade de segurança forjam, no psicológico das pessoas, um desejo comum. Amedrontado, o

* Advogado.

⁹ Assim ficaram conhecidos os manifestantes contrários ao governo da ex-presidente Dilma Rousseff, que, em forma de protesto, batiam painéis do alto de janelas e varandas.

¹⁰ Personagem que representava a identidade secreta do *Superman*.

¹¹ Termo utilizado por Lula e que popularizou entre seus opositores, como algo a se orgulhar.

“Em Curitiba, a expressão está em protestos contra o governo e em manifestações a favor de Moro. Deputados defensores do impeachment dedicaram seus votos à “República de Curitiba”. ” Fonte: <https://www.nexojornal.com.br>

indivíduo se dilui entre a massa, que, por sua vez, influenciável e acrítica, forma, nas palavras de Freud, “um rebanho dócil, que não pode viver sem um senhor; ela [a massa] tem tamanha sede de obediência, que instintivamente se submete a qualquer um que se apresente como seu senhor”.¹²

Uma vez conquistada a confiança do “rebanho”, os senhores, a fim de se estabelecerem como heróis daqueles que almejam segurança, difundem os retóricos discursos de lei e ordem, criando um terreno fértil à propagação daquilo que Vera Malaguti Batista denomina de *populismo criminológico*. Aduz Malaguti: “perdemos a mordida crítica que tínhamos contra o autoritarismo na saída da ditadura e hoje aplaudimos a tortura e o extermínio dos inimigos de plantão. O importante é traduzir toda a conflitividade social em punição”.¹³ Encantados pelo som dos berrantes, o “rebanho” caminha em direção ao próprio abate – a redução de direitos trabalhistas é um excelente exemplo. A esperança de segurança passa a ser depositada sobre aqueles que melhor utilizam a técnica *völkisch*, que “consiste em alimentar e reforçar os piores preconceitos para estimular publicamente a identificação do inimigo da vez”.¹⁴

Sendo assim, o resultado da equação, formulada por meio do somatório entre medo, desejo de segurança, inclinação à sugestionabilidade, propagação de discursos de ódio, identificação de inimigos e a aclamação de heróis, não poderia ser diferente: violações a direitos e garantias fundamentais e os mais variados tipos de abuso de poder (*lato senso*).

(...) entre mitos e heróis, o “supermagistrado”

Qualquer dissertação a respeito do tema “heróis” se revela uma tarefa extremamente difícil, tendo em vista o seu estreito entrelaçamento a uma vasta gama de ritos e crenças religiosas, nas mais variadas culturas, habitando o imaginário humano há milênios. Aliás, inúmeras estruturas mitológicas são protagonizadas por heróis, tais como *Hagbard*, na mitologia nórdica, e *Osotokansoso*, na mitologia loruba.

Joseph Campbell, um dos maiores estudiosos da mitologia universal, na obra “*O Herói de Mil Faces*”, busca desvelar as verdades que se apresentam por meio de figuras religiosas e mitológicas, permitindo a identificação e semelhanças entre mitos e heróis, tanto nas culturas ocidentais quanto nas orientais. Em solo tupiniquim, conforme as lições de Khaled Jr., a construção de uma *mitologia nacional atribuiu identidade ao país*, onde a proximidade entre heróis e santos *residia no fato de ambos assumirem o papel de paradigma*.¹⁵ Rubens Casara, por sua vez, ao desenvolver sua tese a respeito da “*Mitologia Processual Penal*”, compreende o mito também como fenômeno social, concluindo que, “*no mito penal, faz-se presente o dualismo entre poder penal e estado de liberdade em conflito imanente que envolve toda a dogmática do direito e do direito processo penal*”.¹⁶

¹² FREUD, Sigmund. “*Psicologia das massas e análise de outros textos (1920-1923)*”; tradução Paulo César de Souza – São Paulo : Companhia das Letras, 2011. p. 30.

¹³ BATISTA, Vera Malaguti. “*Introdução crítica à criminologia brasileira*.” Rio de Janeiro : Revan, 2011. p. 101.

¹⁴ ZAFFARONI, Raul E. “*O inimigo no Direito Penal*”. Rio de Janeiro : Revan, 2011. p. 57.

¹⁵ KHALED JUNIOR, Salah H. “*Ordem e progresso: a invenção do Brasil e gênese do autoritarismo nosso de cada dia*.” Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2014. p. 25.

¹⁶ CASARA, Rubens R. R. “*Mitologia Processual Penal*”. São Paulo : Saraiva, 2015. p. 86.

Sob o prisma da Jusfilosofia, no que tange a construção de modelos de juiz, *Ronald Dworkin*, idealizando o mítico *Juiz-Hércules*, em síntese, buscou rechaçar a discricionariedade judicial, propondo um método de interpretação alicerçado sobre a esquematização de princípios que justificariam disposições legislativas e constitucionais, contrapondo-se ao modelo de juiz positivista. Atento ao tema, Lenio Streck aduz que o *Hércules dworkiano*, quando de sua instalação da teoria do direito, serviu para demonstrar que *“a discricionariedade judicial é antidemocrática e que, ao rejeitar qualquer posição pessoal do juiz e colocar ênfase na sua responsabilidade política, superou o esquema sujeito-objeto”*.¹⁷

O tema é vasto.

Os “supermagistrados”, imersos sob narrativas míticas (“aumento de pena reduz os índices de criminalidade”, por exemplo), provocam a compreensão daquilo a que se propõem fazer compreender – *é preciso punir, custe o que custar*, concluirão os aclamados heróis.

(...) dos quadrinhos ao realismo jurídico: quem nos defenderá da bondade dos heróis?

Em meio à difusão das histórias em quadrinhos e, respectivamente, ao sucesso de filmes e seriados ligados ao gênero, o fascínio pelos personagens super-heróis passou a alimentar a imaginação de crianças, adolescentes e, evidentemente, também de juízes, inspirando gerações inteiras, como nunca antes.

Muito embora exista uma extensa variedade de super-heróis, o enredo dos quadrinhos se desenvolve quase sempre sob características muito em comum: o herói, carismático e dotado de superpoderes, está a serviço do bem, combatendo o mal, lutando contra vilões, criminosos etc. Da ficção dos quadrinhos à vida real, muitos juízes, a exemplo de Sergio Moro, comportam-se como se incorporassem a identidade dos fantasiosos personagens, criando uma categoria de “heróis da vida real”.

A concepção de superpoderes aqui sucintamente desenvolvida não se confunde aos poderes constitucionalmente conferidos aos juízes de direito. É bem verdade que, no fundo, aqueles surgem da expansão dos poderes delineados em lei. Contudo, a ideia de superpoderes está intrinsecamente relacionada à eficácia do poder. Nesse sentido, os poderes dos intitulados “supermagistrados”, a exemplo do juiz Sergio Moro, confundem-se ao próprio direito. Sob a ótica do realismo jurídico, não se trata de uma mera confusão conceitual entre decisão judicial e direito, uma vez que as *“normas jurídicas são, pois, aquelas que os juízes aplicam no exercício de suas funções, ou seja, é direito verdadeiro somente aquele que é aplicado pelos juízes; as normas que procedem do legislador, mas que chegam ao juiz, não são direito”*.¹⁸

À primeira vista, poderíamos ter dificuldades em identificar a manifestação do realismo jurídico na condução do processo criminal que ensejou a condenação do ex-presidente Lula. Contudo, atribuir a propriedade do famoso tríplex ao acusado, contrariando a

¹⁷ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursivas*. 5.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 394.

¹⁸ Bobbio, Norberto. *“O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito”* São Paulo : Ícone, 2006 p. 143/144.

exigência de anotação em registro de imóveis, por si só, demonstram que a eficácia dos superpoderes do “supermoro” transcende o direito positivo, criando novas regras.

Portanto, nesse cenário em que os superpoderes dos “supermagistrados” ditam as regras do jogo, deixando o direito à mercê das boas intenções dos juízes-heróis, restam apenas a indagação proposta por Agostinho Ramalho: *quem nos defenderá da bondade dos bons?*

(...) contendo a expansão do poder punitivo: o efeito kryptonita da Constituição

De acordo com a ficção, os superpoderes do personagem *Superman* sucumbem à *Kryptonita*.¹⁹ Na vida real, em analogia ao mineral dos quadrinhos, cabe a Constituição impor limites aos poderes dos “supermagistrados” – eis o “efeito kryptonita da Constituição”: limitar poder.

A hipótese de super-heróis aqui desenvolvida é incompatível com as aspirações de um Estado Democrático de Direito, tendo em vista que superpoderes não estão condicionados a limitações. Oportunamente, é preciso esclarecer que acreditamos, sim, em heróis, a exemplo daqueles que, em ato de bravura, colocam-se em risco em benefício da vida alheia. Nossas críticas não se dirigem a esses heróis, tampouco aos heróis das mitologias. Nossa crítica se dirige aos juízes que acreditam estarem a serviço da segurança pública, *v.g.*, decretando prisões preventivas sem fundamentos idôneos, colocando-se, ironicamente, às margens da lei.

No caso da condenação do ex-presidente Lula, a metáfora do “supermoro” se mostra pertinente, uma vez que, sob um pretenso discurso de combate à corrupção e aplausos do “rebanho”, suas decisões, em especial a sentença condenatória, revelam, de maneira objetiva, total desrespeito à Constituição.

Por fim, parafraseando *Thomas Fuller*, concluímos: não importa o quão superpoderoso você acredita ser, a Constituição ainda é o seu limite, Moro.

¹⁹ Nas histórias em quadrinhos, a kryptonita é uma espécie de mineral que enfraquece os superpoderes do personagem *Superman*.

ENTRE FATOS E CONVICÇÕES: ANÁLISE DA SENTENÇA DO JUIZ SÉRGIO MORO QUE CONDENA O EX-PRESIDENTE LULA

Alexandre Araújo Costa*

Uma análise cuidadosa dos argumentos utilizados pelo juiz Sérgio Moro para condenar penalmente o ex-presidente Lula evidencia que se trata de uma decisão inconsistente. Não avaliarei a sentença de Moro a partir de suas potenciais motivações nem implicações políticas, mas do ponto de vista de sua consistência argumentativa. Minha conclusão é a de que, independentemente do juízo que tenhamos acerca dos atos praticados pelo ex-presidente, a sentença condenatória deve ser anulada por sua própria fragilidade argumentativa, tendo em vista que os fatos apresentados na decisão não justificam a narrativa de Sérgio Moro de que Lula teria recebido da OAS a “propriedade de fato” do famoso triplex em função do cargo de Presidente da República.

Embora a conclusão da sentença seja infundada, devemos reconhecer que a decisão de Sérgio Moro tem algumas virtudes que merecem ser destacadas: a descrição dos fatos é bem feita e os argumentos são devidamente explanados. Existe uma clareza na exposição que tem muito mérito, evidenciando que o juiz quis tornar a sentença compreensível para cidadãos comuns que se dedicassem a ler sua longa e minuciosa decisão.

Também cabe ressaltar que Sérgio Moro aponta com precisão a fragilidade dos argumentos utilizados pela defesa, cuja inconsistência sugere que o devido esclarecimento dos fatos seria muito indigesto para as pretensões políticas do ex-presidente. Todavia, precisamos ter em vista que os réus de processos criminais não são obrigados a comprovar sua inocência. Embora as narrativas do próprio Lula não consigam explicar adequadamente os fatos evidenciados nas investigações, a acusação é que tinha o ônus de comprovar a ocorrência e a autoria dos crimes imputados ao ex-presidente. A condenação penal exige que o juiz esclareça a versão dos fatos que ele entendeu comprovada pela instrução probatória e é nesse ponto que a sentença de Moro se mostra mais frágil: a narrativa que ele constrói não está devidamente baseada nos fatos e nos depoimentos que ele indica e, portanto, existe uma incompatibilidade entre as provas e a condenação.

As provas indicam que Lula obteve benefícios da OAS que ele não quer admitir isso? Sim. A OAS fez uma reforma em benefício dele? Fez. Esse tipo de recebimento causa danos à sua imagem? Causa. Ele mentiu negando tudo isso? Sim. É lícito que réus mintam em seu próprio benefício? Sim, mas essa mentira pode ter impactos políticos relevantes.

Mas a pergunta central é: há comprovação de recebimento de vantagem indevida em função do cargo de Presidente da República? E penso que aqui a resposta é negativa.

É verdade que a sentença indica uma série de fatos que podem ter constituído crime de corrupção. Considero suficientemente comprovado o fato de que a OAS manteve fora do comércio o famoso triplex entre 2009 e 2010, o que indica que o apartamento estava sendo reservado para Lula no exercício da presidência da República. Além disso, há comprovação de que a OAS promoveu reformas no apartamento em 2014, sem que

* Doutor em Direito, Professor da UnB.

tenha recebido qualquer remuneração por isso. Entre 2009 e 2014, não há contratos escritos, não há ajustes explícitos e parece não haver clareza sequer para os envolvidos acerca de como a OAS seria remunerada pelo apartamento e pelas benfeitorias.

Existem indícios que essas vantagens seriam pagas com verba decorrente da corrupção da Petrobras? Nesse sentido, existe apenas um indício: a afirmação de Léo Pinheiro de que ele acertou com Vaccari Neto em maio de 2014 que a OAS doaria o imóvel para Lula e debitaria isso da conta de corrupção (item 529).

Se as palavras de Léo Pinheiro forem verdadeiras, não haveria indícios de que Lula recebeu benefícios da OAS em função do seu cargo, mas que a OAS serviu como intermediária para pagamentos do PT a Lula, redistribuindo para ele parte do que o partido teria recebido de forma ilícita da empreiteira. Não há, porém, provas dessa operação, para além das palavras de Léo Pinheiro, que são insuficientes para justificar uma condenação por corrupção.

Além disso, o que Léo Pinheiro afirma expressamente é que, em maio de 2014, ele acertou com Vaccari que certos custos que a OAS teve deveriam ser cobertos com o dinheiro que seria pago pela empresa ao PT em função de contratos da Petrobras. Isso quer dizer que primeiro a OAS pagou as obras e somente depois ajustou com Vaccari a compensação, o que indica que houve um momento de indefinição acerca do modo como a empresa seria ressarcida (ou mesmo sobre se ela seria ressarcida) pelas benfeitorias e pelo próprio apartamento.

Tudo isso pode indicar que Lula viria a ser beneficiado após seu mandato por dinheiro originado de corrupção, mas esses fatos não comprovam que ele tenha praticado crime de corrupção. Não há mais indício de corrupção no caso do triplex do que há no pagamento pela OAS do depósito do acervo presidencial. Porém, nesse segundo caso, Moro absolveu Lula, por considerar que não havia provas de que o pagamento havia sido feito com dinheiro proveniente de corrupção.

Percebe-se, portanto, que o critério de condenação utilizado por Sérgio Moro não foi aquele definido pela lei (o recebimento de vantagem indevida em função do cargo), mas um critério bastante diverso: o recebimento de benefícios oriundos de dinheiro ligado à corrupção. Por mais que seja imoral o recebimento desse tipo de benefício, ele não configura crime de corrupção, como reconheceu o próprio juiz Sérgio Moro ao analisar o pagamento da OAS pelo depósito do acervo presidencial.

Em 2009, quando Lula era presidente, existe algum indício de que lhe foi transferida a propriedade do triplex? A única coisa que existe é uma afirmação de Léo Pinheiro no sentido de que João Vaccari Neto e Paulo Okamoto lhe disseram em 2009 que:

“O apartamento triplex, essa unidade é uma unidade específica, você não faça nenhuma comercialização sobre ela, pertence à família do presidente, a unidade tipo você pode vender porque eles não vão ficar com essa unidade, a unidade seria o triplex” (item 525).

Esse “pertence”, no meio da frase, é a palavra central do processo, pois foi com base nela que Sérgio Moro concluiu que Lula detinha a propriedade “de fato” do apartamento. Todavia, esse “pertence” parece ter sido usado de forma demasiadamente ambígua, visto que a narrativa toda não indica claramente que foi ajustada uma transferência gratuita do imóvel ao ex-presidente. Tanto que, na

continuidade do depoimento, Léo Pinheiro afirmou que conversou com Vaccari e Okamoto depois da reportagem da Globo sobre o triplex e que:

“[...] a orientação que foi me passada naquela época foi de que 'Toque o assunto do mesmo jeito que você vinha conduzindo, o apartamento não pode ser comercializado, o apartamento continua em nome da OAS e depois a gente vê como é que nós vamos fazer para fazer a transferência ou o que for', e assim foi feito. Isso, voltamos a tratar do assunto em 2013, se não me falha a memória.” (item 525)

Essa conversa torna evidente que não havia clareza alguma no que deveria ser feito com o imóvel, exceto que ele não deveria ser comercializado. Não havia definição sobre pagamentos, sobre compensações, sobre propriedade, sobre quem pagaria. O que Léo Pinheiro disse é que lhe foi pedido para não vender o apartamento e ele aceitou, mas não existe em nenhum dos diálogos contidos na sentença uma indicação clara de que ele deveria ter transferido o apartamento gratuitamente para Lula antes de 2014.

A OAS beneficiou Lula ao manter esse apartamento fora do comércio por tanto tempo? Sim. Fez isso intencionalmente? Fez, e há indícios fortes nesse sentido, já que o comportamento com relação a esse imóvel foi muito particular durante todo o período. Todavia, não há nesses fatos nenhum indício claro de que a OAS teria repassado o imóvel a Lula em 2009. A simples reserva de um apartamento em construção, mantendo-o fora do comércio ao longo do ano de 2010, caracteriza uma vantagem concedida a Lula em função do cargo que ele exercia? Creio que sim. Esse benefício caracteriza crime de corrupção? Creio que essa é uma questão difícil e que precisa ser devidamente enf

Como mensurar o benefício de tal reserva? Caso o imóvel estivesse pronto e fosse mantido fora do mercado, seria razoável indicar que a reserva implicaria um prejuízo para a empresa correspondente ao aluguel que não estaria sendo cobrado. Entretanto, como se tratava de um imóvel em construção, a simples reserva não gerava um prejuízo para a empresa. Tal reserva poderia até aumentar os custos da OAS, que teve de arcar com a construção do imóvel, mas isso não significa que houve prejuízo. A depender da valorização do imóvel no período, essa operação pode ter sido inclusive mais lucrativa para a empresa do que a venda do imóvel em 2009.

Portanto, ainda que a reserva possa ser considerada uma vantagem, a quantificação econômica desse benefício é muito difícil. Apesar da dificuldade de tal cálculo, é certo que se trata de um benefício com valor muito pequeno quando comparado à tese da sentença, que é o da transferência gratuita e dissimulada do bem, em 2009. Uma vantagem tão reduzida dificilmente justificaria a conclusão de que se tratou de corrupção passiva, especialmente quando esse benefício teria sido concedido em retribuição às vultosas somas investigadas pela operação Lava Jato.

Portanto, as provas apontadas por Sérgio Moro em sua decisão indicam somente que, entre 2009 e 2010, houve um benefício demasiadamente pequeno para caracterizar corrupção: a simples reserva de um imóvel em construção, sem qualquer indício de que tenha havido ajuste formal ou informal de transferência gratuita nem de compensação de valores recebidos ilícitamente pelo PT.

As reformas terminadas em 2014 são vantagens mais tangíveis, embora não haja prova cabal de que Lula não pagaria pelo triplex nem pelas benfeitorias. De toda forma, quanto a vantagens recebidas por Lula anos depois de encerrado o seu mandato, caberia a

Sérgio Moro concluir, tal como ele decidiu quanto à questão do pagamento pelo depósito do acervo presidencial, que “não há provas suficientes de que essas irregularidades tenham sido praticadas com intenção criminosa ou que fizeram parte de um acerto de corrupção” (item 931).

A influência política de Lula em 2014 justificou que Léo Pinheiro afirmasse que a OAS considerou adequado conceder a Lula mais de R\$ 1.300.000,00 reais porque tinha “muito interesse em estreitar mais ainda essas relações sobretudo por causa do mercado internacional” (item 934). Essa afirmação fez com que Moro entendesse que “a menção de que o pagamento tinha por propósito o estreitamento de laços, não basta para caracterizar corrupção, uma vez que não envolveu pagamento em decorrência do cargo presidencial ou de acertos envolvendo contratos públicos” (item 935).

Inobstante, Moro evidentemente faz a leitura de que todos os benefícios da OAS a Lula no caso do triplex ocorreram em função de seu cargo de presidente. É evidente que Moro percebeu que havia uma tensão entre as soluções que foram dadas a ambos os casos, pois ele dedicou dois itens da sentença para explicar que “não há nenhuma dúvida quanto à importância cultural e histórica da preservação do acervo presidencial” (item 927) e, no caso do triplex, “os recursos do Grupo OAS foram destinados especificamente ao enriquecimento sem causa e pessoal do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva” (item 928).

Essa diferença até pode ser relevante para eleitores de Lula, que poderiam considerar moralmente aceitável receber benefícios para custear a manutenção do acervo e considerar moralmente inaceitáveis os benefícios pessoais pagos ao Presidente. Todavia, essa é uma diferença irrelevante para a condenação penal, visto que nada impede que uma empresa conceda benefícios a uma pessoa com quem ela quer “estreitar seus laços”, como disse Léo Pinheiro. Para o juízo criminal, essa questão deveria ter sido irrelevante, e a centralidade que a ela foi conferida somente ressalta a artificialidade com que Sérgio Moro justificou a tese de que Lula teria recebido, em 2009, a propriedade de fato do triplex mais famoso do Brasil.

Para realizar essa proeza hermenêutica, o benefício teve de ser reconstruído por Moro como um Frankenstein. A mensuração econômica da vantagem é feita a partir de fatos que ocorreram em 2014 e indicam que Lula receberia o imóvel sem ter de pagar por ele. Não bastava afirmar que havia indícios de que Lula receberia, pelo preço nominal, um apartamento com várias benfeitorias. Essas escolhas fizeram com que a tese adotada por Moro permitisse maximizar o suposto benefício, somando o valor do imóvel com o valor das reformas, mesmo que todos saibam que benfeitorias voluptuárias não são totalmente incorporadas ao valor de um bem.

Todavia, para caracterizar corrupção, era necessário indicar que o bem teria sido recebido em função do cargo, e por isso a narrativa judicial faz retroagir a transferência do bem para 2009, época em que a instrução probatória indica que a situação do imóvel era, no mínimo, indefinida. Essa é uma solução tão frágil que a própria sentença precisa complementá-la com uma afirmação ainda mais débil:

880. Mesmo tendo parte dos benefícios materiais sido disponibilizada posteriormente, durante o ano de 2014, tendo eles origem em créditos decorrentes de contratos da Construtora OAS celebrados em 10/12/2009, considerando aqui somente os contratos do Consórcio CONEST/RNEST, configuram vantagem indevida disponibilizada em razão

do cargo de agente público federal, não só para o então Presidente, mas para os igualmente beneficiários executivos da Petrobras.

Pela construção de Moro, a prova de que as vantagens relativas ao triplex foram recebidas por Lula em função do cargo é que o PT tinha créditos ilícitos perante a OAS decorrentes de contratos celebrados em 2009. Portanto, o que a sentença fez retroagir a 2009 não foi a recepção das vantagens: Sérgio Moro considera que os benefícios pagos em 2014 consistiram na execução de acordos de corrupção que foram celebrados em 2009:

881. Não importa que o acerto de corrupção tenha se ultimado somente em 2014, quando Luiz Inácio Lula da Silva já não exercia o mandato presidencial, uma vez que as vantagens lhe foram pagas em decorrência de atos do período em que era Presidente da República.

Convenhamos que a OAS ter pagado benefícios a Lula em 2014, em função de sua influência política e de sua capacidade de abrir portas no mercado internacional, constitui uma situação política desgastante para a imagem do ex-presidente. Todavia, este fato (que foi o único fato comprovado nos autos) não caracteriza crime de corrupção passiva.

Os benefícios da OAS para Lula podem ter sido o pagamento de ajustes feitos durante o exercício do cargo? Podem. Todavia, os benefícios efetivamente concedidos até 2010 no caso do triplex parecem muito pequenos para justificar essa interpretação e os benefícios concedidos depois desse momento são muito compatíveis com presentes da OAS para conquistar a boa vontade do ex-presidente.

Os fatos apresentados são graves e demonstram várias irregularidades. A sentença também evidencia que Lula mentiu para tentar desqualificar as acusações. A estratégia da defesa foi lícita, mas sua fragilidade sugere que não havia modos politicamente palatáveis de justificar os fatos evidenciados pelas investigações. Afinal de contas, a escolhas deliberadas de atacar o juiz, atribular a audiência e deslocar o debate para a mídia não são típicas de réus que apresentam argumentos sólidos e narrativas robustamente calcadas nos fatos.

Creio que o problema central é que duas batalhas se desenrolavam ao mesmo tempo. Uma batalha penal, que poderia ter sido ganha com o argumento de que os benefícios foram recebidos, mas não foram criminosos. Uma batalha política, que era incompatível com essa estratégia e exigia construir uma imagem de vítima para Lula.

Não obstante haver provas de obtenção por Lula de vantagens pagas pela OAS, Sérgio Moro opera uma série de malabarismos para caracterizar como “corrupção passiva” os atos do ex-presidente e para justificar sua própria competência para julgá-los, que exigia uma vinculação direta dos benefícios recebidos com os contratos investigados pela Lava Jato.

A tese de Moro é de que Lula era proprietário “de fato” do triplex desde 2009 e isso é necessário para justificar a condenação por corrupção. Mas não há nada de claro na afirmação de que ele e Marisa eram proprietários do famoso triplex. As provas indicadas por Sérgio Moro não são plenamente compatíveis com essa leitura, que força os fatos para se encaixarem nas pretensões do juiz.

Todos os fatos poderiam ser rearranjados em uma versão mais leve: Lula consegue com João Vaccari Neto (presidente da BANCOOP - Cooperativa Habitacional dos Bancários) a reserva de um apartamento maior. Lula estava pagando por um apartamento menor, mas queria um maior. Como vai ser pago? Sabe-se lá. Mas não é um imóvel especialmente caro. Era um imóvel compatível com a renda de Lula. Ele queria ganhar o apartamento de presente? Talvez. Mas não é claro. E não se pode condenar ninguém por um talvez.

O que mostra a sentença? A instrução probatória oferece sólidos indícios de que o interesse de Lula e Marisa em um dos apartamentos de cobertura do prédio do Guarujá fez com que a cooperativa BANCOOP, presidida por João Vaccari Neto, reservasse o apartamento 174 para a família Lula da Silva. Uma cooperativa quebrada deixa de vender um dos seus ativos para beneficiar o presidente da república que é amigo do presidente da cooperativa... isso já parece bem irregular, mas nada disso foi abordado no processo.

Há indícios variados de que a OAS respeitou essa reserva e tratou o apartamento como “reservado” para Lula. Ocorre que “reservado” não é “doador”. Há indícios de que a OAS estava disposta a continuar disponibilizando o apartamento para Lula, sem custos. Mas “disponibilizar” não é “doar”. Emprestar seria um verbo mais adequado, pois não se tratava em momento algum de um ajuste definitivo. Portanto, é falso um dos pressupostos básicos da sentença: “Luiz Inácio Lula da Silva e sua esposa eram proprietários de fato do apartamento” (item 850).

É evidentemente estranho que Lula não tenha optado por continuar pagando, por mudar o objeto do contrato (e pagar mais pelo apartamento maior) nem por receber de volta o que tinha pagado. Não fica claro o que ocorreria com o dinheiro pago se não houvesse investigação. Essa estranheza toda incomoda, mas todos os benefícios que poderiam justificar uma condenação foram posteriores ao mandato, quando poderiam ser justificados pela influência presente de Lula, e não por arranjos ilícitos celebrados durante sua presidência. Portanto, não há provas claras de corrupção passiva.

Neste ponto a sentença dá outro salto lógico. Mesmo que o benefício tenha sido obtido depois do mandato, a sentença considera evidente que ele foi recebido “em função do mandato”. Esse é o ponto em que se faz o salto:

“852. Definido que o apartamento 164-A, triplex, era de fato do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e que as reformas o beneficiavam, não há no alibi do acusado Luiz Inácio Lula da Silva o apontamento de uma causa lícita para a concessão a ele de tais benefícios materiais pela OAS Empreendimentos, restando nos autos, como explicação única, somente o acerto de corrupção decorrente em parte dos contratos com a Petrobrás.”

Esse é o ponto mais absurdo da sentença. Mostra que houve um benefício, OK. Mostra que as justificativas de Lula eram insubsistentes, OK. Mas diz que, se o réu não provou sua inocência, resta uma única explicação: a de que se tratava de acerto de corrupção decorrente, em parte, dos contratos com a Petrobras.

São furos demais em uma frase só. Não resta uma única explicação, pode haver outras. Pode até ser corrupção, mas há outras versões possíveis, como o próprio Moro indica na decisão sobre o depósito dos bens. A corrupção é atribuída em parte a ajustes decorrentes dos contratos com a Petrobras, mas não mostra nada nesse sentido. Pode

até ser que o benefício viesse totalmente de outros ajustes de corrupção. Até pode ser que fosse corrupção mesmo, mas é inadmissível condenar alguém porque o ato “pode ser” corrupção.

No ponto 856, Moro esclarece de fato o motivo da condenação “O ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi beneficiado materialmente por débitos da conta geral de propinas”. Não há provas de que ele praticou atos de corrupção, mas que ele foi beneficiado pelo dinheiro da corrupção. Mas isso também é falso. Existe a palavra de Leo Pinheiro de que ele havia ajustado com Vaccari que os custos seriam debitados da “conta geral de propinas” (item 529), mas não há mais nada nesse sentido. Lula sabia que estava sendo beneficiado pela OAS, e a OAS tinha muitos motivos para beneficiá-lo diversos do dinheiro decorrente da corrupção na Petrobras.

Se formos levar a sério a argumentação de Moro, o que ocorreria aqui seria o fato de Lula receber benefícios do PT, que seria quem de fato arcaria com os custos envolvidos. A OAS teria apenas atuado como executora de um ajuste entre Lula e Vaccari, a ser custeado com dinheiro do PT que estava em suas mãos. Mas não foi essa a narrativa judicial.

Ademais, se a situação houvesse se consolidado, com uma utilização do apartamento de forma dissimulada, talvez se consumasse um crime de lavagem de dinheiro, mas não de corrupção. Ocorre, todavia, que Lula está correto ao afirmar que a transmissão do bem (de fato ou de direito), nunca se operou. Não parece verdade que ele era apenas um potencial comprador, mas parece razoável que ele tenha desistido do negócio quando percebeu o tamanho do problema que poderia vir a ter com ele. Assim, a dissimulação da propriedade não chegaria a se consumir.

De toda forma, em vez de caracterizar o ato de Lula como uma recepção de benefícios pagos com dinheiro de corrupção, Sérgio Moro procura estabelecer uma narrativa muito diferente: a de que Lula recebeu benefícios em função de ter nomeado certos diretores para a Petrobras. A tentativa de estabelecer essa narrativa gerou vários problemas para a argumentação da sentença.

Seria razoável indicar a existência de corrupção (por receber valores indevidos, independentemente da fonte) se a OAS tivesse feito as reformas em 2009 e Lula tivesse ocupado o apartamento. Mas isso não ocorreu e Moro faz toda uma ginástica para afirmar que se tratou de “um crime de corrupção complexo e que envolveu a prática de diversos atos em momentos temporais distintos de outubro de 2009 a junho de 2014, aproximadamente” (item 878). Ele precisava retroagir o fato para outubro de 2009 para caracterizar que Lula recebeu o benefício em razão do cargo ocupado, o que foi realizado no citado item 881, em que afirmam que “as vantagens lhe foram pagas em decorrência de atos do período em que era Presidente da República.”.

Aqui novamente há um grande salto entre os fatos e a interpretação. Moro considera claro que se trata de recebimento decorrente da corrupção na Petrobras, mas não há provas disso. Ele retoma a ideia de que o dinheiro seria debitado da conta da corrupção, mas o único indício nesse sentido é uma afirmação tangencial de Léo Pinheiro. De todas as explicações possíveis, ele escolhe aquela que convém a suas convicções.

São convicções compatíveis com os fatos, há de se reconhecer. Mas há muitas interpretações possíveis das mesmas situações, mais sólidas inclusive do que a de Sérgio

Moro. É muito razoável descrever todos os fatos como favores prestados pela OAS a uma pessoa que, a despeito de ter saído do cargo, era provavelmente o político mais influente da República.

Essa escolha interpretativa fica ainda mais frágil quando se verifica que Lula foi absolvido no caso do depósito do acervo presidencial porque Leo Pinheiro “negou, em Juízo, que os pagamentos pelo Grupo OAS da armazenagem do acervo presidencial estivessem envolvidos em algum acerto de corrupção” (item 934). E continua afirmando que “as declarações do acusado, de que não vislumbrou ilicitude ou que não houve débito da conta geral de propinas, afastam o crime de corrupção” (item 935).

Torna-se evidente, portanto, que Lula foi condenado no caso do triplex porque Léo Pinheiro afirmou ter ajustado com Vaccari Neto que benefícios da OAS seriam pagos a partir da “conta geral de propinas” (item 529) e que foi absolvido na mesma sentença porque o mesmo Léo Pinheiro disse que a intenção da OAS nesse caso não tinha a ver com o cargo (item 935).

É absurdo esse modo de lidar com as provas e construir narrativas descoladas dos fatos. Não creio o juiz atuou com má-fé, mas parece-me clara a operação de um viés de confirmação a partir do qual ele enxergou “provas” em todos os indícios que eram simplesmente “compatíveis” com sua narrativa pessoal sobre o evento. Ao desconsiderar as narrativas alternativas, que ele levou em conta na avaliação do caso do depósito, as conclusões da sentença se tornaram arbitrárias. Assim, resta claro que a condenação por corrupção se deveu menos aos fatos do que às convicções de Moro.

E a condenação por lavagem de dinheiro é ainda mais frágil. Moro afirma que a “atribuição a ele de um imóvel, sem o pagamento do preço correspondente e com fraudes documentais nos documentos de aquisição, configuram condutas de ocultação e dissimulação aptas a caracterizar crimes de lavagem de dinheiro” (item 893).

Por considerar que houve corrupção (e, portanto, infração penal), Moro considera que se tratou de ocultação patrimonial a atribuição do imóvel (que não ocorreu de forma definitiva) e as fraudes documentais (com documentos pré-datados), voltada a dissimular os bens decorrentes da infração penal. Todavia, uma vez que se entenda que não há provas de corrupção, essa acusação se esvai.

Além disso, a justificativa de que é possível cumular os crimes neste caso é muito frágil. Uma coisa é receber dinheiro como corrupção e “lavá-lo” por operações autônomas de dissimulação e ocultação. Coisa diversa é quando o próprio benefício recebido é justamente a disponibilidade do bem. O diagnóstico de Moro é de que “através de condutas de dissimulação e ocultação, a real titularidade do imóvel foi mantida oculta até pelo menos o final de 2014 ou mais propriamente até a presente data” (item 899).

Assim, a narrativa é de que Lula recebeu o bem em outubro de 2009 e que o ocultou até 2014. Porém, essa narrativa não é plenamente adequada às provas, pois não há indicação de que ele recebeu o imóvel de forma definitiva e que todos os atos posteriores foram uma dissimulação do recebimento. Por outro lado, parece razoável a leitura de que o imóvel estava simplesmente reservado para ele.

Talvez seja verdade o que diz Léo Pinheiro, que ele acertou com Vaccari em 2014 que a OAS doaria o imóvel para Lula e debitaria isso da conta de corrupção. Mesmo que isso tenha ocorrido, não seria suficiente para caracterizar crime de corrupção. Ademais,

talvez não seja verdadeira essa afirmação, que não é corroborada por outros elementos probatórios. Não são apresentados indícios de que o dinheiro foi debitado da conta de corrupção.

Só há indícios de que o bem foi reservado para Lula em 2009 e que sofreu uma série de benefícios a partir de 2010. E há a afirmativa de Léo Pinheiro de que somente em 2014 ficou acertado que o pagamento desses benefícios seria feito por meio de uma compensação com a conta de corrupção do PT.

Parece-me evidente que a reserva do apartamento e as obras de melhoria não caracterizam uma “propriedade de fato” e que, mesmo que tenha havido uma disponibilização de bens da OAS para Lula nesse período, não há indicação concreta de que isso ocorreu em função do exercício do cargo de Presidente. Tal como no caso dos depósitos, todos esses favores e presentes poderiam ser caracterizados como estratégias para agradar um ex-presidente que tinha influência muito grande no governo, no PT e em potenciais negócios internacionais da OAS.

Por tudo isso, não vejo como entender que a base fática apresentada por Sérgio Moro seja uma justificativa razoável para suas conclusões jurídicas e, portanto, que a condenação de Lula não foi baseada nas provas, mas em certas convicções pessoais de Moro que não estão assentadas diretamente nos fatos e que não se adequam às leis penais brasileiras.

O DIREITO À DERIVA, O (IN)ESPERADO

Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia^{*}

Diogo Bacha e Silva^{**}

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira^{***}

Assim como nos filmes clichês hollywoodianos, aqueles em que o super-herói, normalmente o indivíduo com poderes sobrenaturais, mas que portam valores nobres, valores que são compartilhados pela maioria da sociedade, valores hegemônicos, sempre vencem no final o vilão, normalmente retratado por sujeitos com algum desvio de comportamento, alguma anormalidade, alguma monstruosidade que chega mesmo a retirá-lo da condição de humano, a bestialidade que se contrapõem ao soberano que, no fim, se transforma na besta²⁰, o último capítulo da saga de Lula perante a 13ª Vara Federal de Curitiba teve um fim previsível que muito bem poderia ter sido escrito como roteiro de uma nova película da Marvel ou DC Comics.

De um lado, um sujeito que aparece ao público representado como portador de valores nobres como honestidade, honradez, coragem, verdade, fé, determinação, laboriosidade. De outro lado, um sujeito que aparece ao público representado como portador de valores vis tais como vícios mundanos, cobiça, simulação, fingimento, desonestidade.

O portador de valores nobres tem, em sua biografia, diploma universitário, emprego formal, uma família constituída e uma religião, se apresenta de modo sóbrio, bem vestido e com aparência impecável do ponto de vista do padrão estético. Ao contrário, aquele que porta valores vis tem defeitos físicos, não tem diploma universitário, emprego formal e se apresenta, na maioria das vezes, com vestimentas simples e informais, com uma aparência reprovável de acordo com o padrão estético.

O portador de valores nobre é oriundo da classe média-alta, cujo principal sonho é pertencer à classe alta, com todas as prerrogativas e privilégios que o pertencimento social puder lhe trazer. Já o portador de valores vis é oriundo da classe baixa, cujo objetivo principal é sobreviver, é viver um dia de cada vez e vencer os milhares obstáculos que lhe são apresentados diariamente. O primeiro sonha em conjunto com seu estrato social em ter o poder aquisitivo necessário para consumir os melhores produtos e serviços disponíveis pela benevolência do mercado. O segundo sonha em

^{*} Mestre e Doutor em Direito pela UFMG, Professor e Coordenador do Mestrado em Direito da UFOP e Professor da IBMEC-BH. Bolsista de Produtividade do CNPq.

^{**} Doutorando em Direito pela UFRJ, Mestre em Constitucionalismo e Democracia pela FDSM e Professor da Faculdade de São Lourenço, Pesquisador do OJB- FND.

^{***} Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG. Subcoordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFMG). Bolsista de Produtividade do CNPq (1D). Mestrado e Doutorado em Direito (UFMG). Pós-Doutorado em Teoria do Direito (Università degli studi di Roma TRE).

²⁰ A literatura e o pensamento filosófico sempre pensaram a besta como os indivíduos que estão à margem da ordem, da lei, que desafiam o soberano, representado pelo lobo, pelo mais forte que, ao final, sempre acabam quebrando a lei, tornando-se a besta (DERRIDA, Jacques. *Séminaire La bête et Le souverain*, vol. 1 (2001-2002). Paris: Galilée, 2008 (Trad. Bras. Marco Casanova, *A besta e o soberano. Seminário, vol. 1 (2001-2002)*. Rio de Janeiro: Via Verita, 2016).

conjunto com seu estrato social que, no futuro, os obstáculos e barreiras não lhes sufoquem ainda mais e tenham uma existência sem quaisquer dificuldades.

Para usar de ironia, é como se nestes “tristes trópicos” não houvesse espaço para a existência. Aqui, Lévi-Strauss não dialogaria com Sartre. A existência *não* precederia a essência (sic), pois os papéis de nossas vidas já viriam com o roteiro pronto pelo pertencimento à camada social. Como se, no Brasil, o existencialismo só existisse em fábula, como uma fabulação digna de filmes de ficção. Só uma ficção teórica para aplainar os ânimos daqueles que pensam em desistir do seu papel. Para todo aquele que pensa em sair do seu papel e modificar as estruturas existenciais pré-determinadas há uma ordem, um poder, uma violência que se encarrega de colocar cada um *em seu devido lugar*. Com efeito, tal ordem está prenhe de um sentimento de ódio da classe média em relação à classe baixa²¹ e, quiçá, a violência poderia ser exercida em seu estado mais puro.

A ordem que não pode ser nominada e o poder que controla a vida do indivíduo só poderão ser efetivos quando imbuídos de dispositivos que controlam, através do dito ou do não dito, as três dimensões do saber, do poder e da subjetivação. Dispositivos que, segundo Foucault, entrelaçariam uma série heterogênea de “discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas”²².

Dispositivos que não poderiam ser mais efetivos para o controle do saber, do poder e da subjetivação do que o discurso judicial e o discurso do *mass media*. Efetividade maior não haveria quando se entrelaçam, portanto, a ordem do discurso judiciário e dos meios de comunicação quando, então, servem para o propósito de recolocar o papel do insurgente social em seu roteiro *original*.

Ora, não seria mera eventualidade, portanto, que um dos principais argumentos retóricos para a condenação de Lula na Ação Penal n.º 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, pelo crime de corrupção passiva, determinada pelo Juiz Moro, em trâmite perante a 13ª Vara Federal de Curitiba, tenha sido uma matéria jornalística publicada pelo jornal *O Globo*. Em questão, o suposto envolvimento de Lula em esquemas de corrupção com a Empreiteira OAS, consistente no recebimento de uma propriedade de um triplex na cidade de Guarujá/SP, em troca de favores, em razão do cargo de Presidente da República.

Para sustentar, portanto, o decreto condenatório, o juiz argumenta que o Jornal *O Globo* publicou matéria em 10/03/2010, cujo tema principal seria o de que Lula e sua esposa estariam na espera para o recebimento de seu triplex no Guarujá, adquiridos perante o Bancoop e que se encontraria em mora com o casal.

Ora, suas palavras pareceriam *muito convincentes* quando o juiz arguiu que: “A matéria em questão é bastante relevante do ponto de vista probatório, pois foi feita em 10/03/2010, com atualização em 01/11/2011, ou seja, quando não havia qualquer investigação ou sequer intenção de investigação envolvendo Luiz Inácio Lula da Silva ou o referido apartamento triplex. Não havia, por evidente, como a jornalista em 2010 ou 2011 antever que, no final de 2014, ou seja, três anos depois, a questão envolvendo o

²¹ SOUZA, Jessé. *A radiografia do golpe: entenda como e por que você foi enganado*. São Paulo: Leya, 2016.

²² FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2000. p. 244.

ex-Presidente e o apartamento triplex seria revestida de polêmica e daria causa à uma investigação criminal”²³. Mas, no entanto, há um pequeno *silêncio*, que faz todo sentido e que corrobora a finalidade de *dispositivo foucaultiano* da sentença condenatória de Lula.

Em um Estado Democrático de Direito, mormente em um sistema acusatório, conforme bem delimitado pela Constituição de 1988, arts. 1º, 5º, LIV, LV, LVI, e 129, I, que, até onde sabemos, *ainda permanecem em vigor*, provas que sustentam um decreto condenatório devem passar pelo crivo do contraditório em seu sentido mais substantivo, isto é, só se adquirem a qualificação de prova e, pois, pleonasticamente, podem servir ao processo, se se é possível que tais elementos possam passar pelo crivo do contraditório e da ampla defesa. Fora de tais considerações, os elementos não poderão adquirir a feição de prova e, portanto, decreto condenatório que se baseia em argumentos referidos a eles não é juridicamente válido e legítimo, diante de um Estado Democrático de Direito e do projeto constitucional que o fundou.

Contudo, a preocupação da referida sentença não parece ser nem com a legitimidade, nem propriamente com a correção jurídica. À margem dessas questões, o exercício da sentença teria como única finalidade controlar/submeter o indivíduo e readequá-lo ao *seu devido lugar de origem e ao seu roteiro biográfico*, que jamais será o do papel de um *herói*, senão o de um insignificante *operário*.

Mais ainda, com Hannah Arendt, aprendemos a diferenciar entre poder e violência, ou seja, a capacidade de iniciar algo novo e de agir política e conjuntamente em liberdade, por um lado, e a instrumentalização, por outro²⁴. Assim, onde um está, o outro estaria ausente; e de tal modo que, onde um se impõe, o outro se deslocaria. A violência pode destruir o poder, mas o poder jamais nasce da violência²⁵.

Essa diferença entre poder e violência, em Arendt, tem implicações para a relação entre poder e direito no Estado Democrático de Direito, pois, republicanamente, “o contraste conceitual fundamental efetuado por Hannah Arendt entre *poder e violência* coloca o poder político ao lado do direito”²⁶.

Nesse sentido, a pergunta que se nos lança é, pois, a de se saber se uma sentença condenatória que se baseia em matéria jornalística, impossível de ser contraditada, seria exercício de poder jurisdicional numa república, todavia, digna desse nome, ou de violência.

A resposta parece evidente até mesmo para os leitores leigos no discurso jurídico. Aliás, nessa situação, não pareceria que o direito, como um naufrago, ficou à deriva, foi esquecido? Esquecimento e silenciamento que podem, por fim, levar a pique a nave do Estado Democrático de Direito...

²³ Item 377 da sentença consultada em: <https://abrilveja.files.wordpress.com/2017/07/sentenc3a7a-lula.pdf>, acesso em: 19 de julho de 2017.

²⁴ ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

²⁵ ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

²⁶ Sobre isso, ver CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A conexão constitutiva entre direito e política no Estado Democrático de Direito: um diálogo com Arendt e com Habermas. Disponível em <http://emporiadodireito.com.br/conexao-constitutiva-entre-direito-e-politica/>, acesso em: 19 de julho de 2017.

O *final*, portanto, que *já deveria ser sabido*, seria o de uma fábula que, para muitos, metafórica e antecipadamente deveria resumir, no horizonte do meramente dado de uma ordem supostamente herdada como *natural*, a saga de Lula. A fábula, pois, recontada por *La Fontaine*:

O lobo e o cordeiro

Estava o cordeiro a beber num córrego, quando apareceu um lobo esfaimado, de horrendo aspecto.

— *Que desaforo é esse de turvar a água que venho beber? — disse o monstro arreganhando os dentes. Espere, que vou castigar tamanha má-criação!*

O cordeirinho, trêmulo de medo, respondeu com inocência:

— *Como posso turvar a água que o senhor vai beber se ela corre do senhor para mim?*

Era verdade aquilo e o lobo atrapalhou-se com a resposta. Mas não deu o rabo a torcer.

— *Além disso — inventou ele — sei que você andou falando mal de mim o ano passado.*

— *Como poderia falar mal do senhor o ano passado, se nasci este ano?*

Novamente confundido pela voz da inocência, o lobo insistiu:

— *Se não foi você, foi seu irmão mais velho, o que dá no mesmo.*

— *Como poderia ser meu irmão mais velho, se sou filho único?*

O lobo furioso, vendo que com razões claras não vencia o pobrezinho, veio com uma razão de lobo faminto:

— *Pois se não foi seu irmão, foi seu pai ou seu avô!*

E — nhoc! — comeu o cordeiro.

E, no entanto, a ainda julgar pela capacidade *insurgente* do suposto *cordeiro*, entretanto torcemos para que o final inesperado dessa saga ainda não tenha chegado. Torcemos, teimosamente, torcemos. E lutemos. Para que o final dessa história seja outro!

QUANDO O DEVIDO PROCESSO LEGAL NÃO É SEGUIDO, A DEMOCRACIA PERDE

Álvaro de Azevedo Gonzaga*

A criação de leis aplicáveis a todas pessoas é um dos principais elementos que caracterizaram a passagem do poder absoluto, centrado na figura de um monarca, para uma sociedade que se pretenda igualitária.

Em linhas bem gerais e rápidas, estamos falando da consolidação da ideia de normas e princípios vinculantes para todos. Se desvios acontecem, todos devem ser julgados de acordo com tais normas e princípios universalmente aplicáveis.

Pois bem. O mundo das ideias é um. O mundo da realidade é outro. Infelizmente, muitas vezes, o segundo não passa de uma caricatura mal acabada do primeiro.

Falamos aqui do caso envolvendo o julgamento do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o juiz federal Sérgio Moro e o Ministério Público Federal.

A relação entre esses três elementos ganhou contornos, narrativas e episódios que, em muito, ultrapassaram o campo ao qual deveriam limitar-se: o devido processo legal.

A preocupação com a existência das leis - tão caras para a nossa sociedade - tornou-se secundária. Não há busca pela “verdade dos fatos”, que seria alcançada através e graças a aplicação e observação do processo legal. Temos, ao contrário, uma verdade que precisa ser provada, mesmo que, para tanto, a lei seja deixada de lado.

Talvez, por uma questão de perspectiva, ou preconceito do nosso tempo, vemos como absurdo e sem sentido o excessivo poder e autoridade que os monarcas tinham no passado. Qual o sentido de nações, países, milhares de pessoas terem obedecido cegamente a uma só pessoa que se colocava como superior a todas elas?

Bem. É essa a imagem que temos hoje. Contudo, um olhar menos prepotente do presente levaria em conta que o poder dos reis tinha como fonte a legitimação de questões de ordem divina, histórico-familiar, tradição e identidade, elementos essenciais naqueles tempos. Fatores tão fortes, de tanta relevância, que para aqueles povos justificavam e fundamentavam todo o poder concentrado na figura dos monarcas. Era daí que provinha o bem-estar da nação.

Por óbvio, não eram tempos melhores. Mas a organização social tinha esses elementos que lhe davam coesão. Nos dias de hoje, tal coesão deveria ter como fundamento a Constituição e demais dispositivos dela decorrentes. É da observação e do cumprimento desse acordo que esperamos obter o bem comum.

* Livre Docente em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Pós-Doutorados na Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa e na Universidade de Coimbra. Doutor, Mestre e graduado em Direito pela PUC/SP. Graduado em Filosofia pela Universidade de São Paulo – USP. Professor concursado da Faculdade de Direito da PUC/SP, tanto na Graduação como na Pós-Graduação Stricto Sensu. Professor e coordenador da OAB no Curso Fórum. Membro do Instituto Euro-Americano de Derecho Constitucional, na Condição de Membro Internacional. Ex-presidente do Instituto de Pesquisa, Formação e Difusão em Políticas Públicas e Sociais. Coordenador, autor e coautor de inúmeras obras e artigos. Advogado.

Contudo, ao que parece, nos dias de hoje, temos regredido em algumas questões. A sociedade brasileira - talvez sem ainda se dar conta disso - tem optado por acreditar numa visão particular de justiça (com jota minúsculo), ao invés do respeito às leis, as quais, por excelência, é o que define o que é a Justiça (com jota maiúsculo).

Deixemos mais claro o que defendemos aqui e o porquê do breve resgate histórico da formação dos Estados Modernos. A lei como regulador da vida social existe para garantir a impessoalidade e para determinar que a sociedade funcione, segundo sua própria vontade. Ok. É claro que existem distorções, e a reforma política é uma necessidade. Mas é um modelo (em constante aperfeiçoamento) mais avançado em relação a outras formas de governo.

Questionamos: se em uma sociedade que observa as leis e julga os desvios de acordo com ela, já há tantas distorções e problemas, o que dizer de uma onde a lei, que deveria ser o paradigma principal, torna-se algo acessório?

Trocamos a lei, que, com suas imperfeições, é fruto de um esforço coletivo e social, pela crença no bom caráter, no ideal messiânico que alguns personagens avocam para si? Voltaremos a nos submeter a ideias subjetivas, assim como faziam os súditos nas monarquias?

Acreditamos que já estão claras as críticas e preocupações que trazemos aqui. A observação do processo legal não pode ser vista como um impedimento para que a lei seja cumprida. A sua observação é o que garante o cumprimento da lei.

A condenação não é garantia de que foi feita a Justiça. A Justiça reside no fato de haver julgamento ou entendemos que todo acusado sempre será culpado? Não existem mais inocentes?

Não podemos substituir a defesa da Lei, que é a defesa do Estado Democrático de Direito, pelo combate à corrupção, como se combater a segunda fosse possível sem o respeito ao primeiro.

Não se trata de relativizar e muito menos de defender a corrupção. Ao contrário, o combate à corrupção precisa ser tão firme e decidido a ponto de não permitirmos que se corrompam as leis para se combater a corrupção política.

Quando Moro e Lula se encontraram em maio desse ano, o evento foi tratado como um confronto, um embate, uma disputa. Se é positivo por garantir emoção, páginas de jornais, clicks na internet ou, ainda, mobilizar os grupos políticos interessados no caso, enxergar a tomada de um depoimento de tal forma é um sinal de um processo judicial e de uma democracia doentes.

Que o presidente Lula use o encontro como uma peça política, que use jargões ou bravatas políticas lhe é lícito, natural e um direito. O que ele não pode fazer é faltar com o respeito, não atender o decoro exigido em uma sessão. Ao ser julgado em um processo, a lei estabelece quais são suas obrigações e - ao que consta - todas foram cumpridas.

Por outro lado, o juiz Sérgio Moro, ao assumir a postura de quem está do outro lado do ringue, preste a encarar o réu, fogue das suas atribuições e, com isso, não prejudica só o

processo, ou o réu, mas prejudica e atrapalha toda a democracia. Ele é um juiz, não um lutador.

Exemplos de uma atuação para além da sua atribuição não faltam. Antes de uma das manifestações dos paineleiros trajados com camisetas da seleção brasileira, Moro soltou uma nota dizendo sentir-se “tocado e emocionado” por ser homenageado pelos manifestantes. Existe uma página no Facebook chamada “Eu Moro com ele”. Pior que o trocadilho, só o fato da página ser mantida por sua esposa e alimentada com vídeos estrelados pelo próprio juiz.

Ainda é muito importante a ideia de que “ao juiz cabe se manifestar nos autos”. Isso tem alguma relevância? Ou é apenas uma observação, sem motivação, sem razão de ser? Vamos ignorar a Lei Orgânica da Magistratura?

De um político, não se espera impessoalidade. Se ele quiser ser impessoal, que o faça. A ele é facultada a possibilidade de agir como lhe interesse. No limite da lei, por suposto. Contudo, a um magistrado não é possível que aja de tal forma.

Um juiz não é e nem pode ser um herói. Um paladino da Justiça. Um combatente da corrupção. Ele não existe para isso. A sua atribuição não é essa. O juiz é um servidor da lei, um funcionário, alguém que atua em obediência a lei, jamais o contrário.

Para sermos diretos, se a decisão de um processo significa o avanço da sociedade, esse avanço é fruto da lei que foi observada. Não do juiz, que tão somente a cumpriu. Percebemos como é e como deve ser?

Não se trata aqui de diminuir a importância do juiz, do ministério público ou, ainda, da defesa. Contudo, é preciso ver as coisas como elas exatamente são.

Infelizmente, o juiz Sergio Moro entende esse processo de outra maneira. Fã declarado da operação mãos limpas da Itália, Moro viu a oportunidade de usar a sua função pública para combater a corrupção e moralizar o País. Ora de maneira declarada, ora indiretamente, o magistrado age de acordo com essa missão que avocou para si.

O protagonismo e a pessoalidade são perigosos e agem contra democracia. A lei é impessoal porque não é vítima de interesses e disputas. Ela só tem compromisso consigo mesma.

Quando Moro resolve dialogar, entrar em sintonia com manifestantes, com veículos de comunicação (que recebem despachos e decisões suas antes dos autos e dos advogados), seu compromisso, que deveria se restringir a lei, passa a ser com esses grupos. Daí as coisas se tornam confusas e danosas.

Para os paineleiros, para aqueles que vestiram a camiseta da seleção brasileira e foram as ruas, o presidente Lula é culpado. Ponto. Tais pessoas desejam vê-lo preso. Desejos, sonhos, vontades, quando se limitam a esferas pessoais, ok, sem problemas. Desejos não têm o poder de condenar o presidente.

Abrimos parênteses. O problema não é ele ser condenado, mas o desejo de condená-lo. Condenação não tem a ver com desejo, tem a ver com crime ter sido ou não praticado. Fechamos parênteses.

No entanto, quando aqueles quem têm o poder de condenar tornam-se parceiros ou colocam-se na posição de símbolo daqueles que têm o desejo, temos um problema de

difícil solução. A decisão vincula-se à expectativa dos que o apoiam, e o apoio se deu porque houve a expectativa da decisão. O que deveria ser técnico e impessoal torna-se político e pessoal.

Quando analisamos a fragilidade das provas, o quanto se confunde o agir político com uma ação que, por natureza, seria criminosa... e disso, atribui-se a responsabilidade e a culpabilidade. A situação torna-se ainda mais trágica. A Justiça é colocada de lado. E, com isso, julgador e julgado perdem. E, com isso, a democracia perde.

DO LEVANTAMENTO DO SIGILO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS À PERDA DA IMPARCIALIDADE OBJETIVA

Antônio Eduardo Ramires Santoro*

Agradeço desde já o convite formulado por Carol Proner, Gisele Cittadino, João Ricardo Dornelles e Juarez Tavares, o qual deixei por último para dedicar uma especial reverência pelo exemplo intelectual que ele significa para mim.

Dado o curto espaço para traçar as considerações que aqui serão lançadas, far-se-á objetivamente uma análise do trecho da sentença condenatória proferida pelo juiz Sérgio Moro nos autos da ação penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR que afasta a alegação de violação da imparcialidade com base no trecho em que o magistrado sentenciante tratou da quebra de sigilo das comunicações telefônicas.

Com efeito, as defesas dos acusados questionaram a imparcialidade do julgador em alegações finais, tendo o juiz Sérgio Moro afastado o argumento por considerá-lo “diversionismo” (termo, pelo que se verifica, muito caro ao magistrado²⁷), fundamentando-se nas decisões proferidas pelo Tribunal que rejeitaram as exceções de suspeição.

A defesa de Lula fundamenta sua pretensão, entre outros argumentos, nos diversos atos praticados pelo juiz Sergio Moro durante a investigação, a saber: condução coercitiva, interceptação telefônica, busca e apreensão.

Portanto, definindo com clareza o problema que aqui será tratado: diante da decisão que divulgou as conversas travadas entre Lula e Dilma, interceptadas por ordem do juízo sentenciante, e da nova abordagem do fato na sentença, foi respeitado o direito a ser julgado por um juiz imparcial?

1. O levantamento do sigilo das conversas havidas entre Lula e Dilma

No dia 16 de março o Brasil foi surpreendido com a divulgação pública e massivamente repetidas pela imprensa, de conversas realizadas entre Lula e diversas pessoas, em especial seu diálogo com a então Presidente Dilma Rousseff, originados de uma medida de interceptação das comunicações telefônicas realizados no âmbito da Operação

* Professor Titular do IBMEC/RJ; Professor Adjunto de Direito Processual Penal da FND/UFRJ; Professor Adjunto do PPGD/UCP; Pós-Doutor pela Universidad Nacional de La Matanza – Argentina; Doutor e Mestre pela UFRJ; Mestre pela Universidad de Granada – Espanha; Coordenador do Grupo de Pesquisa “O sistema penal sob olhar crítico” UFRJ/UCP; Advogado.

²⁷ De se observar que “diversionismo” significa basicamente uma estratégia para tentar escapar do assunto. Não por acaso a palavra foi usada por quatro vezes para afastar preliminares diversas. Isso revela um despreço pelas garantias processuais. Quiçá a palavra tenha sido lançada pelo seu inconsciente (LACAN, 1999, p. 488) para reduzir a dissonância entre o assunto que interessa ao julgador (o mérito ou a condenação) e os obstáculos que as garantias processuais representam ao seu desiderato diante do apoio em massa que a crença do julgador recebe (FESTINGER, 1975, p. 214 e ss). Tal possibilidade se verifica quando no item 65, ao tratar da arguição de quebra da imparcialidade, afirma: “*Mais uma vez, repita-se, trata-se de mero diversionismo adotado como estratégia de defesa. Ao invés de discutir-se o mérito das acusações, reclama-se do juiz e igualmente dos responsáveis pela Acusação.*” Sabe-se que ser julgado por um juiz imparcial é um direito fundamental, portanto, arguir sua violação não é uma reclamação, tampouco diversionismo, mas respeito a um processo de garantias.

Lavajato, cujo sigilo foi afastado por decisão proferida pelo juiz Sérgio Moro às 16h19 daquele mesmo dia, nos autos do processo nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR.

Na decisão de afastamento do sigilo, o juiz apresentou os seguintes fundamentos: (1) propiciar a ampla defesa pelos investigados; (2) interesse público na apuração dos crimes contra a Administração Pública; (3) submissão ao “saudável escrutínio público” sobre a atuação da Administração Pública e da Justiça Criminal; (4) democracia exige que os governados saibam o que fazem os governantes; (5) a defesa da intimidade ou interesse social não prevalecem sobre a publicidade dos atos, nos termos da Constituição.

Não por acaso, Lula tomaria posse como Ministro Chefe da Casa Civil naquele mesmo dia, mas a divulgação do referido diálogo, que foi realizado após a decisão de interrupção da interceptação das comunicações telefônicas do ex-Presidente, terminou por ensejar uma série de decisões judiciais que impediram a posse, culminando com a decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes nos mandados de segurança impetrados pelos Partido Popular Socialista (MS 34.070) e o Partido da Social Democracia Brasileira (MS 34.071).

Com base nas gravações divulgadas, Gilmar Mendes, em 18 de março de 2016, apesar de declarar-se ciente do argumento de que aquela conversa teria sido gravada fora do período de autorização judicial, suspendeu a eficácia da nomeação de Lula para o cargo e determinou a manutenção dos procedimentos criminais de primeira instância em seu desfavor.

Em 22 de março, o relator, Ministro Teori Zavascki, em Reclamação 23457 MC/PR apresentada pela Presidência da República, deferiu a liminar para determinar a suspensão e remessa ao Supremo Tribunal Federal do pedido de quebra de sigilo telefônico e demais procedimentos relacionados, determinando que a autoridade reclamada prestasse informações em 10 dias e afirmou que seria possível haver responsabilização civil, disciplinar ou mesmo criminal do magistrado.

Na decisão, Teori Zavascki apontou os seguintes fundamentos: (1) a decisão de levantamento de sigilo viola o direito fundamental ao sigilo das comunicações, previsto no art. 5º, inciso XII, da Constituição; (2) a Lei nº 9.296/96 garante expressamente o sigilo em seus art. 1º e 8º; (3) as autoridades públicas não perdem sua intimidade e privacidade em razão da ocupação de cargo; (4) no momento da prolação da decisão que autorizou a divulgação das conversas o magistrado já tinha conhecimento de sua incompetência por se tratar de interlocutor cuja competência era especial por prerrogativa de função em decorrência da tratar-se de conversa com a Presidente da República; (5) a decisão de divulgação das conversas se deu de forma imediata, sem tomar em conta sua única finalidade constitucionalmente legítima (“*fins de investigação criminal ou instrução processual penal*”, como consta da Lei nº 9.296/96); (6) a decisão de divulgação das conversas se fez sem estabelecer o contraditório.

2. A abordagem sentencial do levantamento do sigilo das conversas entre Lula e Dilma

Na sentença, Sergio Moro afirma que, apesar da parcial censura do Ministro Teori Zavascki, a decisão final da Reclamação proferida em 13/06/2016 devolve a ele a investigação, não reconhecendo a competência do STF. Completou Moro que “*No entendimento deste julgador (...), o problema nos diálogos interceptados não foi o*

levantamento do sigilo, mas sim o seu conteúdo, que revelava tentativas do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva de obstruir investigações e sua intenção de, quando assumisse o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, contra elas atuar com todo seu poder político (“eles têm que ter medo”).”

Mais ainda, Moro determina em sua sentença como deve o Judiciário agir e como o STF deveria ter agido, ao afirmar que *“Não deve o Judiciário ser o guardião de segredos sombrios dos Governantes do momento e o levantamento do sigilo era mandatário senão pelo Juízo, então pelo Supremo Tribunal Federal.”*

Apenas com o objetivo de não deixar o leitor sem análise a respeito da correção técnica sobre o entendimento de que o levantamento do sigilo era mandatário, cumpre observar que o raciocínio empreendido por Moro se trata de um írrito ativismo judicial (STRECK, 2012, p. 75).

Com efeito, o inciso LX do artigo 5º da Constituição realmente estabelece como parâmetro para afastar a publicidade dos atos processuais a intimidade e o interesse social. Todavia, essa tarefa de ponderação não foi atribuída, pelo texto constitucional ao juiz, mas ao legislador, na medida em que dispôs com clareza que *“a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”*. Assim, é a lei que pode restringir, sendo certo que nos casos em que a lei o fizer, não cabe ao juiz tomar decisão contrária.

Ademais, como bem colocou o Ministro Teori Zavascki, há outro direito fundamental que deve ser respeitado e foi ignorado pelo juiz: o direito ao sigilo das comunicações previsto no artigo 5º, inciso XII, da Constituição.

A Lei nº 9.296/96, regulamentou a interceptação telefônica na forma prevista na parte final do inciso XII do artigo 5º da Constituição e realizou a ponderação entre a publicidade dos atos processuais, a intimidade e o interesse social, a que se referiu o inciso LX do mesmo artigo. Nos artigos 1º, 8º e 10 da Lei de regência da interceptação telefônica, estão com clareza previstos o sigilo e a sua extensão às diligências, gravações e transcrições, bem como criminalizando sua violação.

Portanto, sob o ponto de vista jurídico constitucional e processual penal, o magistrado sentenciante está equivocado. Todavia, o que se pretende aqui não é discutir a adequação ou não do levantamento, mas a que ponto sua fundamentação revela a quebra da imparcialidade objetiva.

Considerações finais: a quebra da imparcialidade objetiva a partir dos seus próprios fundamentos

Inobstante não esteja previsto expressamente na Constituição, o direito a ser julgado por um juiz imparcial é direito fundamental, indissociável do devido processo legal (GIACOMOLLI, 2014, p. 232), previsto em diversas declarações e tratados de direitos humanos²⁸, sendo condição de legitimidade da decisão judicial (MAYA, 2011, p. 115).

²⁸ Artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no artigo 14.1 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966, no artigo 26.2 da Declaração Americana dos Direitos Humanos, no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 6.1 do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais e artigo 47 da Carta de Direitos Fundamentais da Europa.

O TEDH (desde o caso *Piersack vs. Bélgica*, em 1982) e a CIDH (desde o caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, em 2004) compreendem que a imparcialidade deve ser entendida não apenas no aspecto subjetivo (a inexistência de relação entre o julgador e todos aqueles que tenham interesse no resultado do seu ato), mas também objetivo, segundo o qual o julgador deve colocar à disposição dos interessados todas as informações possíveis que garantam a inexistência de um pré-julgamento (GUERRERO PALOMARES, 2009, p. 36).

Os mecanismos procedimentais incidentais existentes no Brasil, leia-se a exceção de suspeição, contemplam apenas o aspecto subjetivo do controle da imparcialidade. Todavia, a inexistência de um rito para controle da imparcialidade objetiva não afasta a existência e obrigatória observância do direito fundamental.

Nas sentenças proferidas nos casos *Padovani vs. Itália* e *Delcourt vs. Bélgica*, o TEDH adotou a “teoria da aparência geral de imparcialidade”, definindo que a perda imparcialidade objetiva está na verificação de fatos que possam macular a confiança que as partes legitimamente nele depositem.

No caso *De Cubber vs. Bélgica*, o TEDH considerou violada a imparcialidade objetiva porque o julgamento foi proferido por um colegiado cuja composição contava com um juiz que havia conduzido a investigação. No caso *Hauschild vs. Dinamarca*, embora o TEDH tenha entendido que o fato do juiz proferir decisões na fase de investigação por si só não macula a imparcialidade, no caso concreto foi considerado violada por ter o juiz proferido 15 decisões sobre prisão, apreensão de documentos e acesso a relatórios policiais. No caso *Tierce and others vs. San Marino*, foi considerada violada a imparcialidade por ter o juiz determinado a produção de prova pericial nos documentos da empresa e sequestro de bens durante a fase investigatória.

A CIDH além de ter se valido dos precedentes do TEDH, deixou claro no caso *Usón Ramírez vs. Venezuela* que a imparcialidade pode ser aferida conforme dados objetivos que podem fazer as partes duvidarem da legitimidade do órgão julgador.

No caso concreto Moro não apenas atuou ativamente na investigação, deferindo muito mais medidas do que no caso *Hauschild vs. Dinamarca*, como tais medidas envolviam, em imensa maioria meios de obtenção de prova, ou seja, medidas de coleta de informações que vulneram algum direito fundamental, de forma oculta, sem a participação da defesa e que impossibilitam o contraditório direto.

Todavia, e isso é o mais relevante para o presente trabalho, os próprios fundamentos lançados pelo magistrado sentenciante para sustentar a legalidade do levantamento de sigilo dos diálogos interceptados demonstram que o juiz perdeu a imparcialidade objetiva.

Com efeito, ao afirmar que “o problema nos diálogos interceptados não foi o levantamento do sigilo, mas sim o seu conteúdo”, Moro demonstrou que não apenas havia autorizado a interceptação, mas vinha acompanhando os diálogos pessoalmente. E mais, não apenas acompanhava como valorava seu conteúdo, a ponto de afirmar que “revelava tentativas do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva de obstruir investigações”.

Importa esclarecer que este trabalho não está realizando um juízo de valor sobre a existência ou não de tentativas por parte de Lula de obstruir a investigação, mas apenas verificando que o magistrado, segundo suas próprias palavras, acompanhava e valorava

as ações do investigado, tomando providências ativas contra o mesmo, o que o retira da necessária condição de imparcial e revela, em verdade, uma postura própria do investigador.

Rematando a análise, Moro brinda a todos com uma conclusão a respeito da postura moral que deve assumir o Judiciário, afirmando que o levantamento do sigilo era mandatário porque “[n]ão deve o Judiciário ser o guardião de segredos sombrios dos Governantes do momento”, não podendo haver qualquer dúvida de que se ele, juiz, durante a investigação, realizou a valoração sobre os diálogos captados e considerou-os “sombrios”, é porque já aderiu, antes da produção de prova em juízo, portanto *a priori*, a uma das explicações que as partes viriam a contrapor durante o processo.

Desta forma, o fato de já haver sido rejeitada qualquer exceção de suspeição (mecanismo inadequado do direito brasileiro para arguir a perda da imparcialidade objetiva, vez que contempla apenas hipóteses de perda imparcialidade subjetiva) não é fundamento para afastar a invalidade do processo julgado por um juiz objetivamente parcial. O magistrado, com sua postura ativa durante a investigação, acompanhando e valorando o conteúdo das gravações que resolveu divulgar para que a opinião pública legitimasse sua atuação, criou condições objetivas para macular a confiança das partes na inexistência de uma prévia adesão à tese acusatória (PRADO, 2005, p. 109), evidenciando a perda da imparcialidade.²⁹

²⁹ Referências

FESTINGER, Leon. Teoria da dissonância cognitiva. Tradução Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1975.

GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014

GUERRERO PALOMARES, Salvador. La Imparcialidad Objetiva del juez penal: Análisis jurisprudencial y valoración crítica. Navarra: Aranzadi, 2009

LACAN, Jacques. As formações do inconsciente. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: Da prevenção da competência ao juiz de garantias, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

CULPABILIDADE PELO CONTEXTO? DOS RISCOS DO ABANDONO DO DIREITO PENAL DO FATO

Antônio Martins*

I. Introdução

São muitos os aspectos que merecem uma análise técnica detalhada na sentença aplicada no âmbito da ação penal 5046512-94.2016.4.04.7000/PR – entre eles, estão certamente a lógica da argumentação, quando, por exemplo, o juízo deduz, da não revelação de uma parte dos diálogos gravados em escuta telefônica, a legitimidade da revelação de outros (nr. 93); a utilização, a contrapelo da técnica, da palavra *ofensa* para designar manifestações da defesa que se atinham a fatos, ainda que tenham ocorrido em situações conflitivas (nr. 142); a relação entre os delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, assim como a possibilidade de seu concurso nas circunstâncias concretas narradas, para além da caracterização mesma da tipicidade desses delitos.

Vou ater-me aqui, no entanto, a uma questão mais geral, por parecer-me transcender o interesse meramente circunstancial desse processo – o que por óbvio não lhe retira, ao processo, o caráter de excepcionalidade.

No nr. 948, pode-se ler, com referência à prática do crime de corrupção passiva:

A culpabilidade é elevada. O condenado recebeu vantagem indevida em decorrência do cargo de Presidente da República, ou seja, de mandatário maior. A responsabilidade de um Presidente da República é enorme e, por conseguinte, também a sua culpabilidade quando pratica crimes. Isso sem olvidar que o crime se insere em um contexto mais amplo, de um esquema de corrupção sistêmica na Petrobras e de uma relação espúria entre ele o Grupo OAS. Agiu, portanto, com culpabilidade extremada, o que também deve ser valorado negativamente.

Mais abaixo, ainda no mesmo nr., repetem-se os mesmos argumentos, variando apenas a conexão entre a prática do crime e o cargo de Presidente da República, em trecho que evito transcrever por economia de espaço.

No trecho mencionado, encontram-se dois elementos que parecem apontar na direção do abandono do paradigma do direito penal do fato. Isto parece ter, considerem-se inúmeras declarações relacionadas a este e outros processos, um significado programático. Não entrarei na questão de o quanto o paradigma do direito penal do fato é violentado, quotidianamente, em processos criminais de menor apelo midiático – sobretudo, em processos de tráfico de entorpecentes.³⁰ A extensão desse novo tão velho paradigma de atribuição de culpabilidade por uma posição social ou um contexto criminoso à criminalidade econômica (de cenário político), é preocupante. O abandono do direito penal do fato se universaliza, na prática e na teoria. Um retorno a ele, medida de urgente racionalização do sistema penal, vê-se cada vez mais distante.

* Mestre e doutor em direito pela Goethe-Universität, Frankfurt am Main.

³⁰ Sobre a lógica de construção dos discursos de criminalização e sua implementação nesses contextos, cf. MALAGUTI BATISTA, Vera. Díficeis Ganhos Fáceis. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Revan, 2003.

II. Direito penal do fato e princípio da culpabilidade

A culpabilidade penal é a categoria pela qual se atribui um fato a um agente como resultado de um processo de imputação.³¹ Ela não pode ser observada, mas é resultado, como afirmamos, de um processo de imputação, que deve incorporar as garantias da ordem jurídica e respeitar os standards sociais de justiça e os princípios de limitação da intervenção penal estatal, otimizando, ao máximo, a liberdade individual.³² Num processo de imputação *jurídica*, um indivíduo é reconhecido como *juridicamente* capaz de agir (assim como no processo de imputação moral se lhe reconhece a capacidade de agir moral) e se lhe atribui um fato como obra sua.³³

Portanto, na ligação do autor a um fato delitivo reside a essência mesma do processo de imputação e atribuição de responsabilidade penal. Mas isto não é tudo. O direito penal moderno é direito penal do fato no sentido de que a gravidade do juízo de reprovação – ou, como prefiro dizer, de indesejabilidade da conduta – se mede pelo fato praticado, e não por características que dizem respeito à personalidade do autor ou sua posição social.³⁴

Os riscos do direito penal de autor são muitos. Como bem reparam Zaffaroni, Nilo Batista e seus coautores, tal paradigma necessariamente trata o criminalizado como um ser inferior³⁵ – e o exclui, por definição, do contexto dos cidadãos responsáveis pelo e no âmbito do direito penal.

A Ilustração vai determinar o caminho do direito penal moderno como direito penal do fato.³⁶ Neste, seja a violação de direitos subjetivos, seja a lesão de bens jurídicos individuais deverá pautar a finalidade e os limites da intervenção do Estado criminalizador. Os direitos, bens e interesses individuais estão no centro do sistema penal como critério orientador.³⁷ Natural seria, portanto, que a mesma ênfase se produzisse na moldura do conceito de culpabilidade, mantendo, inequivocamente, a vinculação entre o fato e o indivíduo que o produziu.

³¹ Cf., por muitos, o trabalho didático de HASSEMER, Winfried. *Warum Strafe sein muss*, Berlim: Ullstein, 2009, pp. 205 ss.

³² Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do Delito*, São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015, p. 96.

³³ Para uma reconstrução da teoria da imputação a partir do século XVIII, cf. HRUSCHKA, Joachim. “Zurechnung seit Pufendorf. Insbesondere die Unterscheidungen des 18. Jahrhunderts”, in: KAUFMANN, Matthias; RENZIKOWSKI, Joachim. *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Frankfurt et alii: Peter Lang, 2004, pp. 17 ss.

³⁴ Para uma exposição detalhada do antagonismo entre direito penal do fato e direito penal do autor, assim como para uma reconstrução histórica de ambas as tendências, cf. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo I, 4 ed., Munique: Beck, 2006, pp. 178 ss.

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, primeiro volume: *Teoria Geral do Direito Penal*, 4. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 132 s.

³⁶ Cf. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal. Parte General: Principios y Categorías Dogmáticas*, Bogotá: Ibáñez, 2013, p. 174: “Se trata, pues, de la más cara conquista del derecho penal liberal, piedra angular del edificio jurídico del delito y piedra de toque de toda política criminal que pueda hoy ser compatibilizada con los requerimientos del Estado democrático de derecho.”

³⁷ Cf. STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 5. ed., Colônia: Carl Heymanns, 2004, p. 38.

Não é este o caminho que a ciência penal vai percorrer desde o fim do século XIX. O direito penal do fato vai sofrendo um processo contínuo de erosão.³⁸ Em primeiro lugar e paradigmaticamente, no direito penal orientado ao autor da nova escola de von Liszt; posteriormente, com as doutrinas penais vinculadas ao nacional-socialismo.³⁹ No caso de von Liszt, é a própria reestruturação de todo o direito penal a partir da ideia de prevenção e proteção de bens individuais que vai deslocar o olhar para o autor – é a partir do autor que se pretende prevenir a prática delitiva; é a partir de sua ressocialização ou neutralização que se poderá evitar a lesão de interesses individuais.⁴⁰ Sobre essa base se edifica a mencionada contradição.

De todo modo, mesmo onde se reconheceu a prevalência do direito penal do fato em detrimento do direito penal do autor, essa prevalência sempre foi mais ou menos mitigada. Assim é que, por exemplo, tipos penais que criminalizam a conduta de vida foram mantidos em sucessivas legislações ao redor do mundo, em contextos políticos distintos, assim como se admitia que a conduta de vida podia constituir o próprio fato delitivo.⁴¹ A manutenção de características da personalidade como fundamento para a aplicação da pena relacionados à culpabilidade é outra marca do direito penal do autor que permanece no direito penal contemporâneo.⁴² Por fim, as teorias da prevenção especial da pena seguem garantindo o espaço teórico-dogmático para construções atreladas ao direito penal do autor.

Mas é sobretudo na presença recorrente de um inimigo a ser combatido, como sombra do direito penal liberal, que a lógica do direito penal do autor segue atual.⁴³ Essa sombra vai adquirindo formas diversas, a depender do momento e, sobretudo, da área e da estratégia de intervenção penal.⁴⁴ Comum aos discursos não é apenas a supressão de garantias como forma de combate; mas também, e sobretudo, a sua estrutura: a identificação do inimigo a partir de características pessoais, de posições sociais e de contextos difusos de ação.

Essa estrutura contamina o discurso penal também quando ele se volta a formas de criminalidade distintas das tradicionalmente ligadas ao conceito de inimigo. Assim é que

³⁸ Cf. VORMBAUM, Thomas. Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2. ed., Berlin *et alii*, 2011, p. 123.

³⁹ Especialmente relevante é a doutrina da culpabilidade pela conduta de vida de Edmund Mezger. Para os antecedentes do conceito de culpabilidade na república de Weimar e a contextualização da teoria e do autor no momento político alemão cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. Edmund Mezger y el derecho penal de su tempo, 3. ed., Valência: Tirant lo Blanch 2002, pp. 48 ss., 68 ss.

⁴⁰ v. LISTZ, Franz. “Der Zweckgedanke im Strafrecht”, in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, tomo I, 1905, pp. 126 ss. Crítica detalhada em NAUCKE, Wolfgang. “Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882”, in: Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2000, pp. 223 ss. Cf. ainda, sobre e para além da doutrina de v. Liszt, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal, 3. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 90 ss.

⁴¹ Cf., por exemplo, MAYER, Hellmuth. Strafrecht, Stuttgart – Colônia: W. Kohlhammer, 1953, p. 61.

⁴² Sobre esse problema, com detalhada discussão, v. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., p. 175 ss.

⁴³ V., neste sentido, STEGEMANN DIETER, Maurício. Política Criminal Atuarial, Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 205 ss.

⁴⁴ Amplo panorama em ZAFFARONI, O inimigo, ob. cit. A literatura crítica sobre o direito penal do inimigo tornou-se vasta. Fundamentais, MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”, 2. ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2008; GRECO, Luis. Feindstrafrecht, Baden-Baden: Nomos, 2010; como também os sucessivos estudos de APONTE CARDONA, Alejandro. Derecho Penal y Filosofía. Textos Escogidos, vol. 1, Bogotá: Ibáñez, 2014, pp. 130-216.

o direito penal sobretudo econômico – e, no caso brasileiro, político-econômico, se se pode utilizar a expressão – termina por se deparar com uma transformação paradigmática na construção de suas categorias. Essa transformação se dá quanto às estratégias e aos discursos de criminalização, refletindo-se diretamente na estruturação de figuras dogmáticas. O âmbito mais imediatamente afetado é o da participação criminal – e nele se demonstra, com clareza, como novos alvos de criminalização provocam, como reação, tentativas de redesenhar categorias já estabelecidas.⁴⁵

Na terceira e conclusiva parte deste artigo, tentarei demonstrar como a sentença ora analisada promove algo similar, ao redesenhar o conceito de culpabilidade de modo a desvinculá-lo da culpabilidade pelo fato.

III. Culpabilidade pelo contexto e por contaminação – e seus riscos

A tendência de deslocamento da relação autor-fato para um cargo ou uma posição social – tão cara ao chamado direito penal de empresa – está inscrita, literalmente, na passagem selecionada da sentença ora analisada. É que a culpabilidade agravada se deduz da própria condição de presidente da República. Ou seja, a culpabilidade passa a ser determinada, de antemão, pelo lugar social e hierárquico ocupado pelo suposto autor. Antes mesmo da prática do crime, seja ele qual for, a culpabilidade estará agravada. Sendo assim, desnecessário frisar que ela se desprende do fato delitivo para assumir substância própria e que lhe é alheia.

Em segundo lugar, a culpabilidade é marcada pelo “contexto de corrupção sistêmica”. Aqui, o procedimento de redimensionamento da culpabilidade opera segundo uma lógica, em si, oposta à do direito penal do fato. A culpabilidade tem por medida o contexto da prática de outros crimes, e não o fato que se imputa ao autor. De um lado, tem-se a vagueza do contexto a substituir a concreção do fato individual. De outro, impõe-se à categoria da culpabilidade uma lógica de contaminação: a culpabilidade será determinada e agravada pela contaminação de um fato pela existência contígua de outros. Uma espécie de culpabilidade transdelitiva, portanto, é do que se trata. Por fim, se a intenção está em atribuir uma culpabilidade pelo conjunto dos crimes, viola-se, e de maneira crassa, o princípio da legalidade.

Os riscos desse novo conceito de culpabilidade penal são evidentes. Refeito segundo pretensas necessidades de prevenção e combate à criminalidade política-econômica, o conceito se desvirtua enquanto se perfaz a erosão de seu significado de garantia. Mais um passo na direção de um direito penal sem garantias, mero instrumento da política estatal.

⁴⁵ Exemplo evidente foi a utilização extravagante, para dizer o mínimo, do que se considerou ser a teoria do domínio do fato na Ação Penal 470 por parte do Supremo Tribunal Federal. V., a respeito, LEITE, Alaor. “Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal, in: GRECO, Luís et alii (org.). *Autoria como domínio do fato*, São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 123 ff.

O QUE DO CINISMO JURÍDICO “VEM AO CASO”?

Augusto Jobim do Amaral^{*}
Fernanda Martins^{**}

1. Farsa e ridículo talvez tenham algo em comum: o exercício cínico. Sobre ele nada cabe de (auto)crítica, pois sabem muito bem o que fazem, mas ainda assim o fazem. Contra isso, tentemos a ironia ou mesmo o sarcasmo, apenas como mais um esforço de expor suas frases ideológicas ao ridículo, colocando em manifesto sua violência e suas brutais pretensões de poder. Que sobre a capa da universal imparcialidade posta como ideologia oficial seja ex-posta a nada ingênua perversão de suas razões particulares.

Adiante da contumaz expressão cínica “não vem ao caso”, o que poderia ser dito sobre a atual conjuntura político-criminal espelhada na sentença que condena um ex-presidente da República de maneira descabida? Mais um instante triste do profundo caldo cultural autoritário que experimentamos por tradição no Brasil foi dado no dia 12 de julho de 2017, reatualizado por um racismo de classe, mas que nada dista da rotina naturalizada de violências seletivas, institucionalizadas e amparada categoricamente, não apenas por largo espectro midiático, mas por atores de Estado que ganharam protagonismo inédito e que acabam por orientar a perseguição criminal.

A dinâmica das megaoperações policiais e seus megaprocessos nada menos arbitrários, vertidos sob o slogan do “combate à corrupção” – que a justiça criminal brasileira aprendeu a importar tardiamente, pouco importando ao menos se questionar o que tais práticas acarretaram de concreto nas experiências dos países que as realizaram, a saber, nada de decréscimo nas práticas de corrupção, todavia um sensível aperfeiçoamento nas suas performances –, constroem algo como que um arcabouço narrativo de arranque sobre o qual irá se debruçar toda e qualquer hipótese no processo penal, seja ela acusatória ou defensiva, e orientará todos seus movimentos e estratégias. Chamamos isso, em algum momento, de “pretensão delatória”. Se a luta travada através do processo penal deveria representar uma pretensão deflagrada desde um movimento acusatório mínimo que precisará ser comprovado, o atual estado da arte processual penal no Brasil não dista de possuir como epicentro, ou como pólo atrator, o próprio conteúdo das delações ou de seus desdobramentos conexos. Em todo sentido obscuro, aquilo sobre o qual se deverá esgrimir diz respeito ao curso delatatório apresentado, posto agora como existente até que (nunca) se consagre o contrário.

Passando longe de qualquer *pré-ocupação de inocência* democraticamente concebida, produzem-se subjetividades jurídicas (atores político-criminais) que, forjadas oportunisticamente sem perder tempo, pois angustiados pela *eficiência* punitiva, amparam-se no cinismo dos “jogos processuais” e destilam o medo como estratégia. Cinismo e medo, eis os afetos político-criminais centrais nestes contextos.

* Professora de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia da UNIVALI e Doutoranda em Ciências Criminais pela PUCRS.

** Professor do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciências Criminais da PUCRS; Doutor em Altos Estudos Contemporâneos (Ciência Política, História das Ideias e Estudos Internacionais Comparativos) pela Universidade de Coimbra (Portugal); Doutor, Mestre e Especialista em Ciências Criminais.

Sendo assim, o roteiro de uma *criminologia midiática*, instrumento de um *populismo punitivo* que é, dinamiza um autoritarismo *cool*. A *pornografia penal* terá um duplo e complementar cenário: para a patuleia, costumeira clientela do sistema penal, um vasto cardápio de programação televisionada na rotina policesca “em ação”, entretanto, para a casta privilegiada, a ode punitiva deverá ter outra roupagem, afinal deve ser retratada através de capítulos diários como qualquer enredo de novela e finamente contornados por “delações” vazadas e veiculadas por veículos da grande mídia anêmica de democracia. Tudo amparado, enfim, por decisões judiciais “imparciais”. Portanto, a *governabilidade de um dispositivo judicial inquisitivo* não cessará em demonstrar suas reconfigurações. Que o discurso crítico, por sua parte, também não ignore sua responsabilidade em antever ambas implicações para além de sua arrogância desastrosa.

2. Não obstante a dimensão reduzida desta crônica, vale apontar alguns contornos do cerne da sentença condenatória em questão que nos traz aqui. Não sem antes indicar que não será estranha a uma sociedade de controle fazer uso intensivo da transparência informacional, nos termos em que tudo se converte em produto, em dados prontos para servir como escândalo. Não esqueçamos, inclusive assim podem funcionar as contendas judiciais. Aqui qualquer juízo crítico se esfumaça em favor de um espectador afeito apenas ao escândalo, numa espécie de encenação democrática sem densidade. Talvez num esforço de resistência dentro deste contexto, em que o atavismo do pensamento ganha força como ódio difuso, qual espaço restaria a uma consciência crítica indagar a condenação ao presidente Lula?

Mesmo que de forma rápida, mergulhar nas questões técnicas da sentença deve fazer sentido. A começar pela base ampla que inicialmente configurou a chamada “Operação Lava-Jato”: o que, de fato, não é conexo tendo em vista a linha (torta) que tudo englobou como matéria da 13ª Vara da Justiça Federal de Curitiba, competência completamente descabida tendo em vista o disposto no art. 109 da CRFB? O que não diria respeito à Petrobras, segundo a lógica do “maior esquema de corrupção do mundo”, slogan pronto a servir em qualquer momento? Tão frágil é o malabarismo que mais tarde em resposta aos “embargos de declaração” defensivos, será o próprio juízo a escrever que “jamais afirmou que os valores obtidos pela Construtora OAS nos contratos com a Petrobras foram usados para pagamento da vantagem indevida para o ex-Presidente”, ou seja, faltou apenas o imparcial juiz de Curitiba ter-se dado desde sempre por incompetente.

Doutro ponto: que espécie de imputação se sustenta ao ex-Presidente Lula senão conjugada a um explícito *lawfare*? Não precisaremos ir às inúmeras representações no CNJ contra este magistrado, à divulgação de áudios ilegalmente por meios de comunicação de massa, ou ainda a sua “notável” atuação desde o caso “Banestado” (na década de 90) até sua atual cruzada através da nebulosa e oportuna relação com Alberto Yosseff, para apontar como vieram a se desdobrar as estratégias de persecução exatamente por figuras que deveriam ser o primeiro anteparo ao abuso de poder. Sanha que não cessou nem após a prolação da condenação a Lula: sequestram-se bens dois dias depois, avançando sobre verbas alimentares como chicana explícita para dificultar o recurso – todo movimento como resposta a um pedido de 4 de outubro de 2016 do MPF muito antes da sentença proferida e mesmo a despeito de reconhecer na decisão que não houve qualquer prejuízo à Petrobras.

Interessante, nem que seja por força de esclarecimento, diretamente perguntar: como se desdobraram as cadeias alucinatórias da condenação a Lula, de forma sucinta, através dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro? Notório que, todas as condenações, de alguma maneira, dizem respeito à (falta de) controvérsia relativa ao apartamento triplex. “Questão crucial” dirá o juiz imparcial de Curitiba, mesmo que não apresente qualquer comprovação de Lula ser o proprietário do imóvel, mesmo apartamento que ainda hoje consta no RGI em nome da OAS, inclusive com garantia de hipoteca à CEF.

Além de inovar no tipo do art. 317 do CP, cria uma nova modalidade do delito de “lavagem de dinheiro”, agora sem dinheiro. “Lavagem”, segundo sua narrativa, porque o réu visitou um imóvel que poderia ser no futuro adquirido, mas não sem antes cometer “corrupção passiva”, mesmo estando ausente qualquer comprovação de que tenha solicitado, recebido ou aceito qualquer vantagem indevida. Sobre tal atributo “indevidamente”, ainda permaneceu silente o julgador sobre esta necessária correlação, que deveria ser produto de responsabilidade do réu nos contratos lesivos à Petrobrás firmados pela OAS. Com ares para chocar qualquer inteligência rasteira, condena-se, por um lado, mesmo não se recebendo nenhum benefício patrimonial e, por outro ainda, aponta-se o encobrimento da origem ilícita daquilo que não existiu. Em conclusão: traça-se convenientemente um corrupto por receber um imóvel que nunca foi seu e que, principalmente, seu verdadeiro dono sequer poderia entregá-lo a alguém.

Em suma, se sobre a hipótese da corrupção, como pressuposto mínimo, teria de haver a comprovação do recebimento de uma vantagem (a propriedade do imóvel) como contrapartida sobre o contrato (CONEST/RNEST) com a Petrobrás, porque não se argumenta nada sobre isto na larga sentença? E se, no sentido da estonteante elucubração judicial, o crime de corrupção “não depende da prática de ofício” e “que não há necessidade de uma determinação precisa dele”, o que resta da legalidade penal para uma autoridade judicial como esta? E se a condenação de “lavagem”, através da “ocultação e dissimulação da titularidade do apartamento (...) e das reformas realizadas”, ou seja, dotar o capital ilícito de aparente licitude, como comprová-la sem ter havido a incorporação dos bens ao patrimônio de Lula? Mais ainda, sob certo ponto até risível: como faria sentido conceber a lavagem para algo que permanece oculto? Obviamente, quanto menos isto for lembrado melhor, quiçá por isso os cinco parágrafos resguardados à análise da tese defensiva.

Mesmo se contradizendo em resposta aos “Embargos de Declaração” ao aduzir que Lula não foi condenado por ser o titular oculto do triplex e sim porque o valor das obras feitas no apartamento teria sido “abatido” de um caixa virtual que o (delator ou co-réu, não se pode afirmar precisamente) Léo Pinheiro afirma ter mantido em nome do PT (acumulado de R\$ 16 milhões), seria necessário mais uma vez alguma prova deste abatimento para beneficiar o réu. Não foi o caso, mas quem sabe pudesse retirar de sua nefasta “livre apreciação da prova”, quiçá de alguma das 73 testemunhas ouvidas ao longo de 23 audiências algo sustentável, para além do dito pelo “nada influenciável” (dois anos preso, antes de depor como testemunha de acusação contra Lula) ex-presidente da OAS?

Guarde-se, nesta direção, uma linha privilegiada acerca da primeira delação premiada informal da história – mais um fator inédito trazido pelo espetáculo – de Léo Pinheiro, algo fundamental e quase único para condenar Lula. De maneira comezinha, para além

da maior paciência no trato que este tipo de escracho jurídico delatatório implica eticamente (técnica sofisticada por dinâmicas de tortura), necessário dizer que nem mesmo dentro da fragilíssima lógica empregada pelo juízo ela se sustenta: diretamente, sabe-se que tal “acordo” foi primeiramente cancelado, depois refeito e ainda hoje sequer foi homologado.

3. Problema não é dizer que a decisão judicial é “política”, todas são em alguma medida, a não ser que queiramos assumir um purismo no trato da questão jurídica afeita às falsas imunidades de ideologias autoritárias. Mas qual política é essa? Qual a sua aderência à democracia? E o que implica a uma decisão penal maior ou menor permeabilidade às regras democráticas? Ao menos sob esta interface político-epistemológica cabem algumas referências.

Estamos falando, em sede de processo penal, da tentativa de se resguardar este ambiente de posturas paranoicas – e jamais olvidemos que elas nunca são inofensivas, muito menos quando se tratam de doutrinas, polícias e tribunais. Epistemologicamente falando, referimos operadores que alargam a porosidade da *convicção* à *evidência* por certo, onde um *suposto-juiz*, investido em seu imaginário, poderá investir seu desejo no labor de persecutor como *máquina* de guerra. A arena política (e aqui entendida sob as pré-constituições que colmatam o horizonte de expectativas constitucionalmente postas) é violada quando coroa o regime de opinião que, em essência, cristaliza a *aclamação* punitiva. Lembremos a condução do argumento condenatório através de reportagens jornalísticas que, para além de sua duvidosa parcialidade, são regidas por outras variáveis.

É do *modo de exercício da prova* que se fala, inclinada por uma *aceitação* precoce em que se instala o registro da *evidência*. Deixando de ser destinatário da prova e tomando partido numa espécie de autodoação, assim o magistrado aproximação de uma *convicção apressada*. Quer dizer, fica desnecessariamente mais próximo o magistrado do natural componente *alucinatório* da *evidência* quando passa por cima das *condições de esteio* e coloca-se prontamente no pólo da *aceitação* – investe no seu *saber* ao invés de decidir sobre a *prova*. Mais que um “primado das hipóteses sobre os fatos”, é a assunção acelerada da decisão anulada pela *convicção*. Investe no que entende como fático (entendido como transparente e avesso ao argumento probatório, como se evidente fosse), dado por vetores externos como matérias jornalísticas ou internos como as ilações que nem de longe servem para completar qualquer lastro condenatório adequadamente.

O que temos é um sensível gozo dado pela *justificação da indução* que realiza, seja (a) nas inúmeras laudas que resguarda para dizer o que não faz (ou seja, expor sua nada crível imparcialidade pelos 152 itens iniciais da decisão acerca das “excepcionais” práticas de condução coercitiva, busca e apreensões domiciliares e interceptações telefônicas inclusive de defensores – 60 páginas ao longo das extensas 218), num falso giro performativo que só confessa tacitamente seu rotineiro e patético exercício invertido durante o procedimento, seja, sobretudo, (b) na *dedução mascarada* que produz, na medida que em momento algum cogita ou aduz qualquer vinculação, em qualquer dimensão, à *pré-ocupação de inocência*.

Tal como na prova legal medieval, a postura transfigurada pela sentença traz em seu cerne a autoridade inquisitiva de *generalização de uma norma de ilação*. Supressão de

qualquer limite indutivo à imaginação persecutória reinante. Aquilo que aparentemente se construiria sob a aparência de indução probatória esconde uma inexpugnável conclusão fática prévia graças à conjunção de premissas tidas como verdadeiras. No caso do procedimento inquisitivo pré-moderno, eram as tarifas de provas que determinavam valores distintos a cada tipo. Graças a este artifício, a *indução* transformava-se em simples *dedução*, cuja premissa universal vinha posta na prova legal. Atualmente o que se coloca por práticas inquisitivas em terreno democrático, em especial no escândalo da sentença examinada, é a decisão judicial ter-se tornado um pleno exercício de *formação de signos normativos de conclusão deduzida*.

Utilizando-nos da mesma tática que respalda todo este cenário, “para evitar certos traumas”, da nossa parte que se afirme ao fim: sem dúvida não podemos negar neste escândalo processual penal alguma coerência. Nada mais evidente que a qualidade encontrada na completa correlação da acusação com a sentença prolatada: para um infantil esquema informático inicial redutor de complexidade (quer por falta de elementos hábeis a amparar a pretensão acusatória, quer por falta de preparo de ordem técnico-intelectual), nada melhor que uma sentença que cinicamente o ecoe.

O JUIZ, O COLABORADOR E AS LACUNAS DA NARRATIVA CONDENATÓRIA

Beatriz Vargas Ramos*

Quem conhece a ação penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR? Esse é o registro oficial, discreto e desinteressante, do processo que nasceu com estardalhaço e *power point* da “força tarefa” de Curitiba. Deltan Dallagnol, procurador da República, líder da igreja Batista de Bacacheri e apreciador de esportes radicais, comandou, em 14/09/2016, a apresentação midiática de denúncia oferecida contra Luiz Inácio Lula da Silva, por corrupção e lavagem de dinheiro – versão da Lava Jato sobre um apartamento triplex no Guarujá. Segundo Dallagnol, o ex-presidente seria o “comandante máximo do esquema de corrupção na Petrobras”.

Outra versão acusatória havia sido apresentada anteriormente. Em 09/03/2016, os promotores Cássio Conserino, Fernando Henrique Araújo e José Carlos Blat, do ministério público de São Paulo, imputavam ao ex-presidente da República a prática de lavagem de dinheiro e falsidade ideológica e pediam sua prisão preventiva. Na disputa judicial que se seguiu, venceu a segunda versão, do ministério público federal. O juiz Sérgio Moro já possuía uma interpretação sobre o caso: “os ilustres promotores de Justiça autores da denúncia relacionaram equivocadamente a concessão do apartamento em questão” a fraudes na cooperativa dos bancários (<<http://www.conjur.com.br/2016-nov-30/ministro-stj-volta-aprovar-fatiamiento-denuncia-lula>>). Desde então, ficou estabelecida uma “suposta conexão” do caso com o objeto da operação Lava Jato.

No dia 12/07/2017, Sérgio Moro condenou o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva a 9 anos e 6 meses de reclusão, além da multa, decretando também sua interdição, por 19 anos, para o exercício de cargo ou função pública ou de “diretor, membro de conselho ou de gerência das pessoas jurídicas” indicadas no art. 9º, da Lei nº 9.613/1998. Determinou ainda o confisco e o sequestro do apartamento 164-A do condomínio Solaris, no Guarujá, considerado produto de corrupção e lavagem de dinheiro, e fixou em 16 milhões de reais o valor de “reparação dos danos decorrentes dos crimes”. O juiz entendeu que não havia provas suficientes para caracterizar como crime de corrupção o armazenamento, embora “irregular”, dos bens do acervo presidencial. No tocante a essa imputação, afirmou não existir “muita controvérsia sobre os fatos, mas somente sobre a interpretação deles” (item 926 da sentença).

Para acolher, no principal, a narrativa da acusação, o juiz encontrou sustentação nas declarações de um dos corrêus, José Aldemário Pinheiro Filho, ou Leo Pinheiro, ex-presidente do grupo OAS. É dele a fala que respalda a versão acusatória. Todos os demais elementos, uma coleção de fragmentos esparsos, impressões subjetivas e miudezas sobre rasuras e detalhes que, por si somente, não teriam o efeito de indicar uma via única e conclusiva entre outros caminhos possíveis, passam a fazer sentido à luz da verdade de Leo Pinheiro. Sua “confissão” é o fio que orienta toda a trama. A prova “preexistente” e dita “independente” da colaboração do corrêu, “prova documental

* Professora Adjunta de Direito Penal e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

colhida em diligências de busca e apreensão” (item 246 da sentença), não é muito mais que um conjunto de achados confusos e imprecisos, sem maior expressão probatória – não fossem as declarações do corrêu. A verdade de Leo Pinheiro foi fundamental não apenas para condenar o ex-presidente Lula, mas também para absolvê-lo da prática de outro delito de corrupção, aquele que o ministério público enxergou no armazenamento do acervo presidencial. Outros dois corrêus, empregados da OAS, o engenheiro Paulo Roberto Valente Gordilho e o arquiteto Roberto Moreira Ferreira, também foram absolvidos com base nas declarações de Pinheiro – ambos denunciados somente pelo crime de lavagem de dinheiro.

Nenhum outro colaborador – ou delator – foi tão claro e incisivo ao afirmar a ciência e a participação do ex-presidente Lula em relação ao “esquema de corrupção na Petrobras”. É Pinheiro quem diz ter havido um “acerto de corrupção, tendo por beneficiário específico” Luiz Inácio Lula da Silva. Esse acerto não seria feito em dinheiro, mas estaria “materializado” no triplex e em suas reformas. De que forma seria esse apartamento destinado ao acusado e em que exatamente consistiria essa suposta vantagem (sem o efetivo ingresso do bem no patrimônio do acusado) são questões importantes para a caracterização do crime de corrupção que não chegaram a ser consideradas pelo juiz e muito menos respondidas pelo colaborador.

Nenhuma dessas indagações tem utilidade diante da versão de que o apartamento foi “concedido” de forma “sub-reptícia”, mantida “a titularidade formal do bem com o grupo OAS”. Assim, é justamente o fato de não ser o imóvel de propriedade do acusado que estaria a comprovar o objetivo de “ocultação” e “dissimulação” do crime. Estranha vantagem essa consistente numa “concessão” – jamais efetivada – de alguma coisa diferente (que coisa seria?) da propriedade de um imóvel que nunca chegou a ser nem mesmo ocupado pelo acusado.

O crédito conferido às declarações de Pinheiro decorre, segundo Sérgio Moro, de sua correspondência com a “ampla prova documental” recolhida – aquele conjunto de confusos achados antes mencionados. O corrêu é tratado na sentença como colaborador:

Considerando sua manifesta intenção de colaborar, não se vislumbra por qual motivo admitiria a prática de um crime de corrupção e negaria o outro. Caso sua intenção fosse mentir em Juízo em favor próprio e do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, negaria ambos os crimes. Caso a intenção fosse mentir em Juízo somente para obter benefícios legais, afirmaria os dois crimes (item 936).

Apesar das fortes convicções do juiz Moro, só uma coisa é certa: Luiz Inácio Lula da Silva não é e nunca foi proprietário, possuidor ou usufrutuário de nenhum apartamento do condomínio Solaris de Guarujá. A sentença está repleta de expressões orientadas a definir a relação entre o ex-presidente da República e o imóvel de Guarujá, tais como “proprietário de fato”, “beneficiário”, “destinatário”, inclusive a expressão “proprietário” é muitas vezes utilizada, assim mesmo, pura e simplesmente, como se essa condição dispensasse o mínimo esforço probatório. A corrupção passiva, conduta descrita no tipo do art. 317 do Código Penal brasileiro, só se configura se o servidor público “solicita”, ainda que por interposta pessoa, “recebe” ou “aceita”, em seu próprio benefício ou de terceiro, vantagem indevida, para praticar ou omitir ato inerente à sua função. Das três hipóteses, uma é descartada – embora não expressamente – pela

própria sentença, a do “recebimento”. Se é evidente que não recebeu – não há prova da propriedade, da posse ou do usufruto do bem – qual é a demonstração de que o ex-presidente Lula teria “solicitado” ou “aceitado”? A resposta está na fala de Leo Pinheiro (entre o dito e o não dito, o imóvel teria sido solicitado de forma indireta). Então qual seria a contrapartida pela indevida vantagem solicitada? Outra vez a resposta de Pinheiro: a OAS pagava porque essa era a “regra de mercado”. O juiz, no entanto, encontrou uma explicação melhor: “a partir de 2006 ou 2007”, a empresa entrou no “clube” daquelas que “ajustavam fraudulentamente as licitações” (item 861 da sentença). Entre o ingresso da empresa no “clube” das licitações e a “concessão” jamais efetivada de um imóvel em favor do acusado faltava apenas uma ponte, um nexos, uma ligação. Essa ponte foi construída com elementos que estão muito além do que a análise das provas poderia autorizar: Luiz Inácio Lula da Silva estaria, para o juiz Moro, envolvido diretamente no aludido “esquema de corrupção da Petrobras”. E mais, consta da sentença que houve prática efetiva de “atos de ofício com infração do dever funcional” – o que fez incidir contra o ex-presidente da República a causa de aumento de pena correspondente. O item 890 da sentença é um dos que mais bem expressa o raciocínio desenvolvido pelo juiz federal de Curitiba:

Mesmo na perspectiva do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a indicação por ele dos Diretores da Petrobrás que se envolveram nos crimes de corrupção, como Paulo Roberto Costa e Renato de Souza Duque e a sua manutenção no cargo, mesmo ciente de seu envolvimento na arrecadação de propinas, o que é conclusão natural por ser também um dos beneficiários dos acertos de corrupção, representa a prática de atos de ofícios em infração da lei. É certo que, provavelmente, o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva não tinha conhecimento de detalhes e nem se envolvia diretamente nos acertos e arrecadação de valores, pois tinha subordinados para tanto, mas tendo sido beneficiado materialmente de parte de propina decorrentes (sic) de acerto de corrupção em contratos da Petrobrás, ainda que através de uma conta geral de propinas, não tem como negar conhecimento do esquema criminoso.

Salta aos olhos, diante dessa narrativa decisória, que a conclusão tem suporte numa sequência de suposições a preencherem as muitas lacunas não solucionadas pelo *corpus probatório* (“é conclusão natural”, “é certo que”, “provavelmente” etc). Quanto maior a quantidade de lacunas no discurso condenatório, menor a certeza sobre os fatos. Assim, se uma pergunta pode ter mais de uma resposta igualmente lógica ou verossímil, nenhuma dessas respostas poderá ser considerada suficiente para afirmação da certeza necessária à condenação – é exatamente isso o que orienta a regra de ouro do *in dubio pro reo*.

Enfim, a versão dos fatos acolhida na sentença – a mesma contida na denúncia – faz sentido no contexto de uma hipotética participação direta do ex-presidente Lula em “esquema complexo”, cuja execução seria dividida entre vários agentes. O julgador faz muitas referências a essa hipótese, apesar de não ter havido acusação formal sobre eventual concurso de agentes, participação do acusado a “grupo criminoso organizado” ou “associação criminosa”. O fato da participação, no entanto, está na sentença e algumas das conclusões judiciais ficam na dependência direta dessa premissa, situação que impõe à defesa o ônus de enfrentá-la – exemplo disso é o item 890, antes mencionado.

Essas são apenas algumas impressões iniciais, a partir da leitura da peça decisória. O juiz transmite a impressão de que tem uma causa a ganhar. Talvez realmente acredite que o sistema de justiça seja o mais capacitado a lidar com o controle da corrupção – com o apoio da grande mídia, interveio na cena pública de forma a demonstrar essa ideia. Tornou-se uma espécie de herói no “combate à corrupção”, expressão originária do glossário do populismo penal, arma política do eficientismo punitivista. Certamente acredita que o ex-presidente Lula seja o “comandante máximo do esquema de corrupção na Petrobras”, tal como afirmado naquele *power point* de 2016. É certo que a justiça tem uma importante tarefa a cumprir no âmbito da repressão criminal, como também é certo que essa missão não pode e não deve se realizar a qualquer custo. Uma das mais importantes conquistas da civilização ocidental está na racionalidade das regras e princípios que orientam a atividade decisória do juiz e limitam o poder punitivo estatal. Atravessamos um momento político grave e delicado em que o sistema de regras e princípios do Estado Democrático de Direito são colocados à prova e, por isso mesmo, é desejável e esperado que as autoridades judiciais não sucumbam à tentação de fazer justiça com o sacrifício desse sistema. A partir de agora, a palavra está com o Tribunal ao qual competirá decidir os recursos da acusação e da defesa.

POR QUE CONDENAR LULA?

Carlos Marés*

Deve haver grandes razões para o Presidente Lula ter sido condenado, mas não estão escritas nas 283 páginas da sentença do Juiz Sérgio Moro, aliás, se as razões pudessem ser escritas provavelmente o Juiz não necessitasse de 283 páginas mas, sendo muito prolixo, lhe bastariam umas 28,3. Se não houvesse essas razões, porém, ele não teria sido condenado. É possível conhecer a ciência certa dessas razões ou isso é segredo bem guardado que polichinelo sabe? Cada brasileiro sabe ou intui a resposta.

Todos sabem, porém, que o objetivo do Juiz Moro era prender o Presidente Lula. Isto ficou explícito no episódio da condução coercitiva e no próprio recebimento da denúncia. O Brasil sabia que o objetivo de todo o movimento que culminou no processo e denúncia contra o Presidente era dar um basta às políticas implementadas pelo PT e pelo Presidente Lula, portanto toda a ação política e judicial, desde o golpe contra a Presidenta Dilma a esta condenação e outros que ainda virão, foi movida no sentido de asfaltar o caminho para a recondução de um neo-liberalismo explícito e entreguista do ponto de vista internacional. Pessoalmente considero que o principal alvo dessa destruição era justamente a política internacional desenvolvida no Brasil pré-golpe (2003-2016). Não se pode esquecer que a primeira manifestação explícita do golpe foi a rejeição pelo Senado Federal do nome de Guilherme Patriota para a OEA. O Brasil e sua política externa incomodava.

Razão mais próxima para a condenação é a satisfação à plateia. Depois de todas as espetaculares manchetes produzidas antes de cada ato, sempre com pequena distorção para grandes efeitos, como poderia haver absolvição? Seria a desmoralização do Juiz, dos Promotores e das mídias. Seria uma traição. Por isso das 283 páginas e mais as explicações aos embargos declaratórios, apenas duas frases foram intensamente noticiadas: “Lula condenado” e “Juiz compara Lula a Eduardo Cunha”. Isso bastava para as manchetes do dia. O Juiz Moro cumpria sua obrigação perante os pares e espectadores. A absolvição de Lula seria um balde de água fria à razão primeira de sua perseguição, seu afastamento da política. Se tudo foi feito para convencer o eleitorado de que Lula não pode voltar, sua absolvição vitaminaria suas pretensões. Absolvido neste processo todos os outros que viessem a ser noticiados e propostos soariam como nova tentativa de retaliação. Moro não tinha alternativa, era necessária esta condenação. O que tem isto de jurídico? Nada! Mas, o que tem de jurídico o processo além da forma? Nada! Como não eram jurídicas as prisões nos porões da ditadura.

O mais curioso neste processo e que mais desmoralizaria uma decisão pela absolvição é que não se trata de falta de provas, se trata de falta de ato, nem mesmo de ato lícito existe, não se cogita de um simples ato. O Presidente Lula foi condenado por corrupção e lavagem de dinheiro. E não há um único ato praticado por ele relatado nas 283 páginas da sentença. Não há uma única referência de que o Presidente Lula tenha tal dia feito ou mandado fazer qualquer coisa que se pareça a lavagem de dinheiro ou corrupção.

* Carlos Frederico Marés de Souza Filho é Doutor em Direito do Estado e Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Nem na denúncia, nem na sentença há qualquer indicação de que Lula abriu uma conta, contratou ou mesmo falou com um doleiro, comprou um objeto subfaturado, ganhou ilegitimamente na loteria, nada, nem pediu, recebeu ou mandou alguém buscar uma mala em algum estacionamento ou restaurante. Nada! Portanto não poderia haver provas singelamente porque não havia ato.

A denúncia e a sentença se baseiam no fato de que o Presidente Lula teria recebido um apartamento conhecido nacionalmente como o triplex, grátis. Mais, ganhou o triplex e a reforma do triplex. Aqui mais uma curiosidade, se ele ganhou o triplex e a reforma, significa que a reforma teria sido feito depois de ganhar o apartamento, obviamente, senão ganharia um triplex reformado. Nos negócios imobiliários o custo da reforma incorpora o preço do bem, mas o Ministério Público e o Juiz insistem em que há dois ganhos, isso só pode significar que houve a doação do apartamento e posteriormente sua reforma. Pois bem há um fato existente, a reforma, mas a doação não. Novamente, há um fato de dois denunciados, mas não há uma ato que o relacione ao Presidente Lula. Não há sequer a indicação de que o Presidente tivesse dito que o triplex simples não servia e, portanto teriam que reformá-lo. Não há o ato. Como provar uma coisa que não existe? Não é um problema de provas, portanto, é um problema de fatos e atos.

O Juiz, para explicar a desnecessidade de atos e fatos compara com a situação do Deputado Eduardo Cunha e explica a comparação na decisão dos embargos declaratórios: *"pois ele também afirmava como álibi que não era o titular das contas no exterior que haviam recebido depósitos de vantagem indevida, mas somente 'usufrutuário em vida'". "Portanto, a corrupção perfectibilizou-se com o abatimento do preço do apartamento e do custo reformas da conta geral de propinas, não sendo necessário para tanto a transferência da titularidade formal do imóvel."*

A diferença é que Cunha e sua mulher, que foi absolvida por Moro, retiravam dinheiro da conta, gastavam em proveito própria e não prestavam conta ao titular, já Lula, não usava o apartamento, nem foi encontrado lá qualquer pertence seu, como uma sandália, bermuda ou óculos. Nesta explicação o Juiz demonstra que acredita que havia um conta geral de propina e que o dono do apartamento teria deduzido do montante da dívida de propina o valor do apartamento triplex e de sua reforma. Aqui há ato. Mas em havendo a tal conta geral de propina quem a manejaria? Quem tinha o poder de aceitar a dedução do apartamento e da reforma? Segundo a delação do dono do apartamento ele tinha reservado essa unidade para o Presidente e por isso deduziu do montante geral. Para estes fatos faltam provas. Mas existem atos praticados pelo dono do apartamento e por mais alguém que aceitou a dedução pelo apartamento que seria doado a Lula? Qual é o ato do Presidente Lula nestes fatos? Nenhum, ele não recebeu em propriedade o apartamento e tampouco o usou. Não faltam provas, faltam atos!

Existem fatos, muitos sem provas de existência, mas há fatos arrolados. Para que se configurem crimes estes fatos devem ter autores, isto é, agentes que o praticaram, portanto é preciso que haja atos de pessoas culpáveis. E a prova disso tudo. É verdade que o ato pode ser omissivo, mas está fora de qualquer razão imaginar que o ato do Presidente Lula foi omissivo, isto é, não aceitar ou não receber o triplex e sua reforma. Nem mesmo há prova de que foi a ele oferecido por doação. A delação afirma somente que havia reservado o triplex para o Presidente. Pode não ter sido sequer oferecido e pode ter sido oferecido e não aceito. Nenhuma nem outra coisa configura o crime de corrupção ou o de lavagem de dinheiro.

Esta reflexão me lembra os processos da ditadura, sob a égide ou não da Lei de Segurança Nacional. Naquele tempo também havia atos altamente perseguidos, os atos subversivos. Lembro-me bem de uma ação penal cuja sentença em muito se parece a esta. Havia um fato, a existência do Partido Comunista Brasileiro Revolucionário (PCBR) atuando no Brasil. Pertencer ao PCBR ou nele atuar era considerado crime e todo o peso da repressão política caía sobre o cidadão. Era muito difícil, entretanto, provar essa participação ou militância, por isso nem sempre eram abertos processos judiciais, mas neste caso houve denúncia a partir de um preso que, depois de barbaramente torturado, delatou ter havido uma reunião em Pontal do Sul, atual Pontal do Paraná. O delator não sabia, porém, quem havia participado da reunião porque era carioca e não conhecia os paranaenses nem pelo nome e muito pouco por fisionomia e, embora tenha percorrido as ruas de Curitiba carregado por policiais não conseguia identificar as pessoas nas ruas. A tortura continuou e a polícia política o obrigou a delatar o nome de todos aqueles que a polícia achava que poderiam ter estado na tal reunião ou que queria ver preso com um processo penal adequado. O pobre homem, depois de muitos dias de tortura delatou todos os nomes que polícia queria, estando ou não na reunião. Todos os delatados foram devidamente processados e condenados, mesmo aqueles que conseguiram provar que nunca estiveram em Pontal do Sul e que não poderiam ter estado naquele mal fadado dia. As provas apresentadas, consideradas álibis de que estavam em outro lugar, foram consideradas confissão de que realmente estiveram na reunião porque se tinham as provas era porque tinham sido precavidos para enganar a Justiça. Neste caso também havia um fato, mas o ato de cada réu, inexistente, era fruto da delação de um torturado longamente preso. Naquele caso, o delator também foi solto e nada se lhe imputou. Eis a semelhança.

Esta sentença e a prolatada durante a ditadura tem mais duas finas semelhanças. Uma emenda na Lei de Segurança Nacional exigia que os condenados em primeiro grau se recolhessem presos para então poderem recorrer, de tal forma que enquanto não se apresentassem à prisão não começava a correr o prazo do recurso, o que significava alterar todos os prazos prescricionais.

Conclui o Juiz Moro que apesar de caber a prisão preventiva, não o fará porque a prisão de um ex-presidente *“não deixa de envolver certos traumas”*, por isso, com magnanimidade permite que o Presidente Lula continue livre, enquanto aguarda o julgamento da apelação se expressando da seguinte forma: *“Assim, poderá o ex-Presidente Luiz apresentar a sua apelação em liberdade”*. É a única vez que chama o Presidente só de ex-Presidente Luiz! Interpreta a lei atual como se fosse a da ditadura. Na realidade justifica para a plateia. Tivesse determinado a prisão preventiva, como disse que deveria ter feito mas só não o fez por temor a traumas ?!?! caberia Habeas Corpus e, portanto, haveria uma decisão rápida que mancharia a manchete LULA CONDENADO. Preferiu permitir que o Presente Lula recorresse em liberdade.

A outra semelhança é que, ao terminar, como na sentença da ditadura, o Juiz Moro afirma que não lhe agrada, pessoalmente, condenar o réu, mas o faz por obrigação. Alguns juízes da ditadura também sabiam que aquelas condenações eram injustas, contra a lei e o Direito e, então, também se recriminavam.

Com isto, e pelas razões ocultas da condenação, é de se esperar que o Tribunal não julgue a apelação no ano de 2018 mantendo a manchete durante todo o ano eleitoral. A ditadura dos militares era mais eficiente, ainda que menos sutil.

O JUIZ QUE ESCOLHEU O PROCESSO

Carmen da Costa Barros*

*“O processo não é apenas um instrumento técnico, mas sobretudo ético”
Ada Pellegrini Grinover⁴⁶*

O presente artigo pretende fazer uma breve análise sobre a prorrogação da competência do Juízo da 13ª Vara Federal na Ação Penal n.5046512-94.2016.4.04.7000/PR, na qual o ex-Presidente do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva foi condenado a nove anos e seis meses de reclusão, e multa pela prática de (i) corrupção passiva por suposto recebimento de vantagem indevida do Grupo OAS em decorrência de contrato com a Petrobrás, e (ii) lavagem de dinheiro, em razão de suposta ocultação e dissimulação de titularidade de imóvel localizado no Guarujá, em SP.

A sentença que condenou o ex- Presidente Lula decidiu , em seu item II.5⁴⁷ , acerca das questões de competência arguidas pelas defesas. Em síntese, o Juiz reafirmou a competência da 13ª Vara Federal de Curitiba para o julgamento daquela ação penal, sob os seguintes argumentos:

- a) por ser a Petrobras uma sociedade de economia mista, a competência seria da Justiça Federal;
- b) por não mais exercer o cargo de Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva não poderia ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal;
- c) por haver todo um “**contexto**”, já reconhecido pelo “Tribunal de Apelação e pelos Tribunais Superiores de que esses casos são conexos e demandam análise conjunta, por um mesmo Juízo, sob risco de dispersão da prova” e, por fim
- d) **o Juízo da 13ª Vara Federal, do qual o Juiz sentenciante é o titular, tornou-se preventivo para estes casos, pois, a investigação iniciou-se a partir de crime de lavagem de dinheiro consumado em Londrina/PR e que, supervenientemente, foi objeto da ação penal n. 5047229-77.2014.404.7000.**

O processo n. 5047229-77.2014.404.7000⁴⁸, utilizado pelo Juiz da 13ª Vara Federal para a prorrogar sua competência para processar e julgar a ação penal n.5046512-94.2016.4.04.7000/PR, (caso Lula) iniciou-se de inquérito instaurado em 2006, para a apuração de crimes de lavagem de dinheiro praticados por Alberto Youssef, Carlos Habib Chater, Carlos Alberto Pereira da Costa, Ediel Viana da Silva e o falecido ex-deputado José Janene.

* Advogada

⁴⁶ JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 310.

⁴⁷ Fls. 33/34.

⁴⁸ Anteriormente, inquérito n. 2006.7000018662-8.

O referido processo n.5047229-77.2014.404.7000 guarda, ainda, elementos de estreita conexão de fatos apurados em processo midiático diverso, a Ação Penal 470, denominada *Mensalão*, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2012⁴⁹.

Tal conexão é recorrentemente corroborada nos autos do processo n. 5047229-77.2014.404.7000, destacando-se a Representação da Autoridade Policial⁵⁰ e a Denúncia⁵¹ que deu início à instrução criminal.

Em suma, esse é o processo que determina, na concepção do magistrado Sergio Moro, a competência, pela prevenção, de centenas de outros inquéritos e ações penais da denominada Lava-Jato.

Essa intrínseca relação, que se fez entre a Ação Penal 470 e o processo-crime n. 5047229-77.2014.404.7000 utilizado, precisamente, para estabelecer a competência para processar e julgar a Ação Penal n.5046512-94.2016.4.04.7000/PR- caso Lula, são de extrema relevância e merecem uma reflexão.

O equivocado prisma utilizado para assentar a competência do Juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba, que, posteriormente, condenou o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, não parece ter sido escolhido por acaso. Faz-se necessário rememorar o ano de 2012, bem como os eventos que antecederam o julgamento da Ação Penal 470/DF.

Para a preparação do midiático julgamento, com a análise das provas produzidas por quarenta réus e sua subsequente valoração para elaboração dos votos a serem proferidos por aquela Suprema Corte, foram convocados alguns Juízes Federais de 1ª Instância.

Um desses magistrados convocados foi o Exmo. Sergio Fernando Moro, atual juiz titular da 13ª Vara Federal de Curitiba, e encarregado de auxiliar a Ministra Rosa Weber naquela ocasião.

⁴⁹ Remontando ao ano de 2012 – ocasião do julgamento da Ação Penal 470, recorda-se que além de liderar todos os índices de audiência até mesmo da TV Justiça, deu origem a figura do herói togado do tipo justiceiro.

⁵⁰ Representação da Autoridade Policial. “É fato que Alberto Youssef possui acordo de delação premiada com o Ministério Público Federal de só falar a verdade. Indagado por esta autoridade policial, disse se amigo de José Mouhamed Janene, o Deputado Federal esposo de Stael Fernanda...(..) inclusive ele (YOUSSEF) foi interrogado pelo MM. Juiz Sergio Moro, pelo fato de ter sido visto pela imprensa no Aeroporto de Congonhas, a companhia do Deputado e seu assessor José Genu, respondendo que não possui qualquer negócio com ele.

Perante a CPI dos Correios, no ano de 2005, disse sob juramento, que TONINHO DA BARCELONA mentiu, pois eu não apresentei JOSÉ JANENE à Corretora de valores Bônus Banval em São Paulo, acusada de ter servido de ponte para que o Deputado pudesse receber, por intermédio de interpostas pessoas, os recursos oriundos de Marcos Valério, no escândalo do Mensalão.”

No entanto, dentro das investigações contidas no IPL supra, foram encontrados alguns indícios de que ALBERTO YOUSSEF teria sim contatos comerciais com a Corretora Bônus Banval a qual é apontada pelo relatório da CPI dos CORREIOS, por carrear recursos desviados por MARCOS VALERIO para as pessoas indicadas por JOSÉ JANENE, (grifos nossos), entre elas (...) (...) e(..) que estariam “lavando” dinheiro do deputado JOSÉ JANENE.”

⁵¹ Denúncia do Ministério Público Federal. “Aos denunciados acima referenciados é imputada, entre outras, condutas ilícitas, a prática de crime de lavagem de dinheiro pela movimentação, dissimulação e conversão em ativos lícitos de recursos originários, dentre outras fontes, do denominado esquema “Mensalão”, objeto da Ação Penal n. 470/DF”

Em 2013, logo após encerrar sua função no Supremo Tribunal Federal, o Juiz Sergio Moro retornou ao Paraná.

Coincidentemente, o processo n. 5047229-77.2014.404.7000 (inquérito n. 20067000018662-8) ressurgiu das cinzas, naquele mesmo ano. Entretanto, veja-se, que em vez de enviá-lo ao Supremo Tribunal Federal – pela conexão com os fatos lá julgados, AP 470 – resolveu por si só o futuro daquele Inquérito que começou a ganhar vida independente.

No decorrer das investigações, realizadas no processo n. 5047229-77.2014.404.7000, que a princípio visavam identificar esquemas de lavagem de dinheiro, foram autorizadas, pelo Juiz da 13ª Vara Federal, inúmeras cautelares, tais como interceptações telefônicas – que tiveram como alvo, inclusive deputados que detinham foro privilegiado, quebras de sigilo bancário e fiscal, além buscas e apreensões em diversos pontos do país. Enfim, a investigação não se limitava mais à circunscrição do Estado do Paraná.

Talvez o Juiz Sergio Moro, naquela ocasião, não tenha vislumbrado a totalidade do estava por vir, mas tinha uma visão muito nítida do que se tornara a Ação Penal 470 e, que esse processo n. 5047229-77.2014.404.7000, por certo, poderia ser a sua extensão.

A partir de um determinado momento, sem um rumo certo ou parâmetro razoável de limite, as investigações sob sua alçada se avolumaram e, ao serem descobertos outros fatos supostamente criminosos, foram chamados pelo Juiz da 13ª Vara Federal, simplesmente, de “*encontro fortuito de provas*”.⁵³

Vários inquéritos foram instaurados a partir de desmembramentos do Inquérito inicial que originou a Ação Penal n. 5047229-77.2014.404.7000 e, ainda, que os fatos tivessem sido praticados em outro Estado da Federação, todos os procedimentos foram distribuídos, por determinação do Juiz Sérgio Moro, por prevenção, à 13ª Vara Federal.

Nessa perspectiva, de forma kafkiana, eventos incidentais e aleatórios ligariam a anterior distribuição do processo n. 5047229-77.2014.404.7000 à 13ª Vara Federal de Curitiba e a Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, que levaria à primeira condenação de um ex-Presidente da República, na história do país.

Mais estranho se torna a fixação da competência do Juízo da 13ª Vara Federal quando se analisa que essa se deu em total violação às normas processuais e constitucionais.

⁵³ Despacho Juiz Sergio Moro- nos autos do pedido de quebra de sigilo telefônico de dados e/ou telefônico autos n. 5048111-73.2013.404.7000/PR –IPL 1041/2013 – inquérito instaurado (...) por indícios de atuação paralela no mercado paralelo de cambio e ocultação de bens e valores identificados nos autos do IPL 714/2009 “(...) A partir do início da interceptação, foram colacionadas mais provas do envolvimento de Carlos e associados em atividades ilícitas. Há indícios do envolvimento de Carlos em atividades que envolvem grande fluxo financeiro, aparentemente câmbio ilegal e lavagem de dinheiro, utilizando-se para tantas empresas de fachada e pessoas interpostas.

No curso da interceptação, surgiram indícios da pratica de crimes por terceiros que não compões o grupo criminoso dirigido por Calos Chaer, em espécie de encontro fortuito de provas”(...)”O presente feito desmembrado teria por objeto as atividades do suposto operador de câmbio negro Alberto Youssef, personagem notoriamente atuante no mercado paralelo de câmbio, cujas atividades ficaram conhecidas no assim denominado “Caso Banestado”. Defiro, portanto, o desmembramento requerido. Esclareço que decidi sem a oitiva prévia do MPF em vista da urgência alegada pela autoridade policial”

Nossa legislação processual penal impõe como regra a competência territorial, definida pelo lugar da consumação do delito. Isso está absolutamente claro no artigo 70 do Código de Processo Penal:

“Art. 70 -A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, em caso de tentativa, pelo o último ato de execução”.

A falta de observação dessas regras elementares de competência leva a violação de princípios constitucionais do juiz natural estabelecidos no art. 5º inciso XXXVII - *“Não haverá juízo ou tribunal de exceção”* e ainda, no art. 5º. inciso LIII *“Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”* da Constituição Federal.

Leciona com grande acerto Luigi Ferrajoli sobre a garantia do juiz natural *“Ela significa, precisamente, três coisas diferentes ainda que entre si conexas: a necessidade de que o juiz seja pré-constituído pela lei e não constituído *post factum*; a impossibilidade de derrogação e a indisponibilidade das competências; a proibição de juízes extraordinários e especiais”*⁵⁴

O princípio do juiz natural assegura, por conseguinte, a indispensável imparcialidade do juiz que é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. Nesse sentido, o juiz deve **ser pré-constituído por lei** para o exercício de sua função jurisdicional.

Por conseguinte, as violações com relação às regras de competência levam à evidente nulidade prevista no art. 564, inciso I do Código de Processo Penal.

Como bem apontou a defesa de Luiz Inácio Lula da Silva, em suas alegações finais, os fatos sob apuração teriam ocorrido em dois locais distintos, São Paulo e ou Brasília, o que deveria deslocar a competência da 13ª Vara Federal de Curitiba. Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal já se manifestou na Questão de Ordem no Inquérito 4130⁵⁵, num dos processos da mesma operação da seguinte forma:

“A competência para processar e julgar os crimes delatados pelo colaborador que não sejam conexos com os fatos objeto da investigação matriz dependerá do local em que

⁵⁴ Direito e Razão -Teoria do Garantismo Penal, Luigi Ferrajoli, 3ª ed. Revista dos Tribunais, pg 543

⁵⁵ Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a Questão de Ordem no Inquérito 4130 – Paraná do qual foi Relator o Min. Dias Toffoli:

“(...)Imbricação da matéria com o desmembramento do feito e seus consectários. Necessidade de seu exame para a determinação do juízo de primeiro grau competente para processar e julgar o feito desmembrado. Crimes de organização criminosa, lavagem de dinheiro, falsidade ideológica e corrupção passiva. Colaboração premiada. Delação de crimes não conexos com a investigação primária. Equiparação ao encontro fortuito de prova. Aplicação das regras de determinação, de modificação e desconcentração da competência. Inexistência de prevenção, pelas mesmas razões, tanto de Ministro da Corte quanto de juízo de origem. Crimes que, em sua maioria, se consumaram em São Paulo. Circunstância que justifica a sua atração para a Seção Judiciária daquele estado. Ressalva quanto à posterior apuração de outras infrações conexas que, por força das regras do art. 78 do Código de Processo Penal, justifiquem conclusão diversa quanto ao foro competente. Remessa do feito desmembrado à Seção Judiciária de São Paulo para livre distribuição, independentemente da publicação do acórdão. Intangibilidade dos atos praticados na origem, tendo em vista a aplicação da teoria do juízo aparente. Precedente. (grifos nossos)
(...)

consumados, de sua natureza e da condição das pessoas incriminadas (prerrogativa de foro).”

(...)

*“A prevenção, essencialmente, não é um critério primário de determinação da competência, mas sim de sua concentração, razão por que, inicialmente, devem ser observadas as regras ordinárias de determinação da competência, tanto **ratione loci** (art. 70, CPP) quanto **ratione materiae**”*

Depreende-se, portanto, que a prorrogação da competência da 13ª Vara Federal de Curitiba, determinada pelo Juiz Sérgio Moro, ocorreu em total desacordo com as regras de definição de competência elencadas na legislação processual .

Ao deixar de obedecer às regras de competência da legislação vigente, para impor a sua indubitável vontade de processar e julgar determinado processo, por si só, já caracteriza ausência da imparcialidade necessária para que um magistrado exerça sua função jurisdicional. Característica essa ampliada pelo modo em que conduziu tanto o processo n. 5047229-77.2014.404.7000, tanto a Ação Penal a que se refere esse artigo.

Conclui-se que a imposição e insistência da prorrogação de sua competência por parte do Juiz da 13ª Vara Federal, com base na alegada prevenção gerada pelo inquérito que gerou o processo-crime n. 5047229-77.2014.404.7000 e com recorrentes referências à Ação Penal 470 leva a crer que a denominada Operação Lava Jato teria sido concebida e inaugurada como extensão da AP 470 e, nesse sentido, mostra-se patente a suspeição do Juiz sentenciante.

O DEVIDO PROCESSO LEGAL EM RISCO NO BRASIL: A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA ANÁLISE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA DE LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA E OUTROS

Carol Proner*
Gisele Ricobom**

O Inexcedível Devido Processo Legal

O direito internacional dos direitos humanos está repleto de normas garantidoras do chamado devido processo legal/*due process of law*, entendido como um limite ao Estado diante da necessidade de assegurar um processo justo como garantia de direitos humanos. Trata-se de um princípio estruturante, princípio-pressuposto contido de outros igualmente necessários para assegurar ao acusado a ampla defesa e o contraditório diante da legítima violência estatal e do poder punitivo.

Antes de analisar o devido processo à luz da jurisprudência do Sistema Interamericano, objeto do presente texto, destacamos algo que precisa ser compreendido previamente para efeitos de conectar o sistema supranacional à sentença que condenou o ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva no caso que ficou conhecido como Triplex do Guarujá: o reiterado descumprimento dos mais elementares princípios constitutivos do que pode ser considerado um juízo justo.

É transversal ao processo contra o ex-Presidente a inobservância das garantias do *due process of law* em praticamente todas as fases até o momento da sentença, sendo este especialmente surpreendente quando o magistrado assume a conduta excepcional justificando o combate a um mal maior, o “combate à corrupção”, “o combate à corrupção sistêmica”, “o combate à prática sistemática de corrupção e lavagem de dinheiro em contratos da Petrobras”.

Nesse sentido, revela-se aqui um grande problema da justiça penal de nossa época, como destaca o ex-juiz da COIDH, Sérgio García Ramírez⁵⁷, nas contendas que envolvem direitos humanos e criminalidade surge um falso dilema entre devido processo (*due process*) e contenção do crime (*crime control*). Enfrenta-se, de um lado, a eficácia do sistema penal entendido como um sistema de controle da criminalidade e, de outro, as garantias processuais, individuais, o direito à ampla defesa, o estado de inocência, o contraditório e tantos outros instrumentos de garantia tomados como obstáculo à eficácia investigatória das infrações e de seus autores.

Na sentença, fica evidente que a falsa polarização entre o direito do indivíduo e os direitos da sociedade – corrupção como mal sistêmico que afeta a todos – faz nascer a torpe justificativa para o uso excepcional do direito, algumas vezes suscitando a

* Doutora em Direitos, Professora da Faculdade Nacional de Direito, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Diretora do Instituto Joaquín Herrera Flores.

** Doutora em Direitos, Professora do curso de Relações Internacionais da Universidade Federal da Integração Latino-americana.

⁵⁷ Jurista mexicano que foi ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ramírez, Sergio García. *El debido proceso*, Editora Porrúa, Argentina, 2012.p.7.

suspensão ou simples descumprimento da lei e, outras vezes, cruzando legislação ampla, medidas pouco usuais para os fins pretendidos, ou, nas palavras do magistrado, “justificando medidas de investigação sempre fundadas em lei, mas amplas” (item 81 da sentença).

Dito de outro modo, e fazendo referência a uma categoria da filosofia dos direitos humanos trabalhada por Franz Hinkelammert, procede-se uma inversão ideológica dos direitos: estaria permitido violar direitos e garantias individuais daqueles que – potencialmente – violam direitos humanos (já que são, provavelmente, corruptos). Para tal, o juiz monocraticamente decide o que é o mal maior e quais direitos serão violados *in dubio pro societatis* e excepciona o que está amplamente revelado em outros artigos desta coletânea. Ocorre uma modalidade de *lawfare*, conforme exaustivamente demonstrado pela defesa do réu, em nome do combate à corrupção sistêmica.

O caso vai além da pessoa do ex-Presidente, embora seja inafastável a influência que a personalidade política e biográfica do acusado exerce sobre o julgador e os acusadores membros do Ministério Público. O caso vai além e representa um grande perigo ao fundamento último do devido processo, a *ultima ratio* de legitimidade do próprio estado de direito. A doutrina alemã considera o justo processo/*fair trial/fairen Verfahren* como princípio supremo, como tal inseparável do princípio de estado de direito/*Rechtstaatprinzip*, de natureza constitucional informador do direito processual penal.⁵⁸

A imposição de limites ao Estado, pelo cuidado com o devido processo é um meio de controlar a razoabilidade das leis e garantir a tutela dos direitos essenciais do indivíduo frente ao arbítrio do poder público. Trata-se de defesa contra os atos de autoridade no uso da legalidade. Ora, depreende-se facilmente, até na percepção leiga do direito, que não basta aplicar as leis para que o juízo seja considerado justo, mas antes é necessário abarcar uma série de elementos e critérios materiais, além do indispensável respaldo legal, e que implicam questões procedimentais, a devida forma, a ampla defesa, a prova lícita, o estado de inocência, o contraditório, a ausência de cerceamento, características de qualidade no juízo fundadas no sentido de “justo”, de “devido”, daquilo que é devido e que se aproxima de critérios de justiça, humanidade, dignidade, verdade e razão.

O conjunto principiológico não pode ser excepcionado, sob pena de invalidar o juízo e prejudicar a produção de uma sentença válida e justa. Jamais valerá o oposto, como parece preferir o juiz Sérgio Moro, jamais os fins justificarão os meios. O magistrado, que se afirma imparcial e desinteressado, utiliza 20% da sentença para se defender das acusações de imparcialidade suscitadas por todos os réus, o que faz desta sentença um caso excêntrico. Este juiz mutante, por vezes parecido a um juiz acusador, por vezes confundindo-se com um réu que se sente culpado pela má condução do processo, deveria ter sido cuidadoso e garantir a legitimidade dos meios, dos procedimentos, a lisura do processo nas minúcias, dado o potencial de repercussão do caso e a responsabilidade pública e social que decorre do processo contra um grande líder popular e que, como visto, move multidões que acreditam na sua inocência.

⁵⁸ Bustamante Alarcón, Reynaldo, *Derechos fundamentales y proceso justo*, Lima, ARA Editores, 2001, p.183.

Em tempos de polarização política, crise econômica e fragilidade das instituições estatais, é fundamental reforçar, com veemência, a necessidade de preservação da serenidade processual em casos como este, que necessariamente terão impacto no futuro político do país e no destino jurisprudencial de situações análogas e outras nem tanto. Se é verdade que o punitivismo, a excepcionalidade e a seletividade são a regra para milhares de pessoas no cotidiano, atingindo sobremaneira jovens, negros e de baixa escolaridade,⁵⁹ também é verdade que o efeito da exceção institucionalizada não trará melhor destino a esses mesmos excluídos. Mais vale o incremento da igualdade jurídica de tantos desfavorecidos e discriminados.

Passados mais de três anos, a operação lava-jato foi paulatinamente perdendo o propósito altruísta inicial para se converter em prestação jurisdicional politizada e marcada por uma disputa maniqueísta e pela instrumentalização política e midiática com um estranho protagonismo “messiânico” da promotoria e do juízo movidos por uma necessidade de legitimar e respaldar ações na opinião pública em prejuízo absoluto ao devido processo legal, como se pode verificar na sentença condenatória, especialmente no que se refere à imparcialidade do julgador e ao direito penal do espetáculo.

II. A Jurisprudência da Corte na Análise da Sentença

A análise do referido princípio está em número expressivo de casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O *due process of law*, em seu sentido substancial, refere-se a razoabilidade e justiça das leis, como forma de conter o arbítrio do poder legislativo e executivo. Já em sentido adjetivo, o devido processo legal “que constitui um limite a atividade estatal, refere-se a um conjunto de requisitos que devem ser observados nas instâncias processuais para que as pessoas estejam em condições de defender seus direitos perante qualquer ato de Estado que possa afetá-las”.⁶⁰ Em resumo, como já dito, traduz-se no direito a um juízo justo.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos faz prever essa garantia no artigo 8º, direitos de defesa, de recurso, de presunção de inocência, entre outros e mais especificamente, para o que interessa na presente análise, dita que “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela”.

A imparcialidade foi objeto de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Palamara Iribarne versus Chile:

La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para

⁵⁹ São 40% dos detentos brasileiros cumprindo prisão provisória, em absoluto descumprimento dos princípios basilares do devido processo legal Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), 55% têm entre 18 e 29 anos, 61,6% são negros e 75,08% têm até o ensino fundamental completo. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso 18 jul 2017.

⁶⁰ Também conhecido como devido processo material ou substancial e formal ou processual, respectivamente. Ibidem, p.22. Tradução livre das autoras.

*enfrentar el juicio. Asimismo, la independencia del Poder Judicial frente a los demás poderes estatales es esencial para el ejercicio de la función judicial*¹⁹⁶.

La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia.

*El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.*⁶¹

No mesmo sentido, no caso *Apitz Barbera e Outros (Corte Primeira do Contencioso Administrativo) versus Venezuela*, a Corte considerou que *“la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”*.⁶²

E ainda, citando a Corte Europeia de Direitos Humanos, considera que a imparcialidade pessoal e subjetiva é presumida, a menos que exista prova em contrário. Para a Corte, *“la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho.”*⁶³

Ora, o que se observa da leitura da sentença condenatória em análise é uma narrativa previamente defensiva sobre a própria parcialidade do juiz. A construção retórica que visa desqualificar o comportamento da defesa, pelos supostos ataques ao juiz, ainda que tivessem ocorrido, deveria ter sido desenvolvida no julgamento de forma mais objetiva possível, o que não foi o caso. O reiterado argumento do diversionismo é desrespeitoso e não condiz com a qualidade da decisão que era esperada, como se pode observar no exemplo abaixo (referência numérica aos itens da sentença):

Item 57. Os questionamentos sobre a imparcialidade deste julgador constituem mero diversionismo e, embora sejam compreensíveis como estratégia da Defesa, não deixam de ser lamentáveis já que não encontram qualquer base fática e também não têm base em argumentos minimamente consistentes, como já decidido, como visto, pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 4a Região.⁶⁴

Ademais, há um apego em demonstrar a falta de urbanidade da defesa, bem como a suposta ofensa da mesma ao magistrado. Veja-se que todo o capítulo II da sentença é destinado a demonstrar, com destaques, os momentos considerados ofensivos e

⁶¹ Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>. Acesso 18 jul 2017.

⁶² Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf> Acesso 18 jul 2017.

⁶³ Idem.

⁶⁴ Disponível em <http://conteudo.imguol.com.br/c/noticias/pdf/sentenca_lula.pdf> Acesso 18 jul 2017

desrespeitosos dos advogados do réu. Dessa forma, se ao juiz “150. Cabe decidir a responsabilidade dos acusados somente com base na lei e nas provas, sendo irrelevante o comportamento processual de seus defensores”, como reconhece o próprio magistrado, a extensa descrição comportamental desvenda exatamente que o juiz se envolveu na controvérsia, perdendo a capacidade objetiva de julgamento imparcial.

Em outro momento da sentença, fica ainda mais patente a parcialidade do Juízo quando descreve sua opinião sobre a gestão do governo do ex-presidente:

Item 793. É forçoso reconhecer o mérito do Governo do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva no fortalecimento dos mecanismos de controle, abrangendo a prevenção e repressão, do crime de corrupção, especialmente nos investimentos efetuados na Polícia Federal durante o primeiro mandato, no fortalecimento da Controladoria Geral da União e na preservação da independência do Ministério Público Federal mediante a escolha, para o cargo de Procurador Geral da República, de integrante da lista votada entre membros da instituição.

Item 794. É certo que não se trata de exclusiva iniciativa presidencial, já que o enfrentamento à corrupção é uma demanda decorrente do amadurecimento das democracias, mas o mérito da liderança política não pode ser ignorado.

Item 795. Algumas medidas cruciais, porém, foram deixadas de lado, como a necessária alteração da exigência do trânsito em julgado da condenação criminal para início da execução da pena, algo fundamental para a efetividade da Justiça Criminal e que só proveio, mais recentemente, da alteração da jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal (no HC 126.292, julgado em 17/02/2016, e nas ADCs 43 e 44, julgadas em 05/10/2016). Isso poderia ter sido promovido pelo Governo Federal por emenda à Constituição ou ele poderia ter agido para tentar antes reverter a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁶⁵

E ainda:

Item 959. Aliando esse comportamento com os episódios de orientação a terceiros para destruição de provas, até caberia cogitar a decretação da prisão preventiva do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Item 960. Entretanto, considerando que a prisão cautelar de um ex-Presidente da República não deixa de envolver certos traumas, a prudência recomenda que se aguarde o julgamento pela Corte de Apelação antes de se extrair as consequências próprias da condenação. Assim, poderá o ex-Presidente Luiz apresentar a sua apelação em liberdade

Observa-se nesses trechos que, mais uma vez, a índole objetiva do julgador não foi preservada. Qual o propósito de opinar no curso do processo criminal sobre as políticas públicas que não contribuem para o deslinde do caso, indicando inclusive medidas adicionais que poderiam ter sido objeto de emenda constitucional?

Da mesma forma, a motivação sobre a prisão cautelar pautada na prudência e na vaga concepção de “certos traumas” é sintomática de uma decisão não movida apenas pelo direito, assim como indicada na jurisprudência da Corte Interamericana.

⁶⁵ Disponível em <http://conteudo.imguol.com.br/c/noticias/pdf/sentenca_lula.pdf> Acesso 18 jul 2017

Finalmente, as inúmeras manifestações públicas na mídia que revelam verdadeira partidarização do juízo em temas da política nacional que se encontram em diversos pronunciamentos e entrevistas fora dos autos do processo criminal, numa verdadeira espetacularização da prestação jurisdicional que reforça, amplia e potencializa todos os temores e as suspeitas fundadas da parcialidade do seu comportamento. Certamente, numa operação dessa magnitude, que alterou o curso da história política e jurídica do país, o protagonismo do magistrado é decisivo.

Talvez um dia este e outros processos nos quais figura como réu o ex-Presidente, venha a se socorrer de jurisprudência consolidada no sistema interamericano para que a justiça seja feita. Esperemos, no entanto, que não seja necessário e que a correção seja feita em breve, em sede recursal, absolvido o réu e restabelecido o poder judiciário no papel de administrador e distribuidor de justiça dentro dos parâmetros democráticos e do estado de direito.

NADA ALÉM DE FALÁCIAS: UMA ANÁLISE ARGUMENTATIVA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA CONTRA O EX-PRESIDENTE LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Cecilia Caballero Lois*

1. Introdução

Este artigo procura discutir alguns pontos específicos da sentença condenatória contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva proferida pela 1ª Instância da Justiça Federal (TRF) da 4a. Região. Para demonstrar que a referida decisão fere pontos fulcrais do Estado Democrático de Direito, o trabalho irá valer-se das contribuições da teoria do direito e da teoria da argumentação jurídica⁶⁶. Não há, evidentemente, qualquer pretensão de esgotar o tema, apenas busca-se oferecer ao leitor ferramentas para que este possa fazer a própria análise da decisão em comentário.

2. Breves anotações sobre a teoria da argumentação

Uma das demandas históricas daqueles que temos nos dedicado ao estudo das estruturas e do funcionamento do Poder Judiciário é a necessidade de este fundamentar as suas decisões, de modo a informar os motivos (nem sempre claros) que formaram a convicção de um juiz. Sendo este um poder do Estado cuja legitimidade não vem do voto, tem, portanto, a obrigação a necessidade imperiosa de justificar, *através de argumentos racionais*, a suas conclusões que apresenta sejam elas quais forem.

Há, assim, uma vasta literatura em um âmbito específico da teoria do direito, denominado de teoria da argumentação jurídica que se dedica justamente a fornecer elementos sobre o que seria (ou não) um *argumento racional*. Um argumento racional é aquele capaz de satisfazer as exigências democráticas que constituem o cerne da atuação de um *poder contramajoritário*, ou seja, aquele poder que tem por função precípua limitar a vontade da maioria e garantir a supremacia da Constituição⁶⁷, como é o caso do Poder Judiciário.

Inicialmente, podemos afirmar que a argumentação se constitui em um conjunto de elementos que são, basicamente, os raciocínios utilizados para compor uma *teia argumentativa*. Temos, desta forma, que os raciocínios – argumentos – são as razões que sustentam uma decisão. Ainda conforme a teoria da argumentação jurídica, há dois tipos de raciocínios: o indutivo e o dedutivo. Ambos *são compostos por um conjunto de frases a que chamamos premissas, por uma frase a que chamamos conclusão e por uma expressão que representa a relação que se reclama existir entre as premissas e a conclusão*⁶⁸. Quando estamos, então, no campo da argumentação, expressões vagas,

* Doutora em direito. Professora dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade Nacional de Direito (FND) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

⁶⁶ Importante esclarecer que, pelas características deste texto, não será utilizada a obra de algum autor em particular, mas apenas as principais definições e conceitos da teoria da argumentação jurídica que se mostram necessárias neste trabalho.

⁶⁷ Um poder contramajoritário é aquele que tem por função fazer frente às vontades transitórias das majorias, assegurando um equilíbrio democrático entre mudança e estabilidade dos direitos.

⁶⁸ BRANQUINHO, João. MURCHO, Desidério. GOMES, Nelson G.(org.) Enciclopédia de termos lógico/filosóficos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 43-44.

tais como *logo, então, portanto* são corriqueiras e usadas vastamente. Estas locuções têm apenas a finalidade de conduzir o leitor a assumir as conclusões do emissor sem que este precise justificar claramente as suas premissas.

No que toca aos argumentos propriamente ditos, é comum que estes sejam divididos em fortes e fracos; convincentes e não convincentes (quando falamos dos indutivos) e válidos e inválidos (quando falamos em dedutivos). Porém, a avaliação de todos os argumentos depende da validade das *premissas*. Uma premissa, por sua vez, somente pode ser considerada verdadeira ou falsa. Daqui resulta, portanto, que a conclusão de um raciocínio, para a teoria da argumentação jurídica, sempre irá sustentar-se na força de um argumento. Um argumento indutivo forte é aquele em que a conclusão tem alta probabilidade de ser verdadeira, um argumento indutivo fraco aparece quando a conclusão tem pouca probabilidade de ser verdadeira (sempre consideradas as premissas).

Ocorre que para levar o receptor ao convencimento das razões vinculadas pelo uso de um determinado argumento, é preciso: (i) que este se encontre atrelado ao valor das verdades das proposições; (ii) que as premissas sejam comprovadamente verdadeiras; e, (iii) que a conclusão resulte de uma decorrência racional das partes anteriormente mencionada. Caso isto não se verifique, não há que se falar em decisão racional, mas, sim em seu oposto, naquilo que costuma denominar-se de *falácias*.

Uma falácia é um argumento que apresenta graves deficiências e estas (as deficiências) são facilmente identificáveis em um raciocínio que se pretende interpor ao destinatário como verdadeiro. Porém, para detectar uma falácia se faz necessária uma análise do conteúdo dos argumentos utilizados. Com efeito, sem uma análise mais pormenorizada torna-se difícil, na maioria das vezes, separar um argumento verdadeiro (e racional) de um falacioso (e falso). É este trabalho que faremos a seguir, a partir de dois subterfúgios usados recorrentemente pelo julgador na sentença condenatória.

3. Nada além de falácias ou sobre o que a decisão nos diz

Ainda que seja possível afirmar que a sentença condenatória proferida contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva seja uma soma de falácias, é preciso escolher alguns pontos para demonstrar esta afirmação. Assim, escolhemos dois pontos para debater com o leitor. Ambos se vinculam ao que denominamos *esquizofrenia justificatória* e aparecem do começo ao fim da decisão. Isto porque, para cada abuso de poder cometido ao longo do processo, apresenta, o julgador, uma justificativa (quase esquizofrênica) falaciosa.

Vejamos então o primeiro exemplo. Diz a decisão no item 57 (p. 12): *Os questionamentos sobre a imparcialidade deste julgador constituem mero diversionismo e, embora sejam compreensíveis como estratégia da Defesa, não deixam de ser lamentáveis já que não encontram qualquer base fática e também não têm base em argumentos minimamente consistentes, como já decidido, como visto, pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 4a Região.*

Decodificando este primeiro *argumento* (?) temos já uma clara desqualificação do interlocutor. Nada mais falacioso, por exemplo, do que afirmar que se trata (i) de *mero diversionismo* o direito de defesa; (ii) chamar de lamentáveis questionamentos amparados em liberdades básicas; e, por fim, (iii) reduzir o interlocutor a mero

reclamante, deslegitimando todos os pressupostos do Estado de direito. Há aqui uma clara inversão da argumentação que não passará despercebida a um leitor mais atento. Isto porque, pese o juiz afirmar que a defesa desqualifica o julgador, percebemos claramente que é justamente este quem desqualifica a defesa para justificar as suas arbitrariedades. Ora, se a defesa não tem legitimidade (premissa) para o exercício de sua atividade, *logo* a conclusão é que seus atos são inválidos. Temos aqui um claro exemplo da substituição da verdade pelas falácias. E isto se repete (de forma similar) nos parágrafos 65; 138 e 148. Temos, portanto, na decisão em comento, que sempre que se interpela o julgador em razão de algum ato parcial ou injusto, a resposta é a *desqualificação*.

Com efeito, ao fazer isto repetidamente, tal como denuncia a teoria da argumentação jurídica, aquele que expõem as premissas *tenta ganhar ou reforçar a adesão das mentes às teses que se lhes apresentam ao assentimento*⁶⁹. Através do reforço constante das suas premissas, o julgador (acredita que) vai conseguindo a adesão do seu *auditório*⁷⁰. Ao final do contato com a decisão espera o juiz todos estejam certos da veracidade de seus argumentos, pois teria ele, convertido, pela repetição, as falácias em verdades.

Ainda na tentativa de desvendar as falácias que atravessam a decisão, merece destaque um segundo ponto. Trata-se novamente da saga justificatória de suas arbitrariedades durante o processo, em especial, no que diz respeito à condução coercitiva do ex-presidente. A decisão, quando aborda este fato gravíssimo de violação de direitos, busca ser sintética com o claro objetivo, novamente, de diminuir a repercussão do abuso. Diz apenas que *condução coercitiva foi medida que estava justificada no contexto e o tempo lhe deu ainda mais razão* (parágrafo 76) e segue dizendo que *ainda que se possa eventualmente discordar da medida, há de se convir que conduzir alguém, por algumas horas, para prestar depoimento, com a presença do advogado, resguardo absoluto à integridade física e ao direito ao silêncio, não é equivalente à prisão cautelar, nem transformou o ex-Presidente em um "preso político". Nada equivalente a uma "guerra jurídica"* (parágrafo 77)

Com efeito, neste caso específico, temos, por um lado, que o ex-presidente obedeceu a ilegalidade do ato do juiz, algo que, aparentemente teria “legitimado” mais um ato parcial. Este, por seu turno, ciente do arbítrio se justificou alegando que era para preservar o ex-presidente. Mas, caso isto fosse verdade, porque Luiz Inácio Lula da Silva não foi ouvido discretamente, como merece um ex-presidente? E mais, porque volta ainda o julgador à justificação? Por que tantas palavras se apenas bons argumentos já bastariam?

Ora, o julgador sabe muito bem que não há discussão possível sem o ônus probatório e para fazer isto ele recorre novamente à desqualificação desta vez da violência por ele mesmo empregada. Não deixa de ser significativo que ele mesmo recorra o tempo todo a uma *guerra jurídica* a qual diz não reconhecer, mas que constantemente patrocinou.

4. Considerações finais

⁶⁹ PERELMAN, Chaïm. Retóricas. 2a edição. Trad. De Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fortes, 1999. P. 324.

⁷⁰ Auditório é a forma como a teoria da argumentação se refere aos destinatários de uma determinada interlocução.

Sabemos que são inúmeras as arbitrariedades que atravessam esta decisão. Elas vão desde a condenação sem materialidade até a corrupção sem contrapartida, porém aqui tivemos por objetivo fornecer algumas ferramentas para que, dispensando o juiz, o leitor possa construir suas premissas e chegar as suas próprias conclusões. Não é preciso ir além, ao falar e, paradoxalmente, não falar, o julgador fala por si.

Referências

- ATIENZA, Manuel Rodrigues. Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2. reimpressão, 1997.
- BRANQUINHO, João. MURCHO, Desidério. GOMES, Nelson G.(org.) Enciclopédia de termos lógico/filosóficos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 803 p
- FERRAZ, Tércio Sampaio Jr. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 3a edição. São Paulo: Atlas, 2001.
- PERELMAN, Chaïm. Retóricas. 2a edição. Trad. De Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 417 P.

PRECES PARA *THEMIS*

Cezar Britto*

A deusa grega *Themis*, também chamada de *Justitia* pelos romanos, era filha de Urano e Gaia, sendo considerada a personificação da Ordem e do Direito divinos, ratificados pelo Costume e pela Lei. No Olimpo, ocupava o destacado cargo de conselheira de todos os deuses, sentava-se ao lado do poderoso Zeus, selava o destino da sociedade, determinava as regras morais, sociais e religiosas e, enfim, julgava a todos com o dom da infalibilidade. Tornou-se, com este currículo, a Deusa da Justiça, ainda mais quando impressionava o seu austero exemplo divino, bem representado no fato de que se apresentava com os olhos vendados, segurando uma balança e uma tábua de leis.

E para quem não está familiarizado com o jeito de ser da badalada deusa, esclarece-se que ela não vendava os seus próprios olhos por capricho, *marketing* religioso ou assumido prazer masoquista. Ao contrário, assim agia por deliberado querer funcional, pois, não enxergando a classe social, o poder econômico, a aparência física ou o aspecto intelectual dos suplicantes, poderia melhor julgar e aplicar a Justiça requerida. As tábuas de leis que acompanham a sua indumentária, significam que todos devem seguir, universalmente, as mesmas regras e os mesmos princípios preestabelecidos, independentemente da condição humana ou divina do julgado. A balança que porta simboliza o equilíbrio que deveria pautar o mundo, observando-se que os deuses, as pessoas e os seus atos têm seus pesos quantificados, igualmente, tanto em relação aos seus respectivos erros e acertos, quanto aos prêmios e os castigos. É escrever em outras palavras: não olhando "o quem" postulava, seria mais justa e sensível para escutar e julgar "o que" se buscava.

Assim, não poderia surpreender a constatação de que a deusa *Themis* tivesse se tornado uma verdadeira *popstar* entre gregos, troianos, romanos e todos aqueles que acreditavam na divindade dos que habitavam o Olimpo. Ela era invocada por todos aqueles que se sentiam injustiçados, oprimidos ou indefesos diante dos poderosos deuses, das pessoas que se diziam deuses e dos que endeusavam a arbitrariedade. Os seus devotos sabiam que poderiam contar com a sua voz defensiva nas reuniões dos deuses, especialmente quando violados os ordenamentos impositivos inscritos em suas famosas tábuas, desequilibrando a balança da vida. E, segundo consta dos livros sagrados divulgados pelas sacerdotisas de seus templos, ela sempre atendia as súplicas mais justas.

Sobrevivendo aos caprichos implacáveis do tempo, assistindo de camarote a derrocada da própria mitologia grega que a revelou para o mundo, o deslumbrante charme de *Themis* continuou conquistando a atenção de todos os povos do planeta, inclusive os ateus e os que professam o monoteísmo, fundamentalista ou não. Basta constatar que *Themis* foi presença cativa em vários episódios que deixaram marcas profundas na História, até porque não se pode falar em igualdade, liberdade e fraternidade sem clamar por *Justitia*. E não se pode esquecer que a sua imagem, desde o início do seu

* Advogado e escritor, autor de livros jurídicos, romances e crônicas. Foi presidente da Ordem dos Advogados do Brasil e da União dos Advogados da Língua Portuguesa. É membro vitalício do Conselho Federal da OAB e da Academia Sergipana de Letras Jurídicas.

culto, está edificada em vários prédios públicos, escritórios privados de advocacia e museus, além de impressa em inmensuráveis cartazes, convites, papéis timbrados, diplomas, cartões profissionais e milhares de peças publicitárias que pregam a prática da equidade, da ética, do direito e da justiça entre todos e para todos.

E toda esta imortal popularidade ocorre em razão de *Themis* ter se adaptado ao mundo contemporâneo na sua caminhada pelo tempo. É que, não mais contando com os deuses do Olimpo para exigir o cumprimento de suas deliberações, adotou novas práticas, abriu incontáveis templos e empossou sacerdotes em vários cantos do planeta. Além da tábua de leis e da sua impenetrável venda, a eterna deusa passou a portar em seu traje uma reluzente espada, símbolo maior da força do Estado e do seu poder de polícia para exigir o cumprimento das leis e das decisões judiciais. Também passou a compartilhar com os mortais seres humanos a tarefa de inscrever na tábua das leis o ordenamento jurídico que vigoraria em cada país. Da mesma forma, descentralizou para o mesmo grupo de mortais a tarefa de julgar, permitindo que os próprios seres humanos cuidassem das acusações, das defesas e das decisões judiciais.

A virtude da democratização legislativa e judicial que permitiu a imortalidade de *Themis*, paradoxalmente, provocou um grave risco para a sobrevivência da própria humanidade. É que os seres humanos não foram aquinhoados com os dons da onisciência, da onipotência e da onipresença. Não podendo saber de tudo que ocorre, não tendo o poder de tudo fazer e sem condições de estar em todos os lugares os seres humanos podem errar em sua avaliação, desconhecer as circunstâncias em que os fatos ocorreram, ignorar as razões dos atos praticados, não sentir o sentimento em debate ou mesmo não compreender por nunca ter vivido a situação. Ademais, os seres humanos não estão isentos dos defeitos que podem viciar os atos decisórios e judiciais, assim como não estão imunes à corrupção, às paixões políticas, às vaidades, às invejas e aos preconceitos sociais. Daí a razão da necessidade de se observar, como antídoto à possibilidade da falha humana, o equilíbrio democrático na representatividade parlamentar e o rígido cumprimento de uma norma processual que impeça o olhar parcial do julgador.

O Brasil vive um desses momentos em que a ação estratégica de *Themis* é questionada como legítima e eficaz. Afinal, as palavras insculpidas na tábua das leis brasileiras refletem o deliberado conteúdo de proteção ao poder econômico, aos defensores da propriedade enquanto valor absoluto e aos nascidos em terras e berços esplêndidos. E este furor atentatório ficou ainda mais encorpado nos dias comandados pelo personagem não-mitológico Temer-Eunício-Maia. O fervor fanático de sua legislação destruidora dos direitos sociais não encontra qualquer paradigma na História do Brasil. E não se parou na transformação da classe trabalhadora em serva eterna não aposentável do Senhor Capital, pretende-se transformar o brasileiro em estrangeiro em sua própria terra natal. Entrega-se a exploração de óleo e gás na camada pré-sal para o capital estrangeiro, vende-se os aeroportos, os lotes de terra, as companhias aéreas e tudo que possa reluzir como ouro. E tudo isso sob suspeito manto batizado por Chico Buarque e Francis Hime como “tenebrosas transações”.

Confiscado o caráter de equilíbrio na tábua das leis, restaria a imparcialidade dos seres humanos que receberam a delegação de acusar, defender e julgar os seus semelhantes. Neste campo de atuação *Themis* teria uma experiência impecável, não permitindo que os julgamentos fossem fundamentados segundo critérios de classe social e poder

econômico. Mas eis que, repentinamente, das tintas das sentenças judiciais se proíbe o direito de manifestação, a presunção de inocência, o princípio do contraditório, a ampla publicidade dos atos processuais e a igualdade de armas entre a acusação e a defesa. Tudo praticado sob a lógica de que “quem recebe a delegação divina também divino é”, especialmente no que se refere ao dom da infalibilidade, jamais poderia cometer erros graves ou falhas processuais gritantes.

O julgamento do ex-presidente Lula reflete a equivocada lógica da sacralidade na delegação implementada por *Themis*. Inicialmente, quando fora violada a Tábua Constitucional na parte em que refere ao princípio da segurança enquanto direito fundamental, expressamente previsto no *caput* do art. 5º e no *caput* do art. 6º. A Tábua brasileira Republicana inverteu a lógica repressiva da investigação, substituindo o conceito de segurança nacional destinada a proteger o regime militar para o de segurança como direito fundamental protetor do cidadão contra o poder de polícia exercido de forma abusiva pelo Estado. Exatamente por isso criou competências específicas para os diversos atores da investigação, indicando um sistema que conjuga autonomia e controle em cada fase apurativa, do inquérito policial até o acatamento da denúncia. O objetivo era impedir que o Estado (polícia, Ministério Público e magistrado), controlasse de forma uniforme todas as fases da apuração criminal, não permitindo a fiscalização dos atos praticados.

A chamada Força Tarefa da Lava-Jato misturou todos em um só pacote, não mais se sabendo quem era policial, procurador da República ou magistrado. Os três, agindo como uma única e orquestrada voz, impediram que os freios e os contrapesos constitucionais fossem disparados, comprometendo a necessária imparcialidade do que seria depois julgado. Neste campo, como se sabe, tudo era decidido coletivamente, desde o vazamento estratégico de gravações ilegais, passando por coletivas de imprensa sensacionalistas, executando-se conduções coercitivas abusivas, forçando-se prisões para obtenção de liberatórias delações premiadas ou mesmo pelo induzimento como reais de fatos que sequer constavam dos autos.

O que realmente importava era a estratégia ter o apoio da opinião publicada para convencer a opinião pública, pouco importando a verdade real ou processual. Era como se estivessem recitando como “grito de guerra” o famoso chavão retirado do célebre livro “Os Três Mosqueteiros”, escrito pelo francês Alexandre Dumas: - Um por todos e todos por um!

Não custa lembrar que a acusação, centralizada na “onisciente convicção que dispensa prova”, fez do processo um debate que rendeu holofotes, autógrafos, palestras milionárias, livros autobiográficos ou de biografia autorizada. E neste pacote popular, o próprio julgador fazia do processo uma emocionante novela especial, comunicando no Facebook familiar as cenas dos próximos capítulos, algumas delas anunciadas em concorridas palestras, em viagens internacionais, em audiências parlamentares ou em badaladas entrevistas nas redes televisivas. Tudo sem mencionar a autorização para que fossem produzidos filmes comerciais sobre o próprio processo, quando passariam a ser “vultos históricos” da passarela brasileira. E, sob as luzes dos holofotes, apresentaram uma inovação na milenar indumentária de *Themis*, agora ela se exibia sorridente, vaidosa e, sobretudo, sem a venda que a impedia de olhar “o quem”.

E como não esperar outro resultado além da condenação? Como acreditar que a acusação, repentinamente, perderia o apoio do julgador? Como se poderia pensar em julgamento imparcial quando acusador e julgador abandonam os autos para abraçarem, juntos, a escadaria da fama? Como esperar que dissessem que todo processo foi um grave erro, que eram falsos os fundamentos dos livros publicados, que deveriam ser rasgados os autógrafos concedidos e que não mais seriam convidados para palestras, entrevistas e viagens internacionais? Como extrair do acusador e do julgador a sua natureza humana, suas vaidades, paixões políticas ou compreensões ideológicas? As respostas foram dadas em forma de uma sentença inconsistente, não fundamentada nos autos e destinada a desaparecer do currículo de *Themis*.

Se poderia então concluir, que a deusa *Themis* resolveu abandonar o Brasil nesta quadra do tempo? Algum estudioso do tema talvez chegue à conclusão de que os templos brasileiros trabalham muito, mas os problemas são maiores do que a capacidade organizacional do Estado para resolvê-los. Poderia afirmar, ainda, que a deusa *Themis* nunca habitou ou construiu templos em terras tupiniquins, também eles vítimas de extermínio. É possível, também, que ele aponte os ferozes inimigos da *Justitia* como responsáveis diretos pela diária tentativa de se decretar a sua morte definitiva e sem direito à ressurreição. Ele dirá, quem sabe, que vândalos atacaram o seu culto, corromperam os sacerdotes, desmoralizam os templos, ameaçaram os devotos e espalharam que ela desistiu da própria santidade. Pode até dizer que ela fora “curada” da venda que a impedia de enxergar “o quem”, tornando-se uma simples mortal que, sem qualquer remorso, julga inaudível “o que” se postula.

Independentemente da resposta, é necessário dizer que a cidadania brasileira somente se tornará uma das grandes adoradoras da deusa *Themis* quando a *Justitia* for efetivamente destinada a todos. Neste dia, certamente para ela rezariam os trabalhadores, os desempregados e os aposentados, suplicando que se torne vitoriosa a compreensão de que nasceram para viver com dignidade, e não apenas considerados custos de produção, estatísticas sociais ou dispêndios orçamentários. Orariam também os camponeses, os excluídos, os abandonados e os que não têm moradia e terra, todos esperançosos de que suas preces seriam ouvidas e, assim, poderiam ser considerados detentores de direitos. Rezariam os pobres, os “pretos” e as prostitutas - os desgastados 3P - para que não mais se tornassem os “compulsórios frequentadores” das delegacias e dos presídios brasileiros. Também por ela clamariam as mulheres, pedindo que não mais sejam vítimas do machismo que mata, violenta e suga qualquer possibilidade de serem tratadas com dignidade, igualdade e respeito. Rezaríamos todos nós, brasileiros e brasileiras que não se cansam de lutar.

DIREITO PENAL DO INIMIGO (POLÍTICO)

Charlotth Back*

A sentença do juiz Sergio Moro, que condenou o ex-Presidente Lula a nove anos e seis meses de reclusão por um suposto (e não comprovado) enriquecimento ilícito, fruto de uma alegada prática de corrupção, é um exemplo claro da aplicação da doutrina do Direito Penal do Inimigo, com a finalidade de "combater a corrupção no Brasil". Essa doutrina foi criada na década de 1980 pelo jurista alemão Günther Jakobs, mas ganhou força no governo de George W Bush, após o ataque às Torres Gêmeas de 2001, e, principalmente, nas invasões norte americanas ao Afeganistão e ao Iraque.

Sob o argumento de segurança nacional, de legítima defesa ou de combate ao terrorismo - o proclamado mal do século XXI - certas pessoas, por serem consideradas inimigas da sociedade ou do Estado, não deteriam todas as garantias e proteções penais e processuais penais que são asseguradas aos demais indivíduos. Em nome da defesa da sociedade, as garantias penais mínimas consagradas pelas constituições e pelos instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos, como a presunção de inocência, a vedação da condenação sem provas, o princípio da legalidade, a neutralidade do julgador, a proibição da tortura, bem como o impedimento de obtenção de provas por meios ilícitos, não se aplicam aos proclamados "inimigos da sociedade".

Jakobs propõe a distinção entre um Direito Penal do Cidadão, que se caracteriza pela manutenção das normas, das garantias penais e dos limites ao poder de punição e investigação do Estado, e um Direito Penal do Inimigo, totalmente orientado para o combater os "perigos" sociais, e que permite que qualquer meio disponível, lícito ao não, seja utilizado para punir esses não-cidadãos. De acordo com Jakobs, não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois polos de um só mundo e de visibilizar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal.

Nesse contexto, temos o Direito Penal do Cidadão, cuja tarefa é garantir a vigência da norma como expressão de uma determinada sociedade e o Direito Penal do Inimigo, ao qual cabe a missão de eliminar perigos. Ademais, no Direito Penal do Inimigo, há uma verdadeira caçada ao autor de um pretense delito, pois o agente é punido pela sua identidade, por suas características e pela sua personalidade. Pune-se o autor, e não, a conduta delitiva em si. Assim, reprova-se a periculosidade do agente e não sua culpabilidade. A aplicação deste Direito Penal do Inimigo significa a suspensão de "certas normas" para "certas pessoas", o que sempre é justificado pela necessidade de proteger os "homens de bem", a sociedade ou o Estado contra determinadas ameaças coletivas.

No pós 11 de setembro, o terrorismo passa a ser processado com leis de guerra, e seus acusados, considerados prisioneiros de guerra. O sentido garantista e limitador dos poderes punitivos do Estado, assegurado pelo Direito Penal, dá lugar à uma perseguição, na qual as leis passam a ser leis de combate, situação análoga ao que ocorreu nos regimes fascistas. As pessoas processadas criminalmente já não estão mais protegidas pela constituição ou pelos princípios mínimos dos Direitos Humanos. Aos considerados

* Pesquisadora visitante no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (Portugal); Doutoranda em Ciências Jurídicas e Políticas, Universidade Pablo de Olavide (Espanha).

infratores ou contrários à ordem não se lhes aplica o Direito – combate-lhes com o Direito. A aplicação do Direito passa a ser, ao invés de protetiva, combativa e com o intuito de vencer o "inimigo da sociedade".

Apesar de esta doutrina ser controversa e sujeita a críticas, a realidade nos mostra que, de fato, o Direito Penal do Inimigo tem sido aplicado de maneira sistemática em contextos de guerra - como na guerra do Iraque, e sob a justificativa de segurança nacional – como nas instalações carcerárias de Guantánamo. Esta prisão é um exemplo inequívoco de jurisdição para "combatentes irregulares" – suspeitos de terrorismo - que permite toda sorte de exceções aos princípios da persecução penal constitucional. Neste sentido, há a suspensão de direitos humanos mínimos em nome do combate ao terrorismo e da proteção da segurança nacional.

Em Estados latino americanos, não atingidos pelo terrorismo, a criação do inimigo passa pelo retorno da demonização das esquerdas e pela criminalização dos movimentos sociais. Os novos golpes contra a democracia, agora travestidos de golpes jurídico-parlamentares, são um sintoma de que há uma nova ofensiva contra as conquistas sociais. Em ambos os casos, há uma inversão ideológica do Direito que passa a macular os direitos humanos ao invés de protegê-los.

No contexto brasileiro, o Direito Penal do Inimigo tem sido usado na autoproclamada missão do Judiciário de "combate à corrupção". Lula e demais políticos da esquerda estão sendo tratados como verdadeiros inimigos e não como cidadãos acusados em um processo crime; ou seja, os réus aqui não são sujeitos de direito, ou mesmo alvos de proteção jurídica. São, na verdade, objetos de coação, desprovidos de direitos e da proteção jurídica mínima a que todos os seres humanos têm direito, mesmo aqueles investigados por crimes. Cabe lembrar que a utilização do Direito Penal do Inimigo no Brasil não é uma inovação do juiz Moro, uma vez que, nas operações policiais nas comunidades mais pobres e nas periferias, a regra é tratar tanto os criminosos como a população em geral de maneira equiparada a inimigos sociais.

A franca utilização do Direito Penal do Inimigo na sentença do juiz Moro fica evidenciada em diversos momentos. Em primeiro lugar, falta a razoabilidade na instauração do inquérito contra Lula. O que parece aqui é que Lula está sendo investigado por conta de sua identidade política e por seu passado. Busca-se punir a possível periculosidade do agente, e não sua culpabilidade em si. Na parte final da sentença, na qual Moro considera o cargo de Lula como agravante e, portanto, justificativa para a ampliação da sua pena, o juiz, mais uma vez, recorre à pessoa do agente, e não às circunstâncias da conduta, para aplicar o Direito Penal. Deve-se lembrar que esta não é uma agravante possível ou mesmo considerável no Direito Penal brasileiro.

Em segundo lugar, o julgamento de Sergio Moro se mostra totalmente parcial e pendente à condenação do réu, independentemente de qualquer prova concreta, por razões mais políticas do que jurídicas. Esse aspecto é corroborado pela conduta do próprio juiz, que vai reiteradamente à mídia fazer declarações contrárias ao réu, comparece a eventos de partidos políticos de direita e está frequente e publicamente acompanhado por adversários políticos interessados na destruição da figura política do ex-Presidente. Ademais, o juiz passa parte significativa da sentença criticando a estratégia da defesa de Lula, que alega suspeição e parcialidade do Juízo. O ex-Presidente tem todo o direito de se defender e de denunciar o que considera ser um

processo injusto, parcial e infundado. A defesa de Lula não pode ser criticada, nem impedida de tecer esse tipo de crítica e muito menos ser reprovada por invocar sua tese de defesa simplesmente porque o juiz considera que que isso ataca sua autoridade moral ou seu prestígio como julgador.

Em terceiro lugar, apesar de a Operação Lava Jato contar com algum apelo social por conta da dita missão de "combate à corrupção", os métodos jurídicos que têm sido usados, principalmente quando se fala da investigação penal, são extremamente questionáveis face à nossa Constituição e às garantias mínimas do devido processo legal do Direito Internacional. Obtenção de delação premiada por meio de acosso, consideração na sentença de delação premiada desqualificada pelo Ministério Público Federal (responsável pela acusação), grampos em escritório de advocacia, divulgação de áudios obtidos de forma ilícita, como no caso da conversa entre Lula e a então presidenta Dilma, e a exibição pública dos acusados, configuram uma série de condutas claramente ilegais. Todos esses recursos sevem para sustentar a "convicção" do juiz para condenar o ex-Presidente Lula.

Todavia, nenhuma prova, repito, nenhuma prova contundente foi apresentada na sentença para justificar a condenação - nem a escritura pública do imóvel, que está no nome da empresa OAS; nem o contrato de cessão fiduciária, que foi assinado entre a Caixa Econômica e a OAS, nenhum documento, nenhuma gravação secreta, nenhuma conta no exterior. Ademais, as testemunhas de acusação não foram em nenhum momento capazes de relacionar diretamente nem o ex Presidente nem a sua esposa com o recebimento de recursos ilícitos ou com a aquisição do triplex do Guarujá.

Nota-se aqui uma clara mudança das regras do jogo processual, típica do Direito Penal do Inimigo. Um dos pilares do Direito Penal, e conseqüentemente, uma das garantias dos cidadãos contra a perversidade estatal, é o princípio de que a acusação tem o dever de provar o que foi alegado na inicial. Não há a possibilidade de responsabilizar alguém penalmente sem que haja uma relação direta e relevante entre o agente e o bem jurídico afetado, ou seja, sem a existência de um lastro probatório robusto e suficiente para imputar algum crime ao agente. Há que se comprovar que houve de fato uma conduta ilícita, e que esta conduta pode ser imputada ao acusado; caso contrário, existirá uma flexibilização indevida das garantias constitucionais em nome do combate à corrupção, como se este fosse o mal maior da sociedade brasileira.

Por trás de um discurso pretensamente democrático e de defesa dos bens públicos, está um autoritarismo judicial dissimulado, típico de contextos de Estado de Exceção e da aplicação do Direito Penal do Inimigo. Neste último caso, o autoritarismo passa a ser mais eficiente pois consegue diluir-se e confundir-se no interior de uma proposta discursivamente democrática, que, por isso mesmo, não pode ser contraposta a nenhum outro argumento, sem que este seja considerado um "perigo aos homens de bem".

De acordo com este discurso de senso comum, baseado na ideologia da "defesa social", é plenamente possível mitigar direitos e garantias fundamentais "em prol da sociedade". A colaboração evidente com a mídia, com a finalidade de criar uma mobilização popular contra Lula, e as diversas entrevistas dos procuradores da Lava Jato nos dão a certeza de que este processo passa muito distante de um processo penal jurídico; é um processo penal político e, nesse sentido, faz questão de não seguir o devido garantismo penal.

A sentença do juiz Moro é inequívoca em demonstrar o seu principal objetivo: usar todos os meios existentes, lícitos ou ilícitos, para condenar o ex-Presidente – considerado por ele e por parte do Judiciário como um inimigo que precisa ser combatido e massacrado -, ainda que para isso seja necessário macular o Direito, flexibilizar as garantias processuais, desnaturalizar os princípios constitucionais, ou seja, aplicar de forma explícita, o Direito Penal do Inimigo.

O LAMENTO DE ARISTÓTELES NA DECISÃO DO CASO DO “TRIPLEX DE LULA”: INCORREÇÕES LÓGICAS DA SENTENÇA

Claudia Maria Barbosa *

A decisão que condenou o ex-Presidente suscita diversos questionamentos jurídicos envolvendo aspectos constitucionais, criminais e cíveis, a propósito dos direitos de posse e propriedade.

Para além da análise jurídica, é fundamental também a análise lógica da argumentação apresentada, a qual constitui-se no objeto desse ensaio, focado na ilustração de trechos da decisão que são incorretos do ponto de vista lógico e comprometem, portanto, as conclusões obtidas.

A extensão da sentença, imprópria para um documento que deveria ser compreensível à sociedade, por si só sugere, como se comprova após a leitura, a dificuldade de provar-se o alegado. As 238 páginas da decisão do juiz contra o ex-Presidente, se estivessem assentadas apenas no Direito, poderiam resumir-se a poucas dezenas de páginas, nas quais conta-se os fatos, demonstra-se o nexos causal entre a conduta do agente e o resultado ilícito obtido, prova-se o alegado, fundamenta-se a decisão e estabelece-se a pena e sua dosimetria.

Em Curitiba, contudo, a dificuldade era maior: diante da inconsistência das provas orais produzidas pela acusação (contradições reconhecidas pelo próprio juiz – item 587 por exemplo), enfrentando a falta de provas documentais que provem a conduta ilícita dolosa do réu, e confrontando-as às provas documentais e orais apresentadas pela defesa, que negam ter havido qualquer conduta ilícita do ex-Presidente, o magistrado inova: decide contar uma história, mas como não pode PROVAR a sua história, ele ao menos precisa PERSUADIR o leitor de que ela é verdadeira, e para tanto infere erroneamente que o fato de não haver outra história contada em detalhes, torna a sua a única verdadeira.

Muito do texto jurídico é eminentemente persuasivo, na medida em que os processos pressupõem um conflito no qual as partes e o juiz procuram descrever os fatos de maneira a convencer os interessados diretos e indiretos de que “A SUA” verdade constitui-se em “A” verdade, como se fosse esta a única possível.

Ciente da necessidade de se preservar a liberdade do indivíduo – direito que o liberalismo definiu como essencial ao ser humano – as constituições de vários países, assim como a brasileira, consagraram o princípio da presunção de inocência que expressa a ideia de que “todos são inocentes até prova em contrário”. Na Constituição Brasileira a redação expressa no Art. 5, LVII dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença pena condenatória”. Essa regra é logicamente oposta a outra que, por vezes e, infelizmente, expressa a realidade de parte da sociedade brasileira, traduzida na afirmação de que “todos são culpados até que se provem inocentes”.

* Claudia Maria Barbosa é professora titular de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e leciona Mestrado e Doutorado em Direito desta instituição.

Diferente da esfera cível, na esfera penal não basta a verossimilhança, a aparência de verdade, é preciso PROVAR, para além de uma dúvida razoável, que o acusado é culpado.

A linguagem jurídica é, ela mesma, imperfeita, no sentido de que ela comunica por vezes diferentes sentidos e interpretações para termos vagos e ambíguos, e exerce distintas funções, entre elas a de informar, comunicar, convencer. Expressões como perigo iminente, força bruta e dúvida razoável são encontrados em textos normativos cujos conteúdos são delimitados fora da norma. Por isso no direito penal estabeleceu-se a princípio do *in dubio pro reo*, segundo o qual, havendo dúvida, impõe-se a absolvição do réu.

Na persuasão muitas vezes utilizam-se as falácias que, nas palavras de Warat (1985, p. 124), são “recursos argumentativos, que tendem a impor uma conclusão, não derivada logicamente, mas que logra sua aceitação por associação psicológica e emotiva”.

O termo falácia deriva do verbo latino *fallere*, que significa enganar. Na sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, que trata do “tríplice do Lula”, o magistrado utiliza com profusão as falácias, de maneira a persuadir os destinatários diretos e a sociedade de que a construção dos fatos que ele elabora é “A” única possível, apesar da fragilidade das provas orais e da ausência de provas documentais úteis que comprovem sua hipótese.

No estilo de linguagem utilizada, encontram-se lítotes, um recurso que consiste em afirmar o positivo pelo negativo, como no exemplo “não ignoro que” ao desejar expressar “eu sei que...”. Lítotes são úteis também para atenuar o pensamento, como no exemplo “Paulo não está em seu juízo perfeito”, para quem deseja afirmar “Paulo está louco”. Essa atenuação serve à ênfase dissimulada. Na decisão objeto de análise, utiliza-se de expressões escritas em profusão de forma negativa, de maneira a dissimular a fragilidade das provas que não corroboram os argumentos (premissas) utilizadas pelo magistrado.

A persuasão é inimiga da lógica, mas a lógica é amiga do Direito. Uma decisão ilógica, sobretudo em matéria penal, é insubsistente e incorreta.

No caso em tela, a prova dos fatos se dá muito mais por aquilo que não se prova, do que por aquilo que se pode provar, invertendo totalmente o ônus probatório, o qual, em matéria penal, recai sobre a acusação.

A decisão nesta Ação Penal, embora à primeira vista possa ser persuasiva, não resiste a um exame lógico superficial, por pelo menos três motivos indicados a seguir: (i) porque não consegue demonstrar o nexos causal necessário entre o antecedente e o consequente; (ii) porque usa e abusa erradamente de um conceito de implicação lógica: se A, então B; e (iii) porque é refutada pelos princípios da não-contradição e da trivialidade que caracterizam as lógicas clássica e deôntica, conforme se demonstra a seguir, podendo ser superados, em algumas circunstâncias especiais, pela lógica paraconsistente (BARBOSA, 2005).

O nexos causal em direito é o vínculo existente entre a conduta do agente e o resultado por ela produzido, ou seja, é necessário analisar e provar se determinado ato gera (produz) um específico resultado.

Em lógica o conceito de nexa causal é explicitado na ideia de implicação, cujo conceito nos impõe a seguinte regra: “Se A então B”. Ou, dito de outra forma, se A ocorre, então B ocorrerá também, necessariamente. Desse raciocínio, contudo, não decorre um outro que por vezes parece ser a sua contra-face: a construção “se não A, então não B” não é logicamente derivada da implicação.

A decisão é logicamente insubsistente e fere um dos princípios essenciais da lógica clássica. A lógica clássica, de base Aristotélica, está estruturada em três leis do pensamento, expressas através do princípio da identidade, do princípio da não-contradição e do princípio do terceiro excluído. A decisão fere de morte o princípio da não-contradição, que afirma que dois juízos contraditórios não podem ser ambos verdadeiros. Cada uma das afirmações pode ser verdadeira ou falsa, mas uma delas sendo verdadeira, a outra será falsa. O julgador no processo analisado constrói uma história e quer convencer o leitor de que ela é a única possível, logo, as demais seriam falsas.

O problema desse raciocínio é que ele é incorreto. O fato de se contar uma história com premissas que se quer fazer supor serem verdadeiras, não permite concluir logicamente que todas as outras possíveis são falsas. Essa construção só se equilibra, sem sustentação, no argumento persuasivo.

A característica da trivialidade, básica no raciocínio lógico, estabelece que “se em um único sistema S de lógica clássica forem derivadas duas sentenças, uma das quais sendo a negação da outra então qualquer sentença exprimível na linguagem de S pode ser derivada em S. Dito de outra forma, nas lógicas ditas clássicas em geral é válido o princípio *ex falso sequitur quod libet* (*sic*), formalmente expresso pela expressão “Se (A e (não A)) então B”, que indica que “de uma falsidade, tudo se segue”. Ou, tomando-se em consideração a ideia da contradição, “de uma contradição, qualquer coisa pode ser concluída” (BARBOSA, 2005, p. 78).

Ora, conforme constata BARBOSA (2005, p. 78) “se tudo se pode concluir de uma falsidade ou de uma contradição, pode-se provar qualquer coisa, e será impossível distinguir o falso do verdadeiro, de forma que, desde o ponto de vista da lógica clássica um sistema trivial é inútil, porque, se a partir dele tudo se pode afirmar, ele não acrescenta nenhuma informação”.

Por outro lado, quando a premissa de uma implicação não for verdadeira, nada pode se afirmar sobre a consequência, ou seja, não se pode dizer se a consequência é verdadeira.

Para tornar visível ao leitor algumas incorreções da decisão, vamos utilizar trechos que ilustram alguns dos defeitos lógicos que a compromete e a desconstrói logicamente. Com vistas a facilitar a localização, reproduziremos na análise os mesmos números cardinais com que o magistrado apresenta a sua sequência de fatos e os utiliza em seu longo texto para localizar trechos específicos da decisão.

1. Ex falso sequitur quodlibet

“587. É evidente que há diversas contradições entre os depoimentos, entre os dos acusados, entre os das testemunhas e entre os dos acusados com os das testemunhas”.

“597. Apesar da prova oral não ser uníssona, há apenas uma versão dos fatos que é consistente com a prova documental já examinada no tópico II. 12.”

O raciocínio utiliza lýtotes: o texto seria mais claro, por exemplo, se dissesse “Apesar de existirem provas contraditórias”, mas essa afirmação lógica, vai de encontro à aparência de verdade que se pretende dar ao discurso construído.

Além disso, o discurso é falacioso: na impossibilidade de comprovar a culpa pelos testemunhos, o magistrado busca provas documentais que o corroboram. Essas, contudo, não provam a culpa do réu, no máximo estabelecem “o envolvimento” do ex-Presidente com os fatos como reconhece o magistrado no item 831. Então, na ausência de provas documentais e orais que provem a culpa, o magistrado inverte o raciocínio: “o réu é culpado porque não há outra narração possível para explicar os fatos.”

Mas, acima de tudo, esse raciocínio é incorreto.

Ao reconhecer contradições no depoimento (597), logicamente qualquer afirmação pode ser deduzida, pela trivialização do sistema.

O magistrado erroneamente diz que sua versão é a única possível para explicar os fatos que ele descreve, o que pelo princípio *ex falso quodlibet* é incorreto.

Ao contrário, havendo contradições “A e (não A)”, então qualquer sentença B pode ser inferida, contaminando a sistema de inferência. A única forma evitar a explosão e trivialização seria desconsiderar as provas contraditórias, o que parece não ter sido a intenção manifesta do magistrado. Lógicas paraconsistentes permitem superar a trivialização em alguns casos (BARBOSA 2005), mas depende de pressupostos que não se verificam na decisão prolatada.

2. Premissa não provada

Uma relação de implicação lógica impõe que de um antecedente haja um conseqüente. Ou seja, “Se A, então B”. Contudo, se “não A”, a conclusão pode ser tanto falsa quanto verdadeira.

Premissas não comprovadas, ao contrário do que quer induzir a decisão, NÃO conduzem a uma verdade não provada.

Exemplos desse defeito podem ser ilustrados nos trechos abaixo:

“642. Não há nenhuma dúvida de que os depoimentos de José Adelmário Pinheiro Filho e de Agenor Franklin Magalhães Medeiros são questionáveis, pois são eles criminosos confessos que resolveram colaborar a fim de colher benefícios de redução de pena. Mas isso não significa que os depoimentos não possam ser verdadeiros.”

Em nome da clareza e evitando-se figuras de linguagem como os lýtotes que buscam dissimular a real intenção do texto, esse item seria mais claro se dissesse: “É certo que os depoimentos de Leo e Agenor podem ser falsos, pois são eles criminosos confessos que resolveram colaborar a fim de colher benefícios de redução de pena. Mas isso não prova que são falsos”.

Sim, é afirmação é verdadeira, mas também não prova que sejam verdadeiros. Os depoimentos podem ser tão falsos quanto verdadeiros porque de uma premissa que não se pode afirmar como verdadeira, não é possível afirmar-se que a conclusão é verdadeira. Ela pode ser falsa. E a possibilidade de ser falsa conduz, NECESSARIAMENTE à absolvição do réu. Tivesse o magistrado provado que eram verdadeiros os depoimentos, poderia se pensar em culpa; contudo, não há provas nesse sentido, fato

reconhecido pelo próprio magistrado no item 597 da decisão, reproduzido mais acima. Impõe-se logicamente a absolvição do Réu.

3. Falácia non-sequitur (não se segue que)

Esta é um tipo de falácia no qual a conclusão não se sustenta nas premissas, onde se verifica uma violência da coerência textual.

Exemplo: “O jogador é alto, então deve jogar muito bem”.

Ilustra-se esse tipo de falácia nos seguintes trechos da decisão:

“603. Desde o início, o que se depreende das rasuras na ‘Proposta de adesão sujeita à aprovação’, e ainda do termo de adesão e compromissos de participação com referência expressa ao apartamento 174, que, embora não assinado, foi apreendido na residência do ex-Presidente, havia intenção oculta de aquisição do apartamento 174-A, que tornou-se posteriormente o apartamento 164-A, triplex, Edifício Salinas, Condomínio Solaris, no Guarujá”.

No caso, da existência de documentos – Proposta e Termo de Adesão – não se infere o desejo de ocultação do imóvel. Uma coisa não decorre logicamente da outra.

Contudo, se a mera suposição pode servir de prova para a condenação de alguém, então deve servir também, com muito mais razão, para absolve-lo. Suponha-se, a título de exercício retórico e persuasivo (mesmos utilizados pelo magistrado) que a Proposta e o Termo tenham sido assinados por D. Marisa com a intenção de futuramente convencer o então Presidente a descansar na praia com a família. Não há prova que essa não possa ter sido a real intenção, frustrada pelo Presidente que entendia que ali haveria pouca privacidade para que pudessem frequentar a praia.

Reitere-se ainda o fato de que os documentos referenciados afirmam uma premissa inexistente: o ex-Presidente não assina qualquer documento. Inexistem provas, ainda que circunstanciais ou meros indícios, que permitam afirmar que o ex-Presidente queria o imóvel. Muito mais verossímil parece a versão de que D. Marisa quis e pretendia, talvez, convencer seu marido após o “fato consumado”.

O mesmo defeito reflete-se também nos exemplos que seguem:

“828. Foi ela (D. Marisa Letícia) quem assinou os documentos de aquisição de direitos sobre apartamento, então 141-A ou 174-A, no então Residencial Mar Cantábrico, junto à BANCOOP”.

“829. Mas é evidente que se tratava de uma iniciativa comum ao casal, pois a propriedade imobiliária transmite-se ao cônjuge, em regime de comunhão de bens”.

Ora, do fato de D. Marisa ter assinado os documentos sozinha (e um documento não ter assinatura) NÃO se infere que a compra do imóvel fosse uma opção do casal.

Tampouco se pode afirmar que o fato de a propriedade imobiliária transmitir-se ao cônjuge, PROVE que a aquisição do imóvel era um desejo do casal.

O conseqüente não decorre do antecedente e o raciocínio é logicamente incorreto.

O uso abusivo de raciocínios incorretos pretende dissimular o desprezo do magistrado por outras explicações possíveis para os fatos descritos. A leitura atenta das peças processuais e o sopesamento adequado das alegações de Léo Pinheiro (não

corroboradas pelas provas documentais apresentadas pela acusação) poderiam conduzir à explicação muito mais provável de que D. Marisa quisesse um imóvel, tivesse assinado uma Proposta de Aquisição para o apartamento Tipo, e pudesse usufruir do mesmo com seus filhos e netos, mesmo que SEM a constante presença do ex-Presidente que, como é evidente, por conta das atividades políticas, não pode estar presente muito tempo com a família.

Desde o ponto de vista lógico, em frontal oposição ao que quer fazer crer o magistrado, o fato de poder existir pelo menos uma explicação alternativa demonstra ser a inferência constante da sentença, incorreta. Ressalte-se, para que não haja dúvidas, que pelo princípio da presunção de inocência, não compete à defesa do ex-Presidente provar uma narrativa alternativa à da acusação, mas cabe à acusação (ou nesse caso, ao juiz) PROVAR que a sua narrativa é correta.

O juiz não faz isso, o reconhece na decisão que não prova sua tese. O que ele faz é tentar persuadir o leitor desavisado de que, na ausência de outra narrativa (que a defesa não tem obrigação de produzir), a dele se torna verdadeira.

O fato de o juiz ignorar qualquer possibilidade de que a SUA verdade seja a única possível apenas faz supor (embora sem provas) a sua crença no dom da onisciência, em que se tem o conhecimento de tudo, sobre tudo, sem espaço para a contradição.

E finalmente:

“831. Além disso, o envolvimento direito do ex-Presidente na aquisição do bem é revelado pelo fato de ter visitado o imóvel, pelo projeto de reforma ter sido a ele submetido e principalmente pelo fato da diferença entre o preço e valor pago e ainda o custo da reforma ter sido abatido em uma conta corrente geral de propinas do Grupo OAS com o PT, tendo os créditos de corrupção que envolvia contratos celebrados com a Petrobrás durante seu mandato como Presidente da República.”

Aqui, mais uma vez: os fatos descritos não conduzem à conclusão desejada pelo magistrado. Do suposto “envolvimento” não se tem como consequência necessária a “vantagem indevida” que, aliás, é um dos problemas centrais da decisão: não se provou ter havido vantagem indevida, condição necessária para que o réu fosse culpado.

Conclusão

Os exemplos explorados apenas ilustram aquilo que aparece como sendo constante na decisão do juiz. O magistrado já deu mostras de quão dedicado (ou obcecado) é pelo seu trabalho e da sua expertise em crimes que envolvem lavagem de dinheiro.

Não é plausível supor que a fragilidade lógica de sua decisão decorra de sua incapacidade. Ao contrário, o provável é que as provas trazidas pelo Ministério Público ou provocadas pelo próprio juiz tenham sido tão insuficientes, que outra construção não poderia haver para a condenação, se não o frágil e improvável discurso dos argumentos persuasivos.

Na decisão prolatada, o juiz não consegue PROVAR a culpa do ex-Presidente e tampouco estabelecer o nexos causal entre a atuação do agente e a vantagem ilícita porque, de resto, NÃO prova ter havido vantagem ilícita nem conduta do agente nesse sentido. O que faz o magistrado é construir uma versão dos fatos (uma história linear) que é consistente com a escassez de provas que ele consegue juntar.

Isso é muito pouco para condenar qualquer cidadão, e é menos ainda para condenar um ex-Presidente que teve toda a sua vida devassada para que se tentasse provar que o mesmo homem que nomeou diretores que roubaram milhões da Petrobras, se contentaria com um apartamento na praia do Guarujá.

As poucas provas existentes poderiam conduzir à D. Marisa, mas provariam, na melhor das hipóteses, que ela escondia do ex-Presidente o desejo de ter um apartamento na praia, sem que o juiz pudesse comprovar ter a mesma agido para obter vantagens ilícitas.

A sentença do juiz é, de resto, logicamente insustentável e NÃO PROVA a culpa do ex-Presidente. Ao contrário, inocenta-o porque no estado de direito, a inexistência da prova de culpa conduz à inocência.⁷¹

⁷¹ Referências

BARBOSA, Claudia Maria. Direito e lógica: linguagem jurídica sob diferentes paradigmas lógicos. Curitiba, Juruá, 2005.

COPI, Irving M. Introdução à lógica. São Paulo, Mestre Jou, 1978.

WARAT, Luís Alberto; ROCHA, Leonel Severo e CITTADINO, Gisele Guimarães. O direito e sua linguagem. Florianópolis, Editora da UFSC, 1983.

WARAT, Luís Alberto. As falácias jurídicas. Sequência. UFSC, Florianópolis, Brasil. V. 6, n. 10, 1985.

GUERRA JURÍDICA (OU, SIMPLEMENTE, GUERRA)

Cristiane Brandão*

As preocupações penais e processuais penais certamente bem exploradas nessa publicação denotam o olhar técnico de tantos especialistas qualificados, colegas de academia e juristas renomados, que dispensam minha contribuição com a dogmática, seja na seara da teoria do domínio do fato, da dosimetria da pena, da competência ou do sistema de provas.

O ponto que gostaria de destacar na sentença e incitar à reflexão consiste no recorrente uso de argumentos para rebater a alegação da defesa quanto à evidente “guerra jurídica”. Ganha relevo a dedicação de inúmeras páginas da decisão de Sérgio Moro para negar tal estado bélico, sem ao menos problematizar seu significado ou expor o conceito adotado pelo Juízo quanto a este termo. Parte-se da premissa Freudiana de que a negação tem muito a nos dizer... (Freud, 2014).

A proposta que apresento é, portanto, mapear os fundamentos aduzidos pelo julgador, interpretar a retórica utilizada e medir as possíveis implicações do discurso pretensamente neutro na conformação de um projeto político-social.

“Nada equivale a uma guerra jurídica” (ou o sentido da negação)

O termo “guerra jurídica” aparece dez vezes ao longo da sentença (itens 39, 66, 77, 83, 118, 127, 128, 130, 132 e 138).

Inicialmente, ainda no relatório: *“a Defesa de Luiz Inácio Lula da Silva, em alegações finais (evento 937), argumenta: a) que o ex-Presidente sofre perseguição política e é vítima de uma ‘guerra jurídica’ ou de ‘lawfare’, ‘com apoio de setores da mídia tradicional’”* (p. 7).

Na tentativa de desconstruir o *lawfare*, Sérgio Moro nos remete a momentos processuais em que defende ter agido técnica e legalmente, ressaltando que *“atos praticados por este Juízo ocorreram no exercício regular da jurisdição”* (p. 15). Citando episódios fáticos determinados por ele – como condução coercitiva, buscas e apreensões, quebras de sigilo, divulgação de áudios –, sem mesmo mencionar as alegações da acusação, o discurso transparece a adoção inconsciente da polarização Lula-Moro tão bem esculpida pela mídia e tão bem assimilada pela *doxa*.

Ao mesmo tempo em que assume esse tom defensivo e intranscendente, o juízo invoca para si o prazer da “titularidade das ações” como expressão de seu poder (judicante). De forma subjacente, o gozo reprimido. De forma expressa, a negação à guerra jurídica:

Freud mostra a importância do sentido da negação na origem psicológica da função intelectual do juízo já que, ao negar algo, de fato, o sujeito está afirmando que se trata de uma relação de sentido que preferiria reprimir. Essa função foi estabelecida a partir da experiência da percepção/satisfação, e, para Freud, isso não se dá como um processo passivo. Assim, os julgamentos são construídos no processo de constituição subjetiva,

* Profa. Adjunta de Direito Penal e Criminologia FND/UFRJ.

originariamente orientado pelo princípio do prazer, que regula a inclusão ou não de algo no ego, e também pelas experiências de recalque. (Ripoll, 2014, p. 312).

Com efeito, negação e prazer estão imbricadas. No entanto, a função do juízo permanece potente e torna-se possível *“pelo fato de que a criação do símbolo da negação permite ao pensamento um primeiro grau de independência das consequências da repressão e com isso também da coação do princípio do prazer”* (Freud, 2014, p. 29)

Quase num tom de menosprezo impaciente⁷², Moro recorre a impressões pessoais para minimizar a gravidade da condução coercitiva. Utilizando o pressuposto da *normalidade* da medida por ter durado apenas “algumas horas”, por se garantir a presença do advogado, o resguardo à integridade física e o direito ao silêncio, descarta a hipótese de guerra jurídica⁷³ (mas, quando as garantias da presença de advogado, da integridade física e do direito ao silêncio deixam de ser aplicável a prisões cautelares ou desfiguram o *lawfare*?). A retórica em torno de um linguajar protojurídico, psicanaliticamente, pode pretender somente ocultar o processo subjetivo que se apropria do cientificismo para maquiar a robustez de um argumento de autoridade:

Ao associar diretamente o símbolo da negação ao jogo das moções pulsionais primárias, Freud desconstrói toda uma racionalidade cartesiana do pensamento e também a afirmação de uma verdade inquestionável caucionada pelos parâmetros da lógica clássica. Abre, assim, um rombo no supostamente neutro edifício da ciência e nos raciocínios “bem-formados”. (Ripoll, 2014, p. 312).

Assim, sem deixar de reconhecer que a condução coercitiva é totalmente questionável, sem deixar de compreender os reclames de quem sofre a busca e a apreensão, sem deixar de concordar com a possibilidade de se indagar da competência do juízo⁷⁴, sem deixar admitir como criticável ou inapropriada a forma ou a linguagem utilizada pela Procuradoria da República na entrevista coletiva em que se ataca a imagem de Lula⁷⁵,

⁷² Item 66: *“Mas, como as questões foram levantadas, examinam-se, ainda que brevemente, alguns questionamentos sobre essas decisões judiciais e que, segundo a Defesa do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, representariam uma “guerra jurídica” contra o seu cliente”*. (p. 15 – grifos meus)

⁷³ Item 77: *“Ainda que se possa eventualmente discordar da medida, há de se convir que conduzir alguém, por algumas horas, para prestar depoimento, com a presença do advogado, resguardo absoluto à integridade física e ao direito ao silêncio, não é equivalente à prisão cautelar, nem transformou o ex-Presidente em um “preso político”. Nada equivalente a uma “guerra jurídica”*. (p. 16 – grifos meus)

⁷⁴ Itens: *“82. Embora sejam compreensíveis as reclamações de quem sofre a busca, fato é que buscas e apreensões domiciliares são medidas de investigação rotineiras no cotidiano de investigações criminais. 83. Nada equivalente a uma “guerra jurídica”. 118. Por último, quanto às decisões tidas como caracterizadoras da “guerra jurídica” contra o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, consta o levantamento de sigilo sobre as interceptações autorizado pelo julgador de 16/03/2016 e 17/03/2016. 127. A interceptação telefônica por menos de trinta dias em investigação complexa e o levantamento do sigilo sobre o conteúdo das interceptações, ainda que se possa questionar este último pela questão da competência, não é nada equivalente a uma “guerra jurídica”*. (pp. 17, 20 e 23 – grifos meus)

⁷⁵ Itens: *“128. Reclama ainda a Defesa de Luiz Inácio Lula da Silva que a “guerra jurídica” estaria caracterizada pela realização pelos Procuradores da República de uma entrevista coletiva, em 14/09/2016, na qual teriam atacado a imagem do ex-Presidente ao explicar o conteúdo da denúncia. 129. Sobre esta questão, este Juízo já rejeitou a exceção de suspeição promovida pela Defesa contra os Procuradores da República subscritores da denúncia e participantes da aludida entrevista coletiva, com cópia no evento 335. Remete-se ao ali exposto. 130. Ainda que eventualmente se possa criticar a forma ou linguagem utilizada na referida entrevista coletiva, isso não tem efeito prático para a presente ação penal, pois o que importa são as peças processuais produzidas. 131. Ainda que eventualmente se possa entender*

Moro segue com a mirada cega da negação freudiana para tentar mostrar um raciocínio científico “bem-formado”, ileso, imparcial. Nega-se, inclusive, o mais evidente apoio da mídia hegemônica tradicional ou sua influência sobre as notícias que serão publicadas⁷⁶. Como afirma a sentença no item 138, *no fundo, portanto, é mais uma tentativa de diversionismo em relação ao mérito da acusação e de apresentar o ex-Presidente como vítima de uma "guerra jurídica" inexistente.*

Mas, afinal, onde está a guerra? (ou a exceção e a regra)

Não dedicarei linhas, aqui, para explorar os conceitos de *lawfare* (Werner, 2010) ou *SLAPP* (Pring e Canan, 1996), pois prefiro problematizar a noção de guerra para depois encaminhar algumas conclusões.

No famoso tratado *Da Guerra*, Carl von Clausewitz demonstra uma visão clássica baseada na ilustração da guerra como imposição de violência para obrigar alguém a fazer sua vontade. A guerra, então, não é somente “*um ato político, mas um verdadeiro instrumento da política, seu prosseguimento por outros meios*” (apud Foucault, 1999, p. 22, n.r.9). Tem também como fim uma *certa paz* ligada à vitória de um dos beligerantes, após o derramamento de sangue causado pelo conflito de interesses entre as partes (Passos, 2005).

No entanto, na sagaz percepção de Hannah Arendt, em *Sobre a Violência* (2001), já percebemos o anúncio de uma virada epistemológica. A autora chama a atenção para o fato de que à segunda guerra mundial não se seguiu a paz, ao revés se estabeleceu a guerra fria e toda uma estruturação de trabalho industrial-militar. A lógica da potencialidade da realização da guerra infiltrada na tecitura da sociedade apoia e estrutura as Instituições:

Falar da “prioridade do potencial para fazer a guerra como principal força estruturadora na sociedade”, sustentar que os “sistemas econômicos, as filosofias políticas e a *corpora juris* servem e ampliam o sistema de guerra, e não o contrário”, concluir que “a própria guerra é o sistema social básico, dentro do qual outros modos secundários de organização social conflitam ou conspiram” – tudo isso soa muito mais plausível do que as fórmulas do século XIX de Engels ou de Clausewitz. (Arendt, 2001, p. 17) Com efeito, as engrenagens e instituições sociais ganham conformação a um certo *modus operandi* de luta constante, em que o poder se mostra como sistema de dominação. As relações e os aparelhos de poder passam a se constituir por essa lógica de guerra-dominação-sujeição, em que o *sujeito* deve se encaixar em certo padrão de normalidade (padrão, este, construído pelas verdades do saber-poder).

Inevitável citarmos Foucault nesse ponto e citar uma das muitas perguntas que movem suas (nossas) inquietações: “*sob a paz, a ordem, a riqueza, a autoridade, sob a ordem calma das subordinações, sob o Estado, sob os aparelhos do Estado, sob as leis etc., devemos entender e redescobrir uma espécie de guerra primitiva e permanente?*” (1999,

que a entrevista não foi, na forma, apropriada, parece distante de caracterizar uma "guerra jurídica" contra o ex-Presidente". (p. 23 – grifos meus)

⁷⁶ Itens: “132. Por fim, ainda sobre a afirmada “guerra jurídica”, seria ela também decorrente da “instrumentalização da mídia” ou estaria sendo realizada “com apoio de setores da mídia tradicional”. (...)135. De todo modo, este Juízo não controla e não pretende controlar a imprensa, nem tem qualquer influência em relação ao que ela publica”. (p. 23)

p. 53). Invertendo, assim, proposição de Clausewitz, Foucault vai dizer que “*a política é a guerra continuada por outros meios*”⁷⁷ (1999, pp. 22 e 55). Consequentemente, a guerra é intrínseca às relações de poder e constantemente utilizada para destruir o inimigo político, seja por meio da cientificidade do biopoder (que justificou o racismo, por exemplo), seja pelas modalidades (igualmente técnicas) de assujeitamento dos tidos como loucos, anormais, diferentes, delinquentes.

Concordando, ainda portanto, com o filósofo, a linha metódica de análise do poder deve incluir o sistema punitivo. Assim, a partir de um ponto de vista tríplice, necessário se faz investigar as técnicas, heterogeneidade das técnicas e seus efeitos de sujeição. Os instrumentos do Direito Penal, do Processo Penal, da Criminologia e da Política Criminal, integrados aos aparatos de controle punitivo, deslocam seu olhar, suas armas e seus canhões para as “desordens” causadas pelos “diferentes”:

Não se trata tanto de fazer conquistas territoriais e, muitas vezes, nem mesmo de conquistas econômicas; mas se trata, mormente, de moldar as mentes, os espíritos, as almas, as subjetividades dos outros, dos inimigos. Se colocarmos as práticas religiosas, artísticas e sociais em geral sob o guarda-chuva da palavra cultura, estamos diante de guerras culturais. E se colocarmos sob a qualificação de racistas todas as práticas de xenofobia, machismo, etnocentrismo, intolerância à diferença etc., nos identificamos com Foucault, quando ele diz que a expressiva maioria das guerras do século XX — e eu me permito estendê-las para o século XXI — são guerras racistas. (Veiga-Neto, 2014, p. 3).

E se colocarmos sob a qualificação de jurídicas todas as práticas de atos próprios do exercício jurisdicional, apoiados (ou não) no texto legal, com suporte (ou não) na Constituição Federal, mas que, de qualquer modo, demonstrem a intolerância à diferença e às “desordens” provocadas por esses “diferentes”, estaríamos diante de que guerra?

Interpretando-se como atos desempenhados no exercício *regular* da jurisdição, logo vistos como atos *normais*, assume-se que a normalidade é a exceção transformada em regra, como sintoma do trato do réu como inimigo (Jakobs, 2007). A Condução coercitiva, as buscas e apreensões, as quebras de sigilo, a divulgação de áudios representam, nesse contexto, a *normal excepcionalidade*. Apoiando-nos em Benjamin, “*a tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ em que vivemos é na verdade a regra geral*” (1940, p. 3).

Caso tivéssemos muito mais páginas para dissertar, seguiríamos, aqui, a proposta de Agamben para uma reflexão profunda sobre as sugestões de Foucault e Benjamin quanto a imbricação *vida nua* e *política* nas ideologias da modernidade. Limitamo-nos, entretanto, a referenciar o autor de *Homo Sacer*, nas suas investigações sobre a interseção entre o modelo jurídico-institucional e o modelo biopolítico de poder, bem como, especificamente, sobre as observações schmittianas a respeito do soberano⁷⁸.

A sentença de Moro reflete sua condição de soberano. O estado de exceção confirmado na suspensão da validade das normas cria o paradoxo aparente da própria possibilidade da validade da norma jurídica e ratifica, com isso, o próprio sentido de autoridade

⁷⁷ Na verdade, Foucault afirma que tal princípio é bem anterior a Clausewitz e que foi este que o inverteu (1999, pp. 54-55).

⁷⁸ “Soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção” (Schmitt *apud* Agamben, 2007, p. 19).

estatal. Num *continuum* de decisões de excepcionalidade, a jurisdição diz o direito-não-direito, fomentando a estrutura jurídico-política de inclusão daquilo que é expulso, ou seja, construção de atos excepcionais ao exercício da jurisdição como atos *regulares*:

A exceção é uma espécie da exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas, o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disso, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão. *A norma se aplica se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta*. O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta de sua suspensão (Agamben, 2007, p. 25).

De todo o exposto, é possível concluir que o estado de exceção, gerado a partir de decisões judiciais irregulares, retroalimenta medidas excludentes que, incorporadas à regra da excepcionalidade, ocultam a sujeição dos inimigos a uma padronização de subjetividade. A sentença de Moro é emblemática da rotina de guerra travada *intramuros* do Judiciário como expressão de gozos introjetados a partir de estímulos *extramuros*, na lógica de uma sociedade intolerante e classista.

Com Brecht, em *A Exceção e a Regra*, finalizamos a viagem de dois explorados e de um explorador:

Assim termina
A história de uma viagem,
Que vocês viram e ouviram:
E viram o que é comum,
O que está sempre ocorrendo
Mas a vocês nós pedimos
No que não é de estranhar,
Descubram o que há de estranho!
No que parece normal.
Vejam o que há de anormal!
No que parece explicado,
Vejam quanto não se explica!
E o que parece comum
Vejam como é de espantar!
Na regra vejam o abuso!
E, onde o abuso apontar,
Procurem remediar!.⁷⁹

⁷⁹ Referências

Agamben, Giorgio. *Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007.
Arendt, Hannah. *Sobre a Violência*, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

A CONDENAÇÃO DE LULA MARCOU A TRANSIÇÃO DO ESTADO DE DIREITO PARA O ESTADO MIDIÁTICO PENAL E O NASCIMENTO DO “JUIZ AVESTRUZ”

Djefferson Amadeus*

O salmo 37 – “Entrega o teu caminho ao Senhor; confia nele, e ele tudo fará” –, no Código Moro (CM) está traduzido da seguinte maneira: “Entrega o teu caminho ao Moro, confia nele... e a “convicção” te condenará” (salmo 37, CM).

Este é um texto duro – ou melhor – duríssimo. Afinal, a condenação de Lula, do modo como está posta, estabelece uma nova era: a idade mídia, ou seja: a transição do Estado Democrático de direito para o Estado midiático penal.

Isto porque, na idade mídia, tudo – ou quase tudo, no fundo – pode (ao mesmo tempo) ser e não ser. Isto é, as palavras podem dizer (e ao mesmo tempo) desdizer.

Assim, na idade mídia, o juiz pode dizer, na segunda-feira, que o “que não está nos autos não está no mundo”; e na terça-feira, por sua vez, afirmar que o “que não está nos autos não está no mundo”, salvo se se tratar de fato amplamente divulgado na mídia.

Portanto, nem “boca da lei”, nem “dono da lei”; o juiz da era mídia é um “boca da opinião pública (da)”.

Benjamin, Walter. *Teses sobre o Conceito da História*, 1940. Disponível em file:///C:/Users/Dell/Downloads/Teses%20sobre%20o%20conceito%20de%20história.pdf. Acesso em 20.07.2017.

Bretch, Bertold. *A Exceção e a Regra*. Disponível em file:///C:/Users/Dell/Downloads/a-excessc3a3o-e-a-regra.pdf. Acesso em 23.07.2017.

Foucault, Michel. *Em Defesa da Sociedade, Curso no Collège de France (1975-1976)*, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Freud, Sigmund. *A Negação*, São Paulo: Cosac Naify, 2014.

Jakobs, Gunther e Meliá, Manuel C. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

Passos, Rodrigo Duarte F dos. *Clausewitz e a Política. Uma leitura de Da Guerra*. São Paulo: USP (Teses). 2005. Disponível em

file:///C:/Users/Dell/Downloads/TESE_RODRIGO_DUARTE_FERNANDES_DOS_PASSOS.pdf. Acesso em 20.07.2017.

Pring, George W. e Canan, Penelope. *SLAPPS. Getting sued for speaking out*. Philadelphia: Temple University Press, 1996.

Ripoll, Leila. “A negação freudiana: fissuras na razão cartesiana e na neutralidade científica”. *In Rev. Epos vol.5 no.2*, Rio de Janeiro: Pepsic, 2014. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2014000200008. Acesso em 21.07.2017.

Veiga-Neto, Alfredo. *Guerras*, 2014. Disponível em file:///C:/Users/Dell/Downloads/Guerras%20-%2030nov14.pdf. Acesso em 21.07.2017.

Werner, Wouter G. *The curious career of lawfare*, 43Case W. Res. J. Int'l L.61, 2010. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol43/iss1/4>. Acesso em 20.07.2017.

* Mestre em Direito e Hermenêutica Filosófica (UNESA-RJ), bolsista Capes, pós-graduado em filosofia (PUC-Rio) e Processo Penal (ABDCONST). Bolsista Pesquisador na Coop. Social da Fiocruz. Advogado Eleitoralista e Criminalista.

O problema, porém, é que, quando isso acontece, o direito cede lugar à mídia, daí resultando, dentre outras coisas, o juiz avestruz: aquele que, para não tomar conhecimento da realidade, enfia a sua cabeça... na televisão ou nos jornais.⁸⁰

Assim, se o avestruz, segundo alguns veterinários, enfia a cabeça no chão para escutar melhor a aproximação de algum inimigo, o juiz avestruz, por sua vez, põe a cabeça nos jornais e na televisão para saber o que a sua melhor amiga – a mídia – está dizendo que ele tem de fazer.

Por todos, cito o Juiz Sérgio Moro que, com base em notícias de jornais (pasmem, de jornais!) tentou utilizá-las, em juízo, para buscar – em uma atuação que mais parecia a de um acusador – “provas” contra Lula. Relembremos este triste episódio:

MORO: Saíram denúncias na folha de São Paulo, e no jornal O Globo de que...

*LULA: Dr. não me julgue por notícias, mas por provas.*⁸¹

Isto, talvez, explique por que muitos Juízes e Promotores, na era da idade mídia, façam tremendo sucesso em programas gravados, a exemplo de Moro e Dallagnol, mas, por outro lado, não façam o mesmo sucesso em audiências de instrução e julgamento. Nada mais natural – afinal, nas audiências, eles estão... “ao vivo”.

Eis o motivo pelo qual, no programa do Jô Soares, que costuma receber “celebridades” ao vivo, o Promotor Deltan Dellagnol, acreditando que toda a plateia levantaria a mão favoravelmente a ele, caso perguntasse se eram apoiadores à Lava-Jato, teve que amargar uma tremenda vergonha, porque, mesmo com a assistente de palco pedindo para que os convidados levantassem a mão, apenas três ou quatro pessoas demonstraram simpatia a ele.⁸²

Parafraseando Steiner,⁸³ é possível afirmar que o juiz avestruz, por não ter coragem suficiente para enfrentar a opinião pública, dado ser ela a sua fonte de conhecimento, acaba não vivendo como si mesmo, mas como a mídia determina que ele viva.

Por isso, ao ser criticado pelos juristas ou por qualquer um que tenha o mínimo de compromisso com a Constituição, o juiz avestruz entende as vozes que o reprovam apenas como uma manifestação de inveja.

Ou seja: nos olhares de quem critica a sua covardia, por faltar-lhe coragem de enfrentar a opinião pública, o juiz avestruz só consegue enxergar uma coisa: “– Criticam-me porque queriam seus nomes estampados nas capas dos jornais. Mas só há espaço para um herói: EU!”

Resultado: empurrado pelo anseio de querer ser um “herói” e, com isso, ver o seu rosto estampado nas capas dos jornais, o juiz avestruz, por conceber a vida como uma feira de vaidades, só conhece uma vergonha: a vergonha de não conseguir impressionar os meios sensacionalistas comunicação.

⁸⁰ A inspiração para a criação do “juiz avestruz” veio da leitura das obras Millôr Fernandes.

⁸¹ <http://www.tijolaco.com.br/blog/os-melhores-momentos-de-lula-por-edson-lenine/>

⁸² <http://www.diariodocentrodomundo.com.br/video-no-jo-dallagnol-pergunta-a-plateia-quem-acha-que-a-lava-jato-vai-mudar-o-pais-e-tem-resposta-inesperada/>

⁸³ STEINER, George. As ideias de Heidegger. São Paulo: Cultrix, 1978, p. 81

E ele age assim – muitas das vezes – sem perceber, porque sobre ele incide uma violência simbólica, isto é, uma violência que se exerce, segundo Bordieu, “com a cumplicidade tácita dos que a sofrem e também, com frequência, dos que a exercem, na medida em que uns e outros são inconscientes de exercê-la ou de sofrê-la.”⁸⁴

O direito, assim, acaba sendo – para o juiz avestruz – como o ar que respiramos: fundamental, essencial, indispensável, mas ninguém presta atenção nele.

Quanto a este ponto, aliás, vale rememorar que o Juiz Sérgio Moro, ao se deparar com um documento sem assinatura (portanto nulo ou inexistente, a depender da teoria que se adote), em vez de desentranhá-lo do processo, tentou utilizá-lo contra Lula, vejamos:

MORO: Tem um documento aqui que fala do triplex....

LULA: Tá assinado por quem?”

MORO: Hmm... A assinatura tá em branco..

*LULA: Então o senhor pode guardar por gentileza!*⁸⁵

É de se indagar o seguinte: por que – mesmo tendo ciência de que o documento não poderia ser utilizado, dado ele estar sem assinatura – o juiz Sérgio Moro ainda assim tentou utilizá-lo contra Lula?

Porque a ilusão é crença – diz Eugene Enriquez – visto originar-se no amor e, por isso, faz desaparecer o prazer ligado ao trabalho do pensamento.⁸⁶ Por isso Warat, como bem observou Lenio Streck, elaborou um conceito de ideologia muito próximo ao de paixão, já que esta implica, muitas das vezes, uma “renúncia ao prazer de pensar.”⁸⁷

Isto me permite afirmar que Sérgio Moro, por não conseguir disfarçar a sua perseguição desmedida contra Lula, demitiu-se do seu dever de pensar.

Quanto a este ponto, aliás, cai como uma luva as lições de Rubens Casara, ao afirmar que, “em vários atores jurídicos, subsiste um pouco de Eichmann, pois “são a-sujeitos, uma vez que se omitem de julgar/pensar condicionados a reproduzir “cientificamente” suas crenças sem disso ter consciência.”⁸⁸

Com Lebrun, é possível dizer “que não se trata de um sujeito maléfico, mas de uma pessoa que se demite de sua posição de sujeito (garantidor – acrescentei), que se submete totalmente ao sistema que o comanda, que não o autoriza a pensar...”⁸⁹

⁸⁴ BOURDIEU, Pierre. Sobre a Televisão. Trad. Maria Lucia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1982, p. 22.

⁸⁵ <http://www.tijolaco.com.br/blog/os-melhores-momentos-de-lula-por-edson-lenine/>

⁸⁶ ENRIQUEZ, Eugène. Da horda ao Estado. Psicanálise e vínculo social. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1983, p. 87.

⁸⁷ STRECK, L. L. A Revelação das “obviedades” do sentido comum e sentido (in)comum das “obviedades” reveladas. In: Oliveira Júnior, L. A., O poder das metáforas: homenagem aos 35 de docência de Luis Alberto Warat, Livraria do Advogado, 1998, p. 53.

⁸⁸ CASARA, Rubens. Mitologia Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 290

⁸⁹ LEBRUN, Jean-Pierre. Um mundo sem limite: ensaio para uma clínica psicanalítica do social. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud. 2004, p. 73.

O que se viu em todo o julgamento do Ex-Presidente Lula foi uma tentativa (sem sucesso) de pôr em prática, como diria Millôr, um dos principais lemas da mídia autoritária: “julgar como se estivesse pisando nos ovos... do povo.”

E os resultados são desalentadores – para não dizer: desastrosos – porque, como bem nos lembra Calligaris, frequentemente um moralizador raivoso desconta nos outros as tendências e impulsos que, em muitos casos, são seus, mas ele não consegue dominar.⁹⁰

Dito de outro modo: o padrão moral que todo “moralizador raivoso” se impõem, nunca é respeitado por ele, mas é sempre considerado por ele um padrão que todos devem respeitar.⁹¹

Dessa forma, revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação, é crime, de acordo com o art. 325 do Código Penal.

Por outro lado, permitir a divulgação dos grampos em face de Dilma e Lula, que foram obtidos em razão do cargo, foi, para juiz Moro... mero descuido passível de... desculpas.

Eis por que a frase de Ronald Laing – “Finge-se que não se está fingindo que está fingindo” – parece ter sido feita ao Juiz Moro, por conta da sua perseguição (desmedida) ao Ex-Presidente da República, o Sr. Luiz Inácio Lula da Silva.

E, naturalmente, o resultado é, se não apenas absurdo, cômico. Aliás, absurdo e comicidade são as principais características do juiz avestruz, porque, tomando de empréstimo a televisão como fonte de seu pensamento, todo o seu discurso é um acróstico⁹² sobre o nome dos seus mestres: mídia, televisão, imprensa, jornal e etc.

O problema, porém, é que, com tal submissão a esses “mestres”, como bem observou Galeano, o juiz avestruz acaba reduzindo a justiça social à justiça midiática penal.⁹³

Assim, o contraditório, que deveria ocorrer no processo, acaba sendo transportado para o Jornal Nacional, com um detalhe: 30 minutos para a acusação e 30 minutos para o juiz. E a defesa? Bem, para a defesa sobra uma nota. E olhe lá...

O resultado está aí: um processo penal do espetáculo que, segundo Casara, “*é construído para agradar às maiorias de ocasião, forjadas pelos meios de comunicação de massa, em detrimento da função contramajoritária de concretizar direitos fundamentais.*”⁹⁴

Isto me permite concluir, parafraseando Millôr, que somente teremos um Estado Democrático de Direito no dia em que gastarmos mais com o ensino do que com a televisão e os cursinhos jurídicos, isto é, no dia em que gastarmos mais com a educação e a cultura democrática do que com a falta de educação.

⁹⁰ CALLIGARIS, Contardo. Todos os reis estão nus. Ed. Três Estrelas, São Paulo, 2013, p. 38.

⁹¹ CALLIGARIS, Contardo. Todos os reis estão nus. Ed. Três Estrelas, São Paulo, 2013, p. 39.

⁹² Acróstico é uma composição poética, em que as letras iniciais, do meio ou do fim, formam nomes ou palavras. Assim, em toda decisão do juiz avestruz, sempre é possível encontrar um acróstico, tal como: mídia, imprensa, jornal, televisão e etc.

⁹³ GALEANO, Eduardo. De pernas pro ar. A escola do mundo ao avesso. Porto Alegre: L&PM Editores, 1999, p. 31.

⁹⁴ CASARA, Rubens. Processo Penal do Espetáculo. Ensaios sobre o Poder Penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 12.

UMA PRISÃO NADA CONVENIENTE

Douglas Carvalho Ribeiro*

Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa**

A recente publicação da sentença condenatória em face do ex-Presidente Lula, prolatada pelo juiz Sergio Moro da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, estarreceu a comunidade jurídica que preza pelos valores democrático-constitucionais. Isso se deve não à sua rápida publicação ou ao seu dispositivo - por muitos já aguardado. O motivo do assombro diz respeito aos argumentos jurídicos utilizados para sustentar o insustentável. Na caneta do magistrado, os dispositivos legais e constitucionais assumem uma interpretação *no mínimo* controversa. Das 238 páginas, poderíamos listar a ermo os pontos questionáveis da fundamentação jurídica daquele documento. Escolhemos, entretanto, o tópico referente à possível prisão preventiva do ex-Presidente, presente ao final da sentença. A construção argumentativa para sua denegação é deveras discutível. Senão, vejamos: “Entretanto (sic), considerando que a prisão cautelar de um ex-Presidente da República não deixa de envolver certos traumas, a prudência recomenda que se aguarde o julgamento pela Corte de Apelação antes de se extrair as consequências próprias da condenação. Assim, poderá o ex-Presidente Luiz apresentar a sua apelação em liberdade⁹⁵”.

O magistrado apresentou diversos motivos que supostamente ensejariam a prisão preventiva no caso sob análise. Dentre os argumentos mencionados por Moro estão: a) o fato de ter sido orientado por seus advogados na adoção de hipotéticas formas de intimidação daqueles que participam do processo direta ou indiretamente, tais como testemunhas, procuradores, jornalistas, delegados etc.; b) ter o ex-Presidente proferido declarações tidas por inadequadas pelo julgador durante o trâmite do processo, o que seria exemplificado por sua manifestação em 05 de maio de 2017, na qual afirma: "se eles não me prenderem logo quem sabe um dia eu mando prendê-los pelas mentiras que eles contam⁹⁶"; c) a presumida orientação advinda de Lula no sentido de destruição de provas por parte de terceiros. Finaliza, então, o magistrado: “até caberia cogitar a decretação da prisão preventiva do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva”.

Em relação ao primeiro ponto supramencionado, pode-se dizer que este se remete às queixas-crime apresentadas pelos advogados do ex-Presidente em face de Procurador da República e Delegado e de ações indenizatórias contra testemunhas e jornalistas. Decerto, os advogados de Lula tinham como objetivo resguardar a honra de uma pessoa que vive de sua imagem pública e estava sendo constantemente focalizada de forma de

* Possui graduação (2014) e mestrado (2017) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: douglascarvalhoribeiro@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6952734524834617>.

** Possui graduação em Direito (2014) pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2014) e mestrado (2017) na mesma área pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: victorsilva.costa@yahoo.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9947142424896892>.

⁹⁵ Sentença disponível no link <http://estaticog1.globo.com/2017/07/12/sentenca_lula.pdf>. Acesso no dia 13 de junho de 2017.

⁹⁶ Cf. notícia presente no link <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/se-eles-nao-me-prenderem-logo-quem-sabe-eu-mando-prende-los-diz-lula>>. Acesso em 13 de julho de 2017.

negativa no espaço midiático. É conhecida a fama do Brasil perante os meios de comunicação internacionais no que tange à concentração e ao domínio da informação⁹⁷.

Já no que tange ao segundo ponto, deve-se ter em mente que o magistrado, pela função que ocupa na administração da justiça, deve orientar seu mister jurisdicional desprovido de paixões e preconceitos pessoais, isto é, *sine ira et studio*⁹⁸. Nesse sentido, a mera declaração do denunciado proferida no 6º Congresso do Partido dos Trabalhadores não teria o condão de gerar efeitos jurídicos negativos em detrimento do ex-Presidente, uma vez que foi proferida em um momento de exaltação, típico dos encontros partidários.

Por fim, em relação ao terceiro ponto, Moro afirma no seio da sentença proferida o seguinte:

O ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva respondeu ao processo em liberdade. Há depoimentos de pelo menos duas pessoas no sentido de que ele teria orientado a destruição de provas, de José Adelmário Pinheiro Filho (itens 536-537) tomado neste processo, e ainda de Renato de Souza Duque. O depoimento deste último foi tomado, porém, em outra ação penal, de nº 5054932-88.2016.4.04.7000.

Além do fato de, no momento da sentença, já estar vencida a etapa da instrução, é sabido que o sistema processual-penal brasileiro não adota a premissa da prova tarifada, o que significaria uma hierarquização no âmbito dos meios probatórios. O mero depoimento sem uma prova material que o sustente não é capaz de provar uma situação grave imputada ao sentenciado pelas testemunhas. Não havendo confirmação de fatos expressos em testemunho, o corolário *in dubio pro reo* deve prevalecer. Contra a obsoleta ideia de verdade real, o princípio do *favor rei* é uma das únicas garantias ao arbítrio e à discricionariedade do poder punitivo estatal.

O artigo 312 do Código de Processo Penal prevê as hipóteses passíveis de ensejar a decretação da prisão preventiva. São elas: o distúrbio da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. O legislador ordinário ressalta ainda a necessidade de haver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. As noções essenciais por trás de toda decretação de prisão preventiva são as de *periculum libertatis* e de *fumus commissi delicti*.

Em relação ao *periculum libertatis*, deve-se ter em mente que seu manejo no seio da dogmática processual-penal diz respeito tanto ao risco de evasão quanto aos eventuais atos danosos praticados pelo denunciado/sentenciado durante o transcurso do processo, antes ou após a sentença condenatória. No caso específico de Lula, pode-se dizer que o risco de fuga é nulo: em qualquer lugar do Brasil ou do mundo, o ex-Presidente seria facilmente reconhecido. Já em relação ao distúrbio às ordens pública e econômica, sua atuação política não as coloca em risco, uma vez que não há qualquer incitação ao cometimento de atos violentos, mas somente a convocação de protestos pacíficos em defesa das garantias penais-constitucionais.

Sobre o *fumus commissi delicti*, anota Aury Lopes Jr. que este “exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a

⁹⁷ Cf. notícia presente no link <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/outras-palavras/midia-ate-the-economist-fustiga-dominio-da-globo-1388.html>>. Acesso em 13 de julho de 2017.

⁹⁸ Nesse sentido WEBER, Max. *Economia y sociedad*. Ciudad del México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 716-752.

cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapaixonado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto⁹⁹”. A princípio, a mera presença de sentença penal condenatória já satisfaria tal requisito. No entanto, depreende-se da instrução processual que o imóvel objeto do crime de corrupção é registrado em nome de outrem, sendo que a maioria esmagadora das testemunhas negaram a acusação. Ora, como afirmar a presença do *fumus comissi delicti* em tal situação? O sistema processual brasileiro consagra o princípio da presunção de inocência, de forma que, diante de fatos controvertidos, o réu tem até a última instância jurisdicional o direito de rebater as acusações contra ele apresentadas. Nota-se a ansiedade criada pela mídia de ver Lula condenado definitivamente. No entanto, isso não pode atropelar as regras normais ao jogo democrático. Vive-se no Brasil uma onda de ansiedade política geral, onde a todo o momento nos questionamos quais serão os próximos atropelos das garantias penais-processuais por parte do poder punitivo estatal.

Sobre a relação entre ansiedade e política, a melhor contribuição acerca do tema talvez tenha sido a de Franz L. Neumann, jurista alemão membro do Instituto de Pesquisa Social, cuja tradição filosófica e acadêmica ficou conhecida como “Escola de Frankfurt”. Em seu artigo intitulado “Ansiedade e Política”, Neumann fundamenta seu argumento nas diversas funções que a ansiedade assume para o indivíduo, a partir do esquema psicanalítico freudiano. Afirma ele que “a ansiedade pode desempenhar muitos papéis na vida do homem, o que quer dizer que a ativação de um estado de ansiedade por meio de um perigo pode ter um efeito benéfico ou destrutivo¹⁰⁰”. A ansiedade, por exemplo, pode desempenhar um papel de aviso para o homem, na medida em que o previne de experimentar riscos concretos advindos do ambiente exterior, entretanto pressentidos anteriormente. Há ainda uma outra modalidade de ansiedade, a chamada ansiedade neurótica, que “é produzida pelo ego com o fim de evitar, por antecipação, a mais remota ameaça de perigo¹⁰¹”. Segundo Neumann, essa ansiedade pode paralisar o homem, impedindo-o de tomar decisões de maneira racional.

Pensando em termos políticos, uma população inteira pode estar sob os efeitos deste estado de pânico e, inconscientemente, desconsiderando o fato de que todos aqueles parâmetros que balizam um ideal de vida digna podem desaparecer em um futuro próximo. É claro que tal sentimento pode se fundamentar em um estado de calamidade ou em uma guerra de longa duração. Contudo, pode acontecer que tal sentimento seja induzido por parte das classes burocráticas hegemônicas, inculcando na população em geral um sentimento de insegurança, que no caso em questão representaria a decretação de prisão preventiva sem os fundamentos exigidos pela legislação.

No âmbito da Teoria do Estado do período da República de Weimar, Hermann Heller caracterizou o Estado de Direito como a organização política orientada pela calculabilidade. Afirma Heller que “uma acepção de lei solidamente constituída, equipada com uma força adstringente dupla, deveria dominar todas as atividades

⁹⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016. Epub.

¹⁰⁰ NEUMANN, Franz. Ansiedade e Política. In: *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969, p. 302.

¹⁰¹ Idem, p. 301.

estatais, não somente o Poder Judiciário, mas também o Executivo. As ‘intervenções na liberdade e propriedade dos cidadãos’ seriam possíveis de agora em diante por força de lei”¹⁰².

Isso implica que a calculabilidade é uma marca essencial da técnica de poder denominada de Estado de Direito. Além disso, Heller reconhece em Montesquieu um papel decisivo na ruptura da mentalidade do Antigo Regime, marcada pela indistinção funcional entre as atividades legiferante, judicante e executiva:

Sabe-se que a teoria da divisão e balanceamento dos poderes, desenvolvida por Montesquieu, marca o fundamento organizatório do Estado de Direito. Montesquieu vê na liberdade política do cidadão ‘esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança’. Essa liberdade seria perdida definitivamente, caso o mesmo homem ou um mesmo grupo exercesse de forma simultânea os poderes legislativo, judiciário e executivo. O fundamento dessa opinião, advinda de um profundo conhecedor dos homens, poder ser expresso em uma afirmação sociológica dotada de validade geral: todo poder humano descontrolado sucumbe cedo ou tarde à imponderável arbitrariedade¹⁰³.

Como já afirmado anteriormente, a diferenciação funcional do judiciário em relação aos poderes legiferante e executivo pressupõe a atuação do magistrado de acordo com o direito posto. Não negamos aqui que, na própria atividade judicante, há espaço para interpretação – o direito é um empreendimento eminentemente hermenêutico. Contudo, a elaboração interpretativa judicante não pode ocorrer em detrimento das garantias positivadas no ordenamento. Quando se analisa a decisão em questão, percebe-se que o juiz Sérgio Moro excede os limites da interpretação, enxergando hipóteses de cabimento da prisão preventiva onde não existem. Além disso, afirma, por outro lado, sua benevolência ao não decretar tal medida assecuratória, negando-a pela possibilidade de gerar certo trauma social. Decerto, o único trauma gerado seria a ocorrência de uma prisão preventiva sem fundamento legal. Parece-nos que a única função que a argumentação de Moro exerce em relação a esse ponto específico é a de deixar o sentenciado ansioso, dado que sua sorte pertenceria ao Judiciário, independentemente da efetiva prova de sua culpa.¹⁰⁴

¹⁰² HELLER, Hermann. *Rechtsstaat oder Diktatur*. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr, 1930, p. 4.

¹⁰³ Idem, p. 04.

¹⁰⁴ Referências Bibliográficas

HELLER, Hermann. *Rechtsstaat oder Diktatur*. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr, 1930.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016. Epub.

NEUMANN, Franz. Ansiedade e Política. In: *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*. Ciudad del México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

A SENTENÇA CONTRA O EX-PRESIDENTE LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA: MAIS UM TRÁGICO CAPÍTULO DO GOLPE DE 2016

Eder Bomfim Rodrigues*

A história brasileira tem as suas particularidades. Dentre elas, é possível destacar uma situação muito interessante, qual seja, uma aparência de que o tempo no Brasil não passou e de que tudo continua do mesmo modo na sociedade e no Estado. Parece que o passado não é superado e que se vive sempre a mesma coisa ou, ainda, a mesma coisa com novos personagens, mas mantendo uma estrutura idêntica ao que já aconteceu antes. Uma espécie de *déjà vu* social brasileiro.

Ora, o passado não se foi completamente. Ele está aí e vem deixando as suas marcas no presente. Veja-se que ainda hoje, em pleno século XXI, o país não conseguiu se livrar, definitivamente, das marcas profundas da escravidão e de uma elite retrógrada que não possui e nunca teve em mente um projeto de país soberano. Na verdade, as elites brasileiras sempre pensaram o país exclusivamente para si próprias, longe de qualquer ideia de uma independência real e de um forte processo de desenvolvimento capaz de fazer frente às principais potências no mundo. Até hoje os interesses do país e os do povo brasileiro não são os mesmos das elites, principalmente das elites econômicas, pois estas querem a continuidade de um modelo de Estado e de sociedade que remonta aos tempos do escravismo e que colocam o Brasil numa posição de subserviência ao capitalismo internacional.

Diante de tudo isso é possível afirmar que “existe um vínculo de continuidade real e institucionalizado que faz com que qualquer tentativa – mesmo parcial e frágil, como as que ocorreram até agora – de romper nosso apartheid de classes desemboque em golpes de Estado e reação violenta das elites da rapina selvagem.”¹⁰⁵ Foi assim com Getúlio Vargas, com Juscelino Kubitschek, com João Goulart e, agora, com Lula. E Luiz Inácio Lula da Silva é parte desse ambiente exatamente porque os anos de seu governo foram marcados por um processo vitorioso de inclusão social e de melhoria da qualidade de vida de milhões de brasileiros, os quais foram retirados do mapa da fome e passaram a ter dignidade e a exercer a cidadania, numa clara tentativa de fazer com que os direitos previstos na Constituição da República de 1988 fossem uma realidade. Entretanto, tudo isso parece ter gerado um grande descontentamento nas elites do Brasil, bem como na classe média que se sentia ameaçada pela ascensão social de milhões de pessoas nos Governos Lula e Dilma Rousseff.

Assim, a partir de mudanças na estrutura social do país, aflorou-se o ódio de classe e as marcas da escravidão que estão conservadas no imaginário coletivo brasileiro. Nessa mesma direção, sobreveio, nos mais diversos meios de comunicação, uma campanha difamatória sangrenta e cruel contra Lula e o Partido dos Trabalhadores (PT),

* Realiza pós-doutorado em Filosofia pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutor e Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Professor de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direitos Humanos. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC). Advogado.

¹⁰⁵ SOUZA, Jessé. A radiografia do golpe: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro: LeYa, 2016, p. 42-43.

responsáveis diretos pelo maior processo de inclusão, desenvolvimento e distribuição de renda para todos na história do Brasil. Com isso, passou-se à criminalização do PT, dos movimentos sociais e do próprio Lula, numa perseguição midiática, policial e judicial que parece não ter fim.

O ataque cerrado da mídia manipuladora ao PT e o ataque concatenado a Lula não foram, portanto, ataques a pessoas ou a partidos específicos. Foram ataques a uma política bem-sucedida de inclusão das classes populares que Lula e o PT representam. Inclusão social essa que, malgrado todas as falhas que se possa apontar, teve significado histórico que não será esquecido.¹⁰⁶

Dentro da lógica do *déjà vu* social brasileiro vê-se que o caso Lula não difere em nada de outra situação já vivenciada em terras brasileiras, a história em torno do apartamento onde residia o ex-presidente Juscelino Kubitschek, na Avenida Vieira Souto nº 206, no Rio de Janeiro. Dizia-se, na época, que o mencionado imóvel era uma propriedade oculta de Juscelino e fruto de corrupção. Da mesma forma que Lula, JK teve a sua vida revirada, tendo sofrido, nesta situação, grandes injustiças a partir de falsas notícias veiculadas pela mídia. Vários jornais da época (muitos deles os mesmos de hoje) tratavam Juscelino como um criminoso e buscaram a todo custo e com muitas inverdades destruir a sua imagem e a de seu governo. Uma clara tentativa de bani-lo definitivamente da vida pública e de por fim a qualquer tentativa de uma eventual candidatura à Presidência da República.

Com Luiz Inácio Lula da Silva é a mesma coisa. O passado está de volta e a velha história do apartamento de Juscelino retornou. Só que agora num apartamento para Lula, o famoso triplex do Guarujá. Vive-se o passado no presente e em um contexto muito semelhante. Em 1964 era o Golpe Militar, agora o Golpe Jurídico-Parlamentar-Midiático-Empresarial de 2016.

O grande objetivo que esteve e está por trás dos dois mencionados Golpes é a perpetuação das elites no poder. No Golpe de 1964, os militares foram utilizados como um meio para a manutenção e o controle do Brasil e de suas riquezas nas mãos de poucos. Em 2016, não sendo o modelo militar mais condizente, tem-se o uso do direito e do Judiciário. Dessa forma, o Poder Judiciário passou a ter um lugar de destaque na legitimação dos atos da nova ordem brasileira. Com isso, houve a substituição de uma força por outra e agora o Judiciário ocupou o lugar que no passado era dos militares. Tudo isso numa clara tentativa de se legitimar a mudança, de dar a ela e a todas as suas ações um ar de legalidade, de observância das regras de um Estado de Direito. Todavia, em ambas as situações, o Brasil mergulhou num regime de exceção, em violação aos direitos humanos e na construção de um país cada vez mais desigual.

Dentro desse quadro de um Estado de exceção, mas transvestido com uma certa aparência de legalidade, instaurou-se uma caçada impiedosa a Lula, a qual vem ocorrendo com o uso deturpado de todos os instrumentos jurídicos existentes em lei, bem como em ilegalidades praticadas pelo próprio Estado e seus agentes, tais como quebras de sigilo, até mesmo de advogados, condução coercitiva, divulgação de áudios de interceptação telefônica, exposição pública, invasão da vida privada e tantas outras

¹⁰⁶ SOUZA, Jessé. A radiografia do golpe: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro: LeYa, 2016, p. 85.

medidas absurdas. Tem-se uma perseguição política com o uso indevido do aparato estatal e do direito, de modo a consolidar a guerra jurídica instalada contra Lula, numa clara tentativa de destruição de sua imagem, do legado de seu governo no Brasil e de suas ações no mundo.

A lei tornou-se uma arma que é utilizada para aniquilar o adversário. E o Judiciário passou a atuar de forma seletiva e espetacularizada, sendo incapaz de promover um processo justo que observe os direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição e nos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil é parte. Consequentemente, a sentença condenatória proferida contra Lula na Justiça Federal, em 12 de julho de 2017, é parte de toda essa atmosfera de *Lawfare* e do Estado de exceção vivenciado no Brasil.

A sentença que condenou Lula é mais um capítulo do Golpe de 2016, pois ela é parte de uma tentativa de gerar um impedimento legal à sua candidatura à Presidência da República nas eleições de 2018, bem como de ser um instrumento do espetáculo, da perseguição pública e midiática. Um texto que mais parece um manifesto de ódio da direita brasileira contra Lula. Na verdade, está-se diante de uma sentença com viés eminentemente político, pois não há provas mínimas de que Luiz Inácio Lula da Silva seja o proprietário do apartamento triplex. Não há e nunca houve registro de que Lula seja ou tenha sido proprietário do referido imóvel. Do mesmo que a acusação também não apresentou qualquer documento que demonstre tal situação. Aliás, este é um fato que já se encontra resolvido, pois já se sabe realmente quem é o legítimo proprietário do famoso imóvel que se encontra no litoral de São Paulo.

Assim, a sentença do juiz de 1ª instância da 13ª Vara Criminal da Justiça Federal em Curitiba é uma declaração política de perseguição, sendo o resultado de um processo penal arbitrário e próprio dos regimes de exceção. Trata-se de uma decisão que é desprovida da observância dos direitos e garantias fundamentais constantes na Constituição e dos princípios norteadores do direito penal pátrio, estando contaminada por ilegalidades, dentre elas a parcialidade do julgador e a perseguição existente desde a denúncia oferecida, em apresentação de Power Point, pelo Ministério Público Federal.

Não se teve um processo penal justo, pois inúmeras provas, às quais inocentavam Lula de todas as acusações, foram juntadas aos autos e nenhuma delas foi levada em consideração pelo magistrado de 1ª instância. Nem mesmo as declarações das testemunhas de defesa foram devidamente apreciadas e valoradas. O que tivemos foi uma condenação fundamentada não em provas, mas em convicções e em razões de ordem política, inclusive com o uso de reportagens veiculadas no Jornal O Globo de 10 de março de 2010. Não é concebível que uma sentença judicial dê um grande destaque para uma matéria jornalística e diga que a mesma é muito relevante como prova do caso *sub judice*.

Não se pode condenar sem provas, levando-se em consideração apenas a convicção do julgador, uma mera suspeita, uma reportagem ou ainda uma falsa “delação premiada” de alguém que nega uma afirmação num determinado momento e em outro, após um longo período encarcerado, nega a negativa anterior, ou melhor diz tudo ao contrário apenas para agradar o juiz e o órgão de acusação, buscando com isso obter os benefícios de uma “certa colaboração com a Justiça.” Isso é nada mais nada menos do que tortura psicológica, um meio escuso de obtenção de uma informação que por sinal é falsa. E,

por incrível que pareça, a chamada “delação” do representante da OAS é desprovida de provas que sustentem qualquer coisa contra Lula. É apenas uma mera alegação sem qualquer possibilidade de constatação. No entanto, a mesma foi utilizada para condenar Lula.

Mais uma vez em sua história, o Brasil é colocado numa situação de luta direta pela democracia, luta esta que tem sido uma realidade para o ex-presidente. E a sentença de julho é uma prova concreta da perseguição, de uma aversão do juiz de 1ª instância a Lula e a tudo o que ele representa no Brasil e no mundo, estando em desacordo com o que dispõe os arts. 93, inciso IX (necessária fundamentação das decisões judiciais) e 95, parágrafo único, inciso III (vedação aos juízes de exercerem atividade político-partidária).

Enfim, o Estado Democrático de Direito no Brasil parece estar liquidado, pois a cada dia a sociedade assiste uma forte caminhada para o autoritarismo, para uma volta ao passado e para a desconstrução de um país que promove inclusão e é capaz de aceitar a todos. O caso Lula é similar ao caso JK, do mesmo modo que o Judiciário hoje substitui os militares no passado. No fim das contas, saem derrotadas a democracia e as liberdades.

Mas, mesmo diante de todas as dificuldades, mesmo com a enorme pressão das oligarquias, das elites de mentalidade escravocrata, dos plutocratas, de uma mídia golpista, a mesma que é responsável por todas as derrocadas da democracia brasileira, espera-se que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região possa por fim às arbitrariedades e mudar este capítulo do Golpe de 2016. Que a luta pela democracia e pela observância do devido processo legal esteja no cerne de uma nova decisão a ser proferida, pois o Judiciário ainda pode mudar a história e possibilitar que milhões brasileiros voltem a sonhar com um país que respeite a Constituição e as leis. Que o povo brasileiro possa realmente ser soberano e que em 2018 as eleições aconteçam dentro da normalidade, da liberdade e sem empecilhos, pois “[...] sob o signo de uma política completamente secularizada, o Estado de direito não pode existir nem se manter sem democracia radical.”¹⁰⁷

¹⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2008, p. 61.

DO “DOMÍNIO DO FATO” A “PROPRIEDADE DE FATO”

Egas Moniz-Bandeira*

Estas são as considerações do advogado brasileiro sobre alguns pontos polêmicos da sentença do juiz Moro: “Quanto à delação premiada, a sentença declara: ‘Quem, em geral, vem criticando a colaboração premiada é, aparentemente, favorável à regra do silêncio, a omertà das organizações criminosas, isso sim reprovável.’ (p. 47). Ora, de *lege facta*, a colaboração premiada foi permitida pela lei 12850, de 02 de agosto de 2013. Mas a frase do juiz Moro não cabe na sentença e chega a ser ofensiva contra muitos juristas de sólida reputação que criticam a colaboração premiada. Os sistemas jurídicos continentais, em geral, preveem a possibilidade de levar em consideração, em sentença penal, a conduta do réu após cometer o crime. Mas o que é alheio aos sistemas de Direito continental é o poder de se negociar a pena de antemão, inclusive por colaboração premiada. Sob influência do Direito anglo-americano, negociações sobre a pena têm sido introduzidas às leis de vários países, mas em todos eles a mudança legal é controversa e alvo de muitas críticas. Na Alemanha, a regra existia entre 1989 e 1999. Após troca de governo, foi reintroduzida em 2009. Na Suíça, uma norma muito limitada foi introduzida no Código Penal em 1994: de acordo com o art. 260B, o juiz pode mitigar (mas não completamente perdoar) a pena pelo crime de “participação em organizações criminosas” (não por outros) se o autor do crime “buscar evitar que a organização continue a atuar”. Há dois meses, o governo suíço decidiu expandir a regra para organizações terroristas. No Japão, negociações sobre a pena foram introduzidas à lei em 2016 e serão permitidas a partir de 2018. Em todos os países, as colaborações premiadas, especialmente quando permitem a absolvição de quem cometeu a pena, sofrem severas críticas por várias razões. Entre elas, podem facilitar falsas acusações e ferem o princípio de igualdade e/ou a pena pode se tornar incalculável e não representar mais a culpa individual.”

Sobre o domínio de fato: “Quanto à teoria do domínio de fato, é interessante que a sentença nem mencione Claus Roxin. Na realidade, ela não é aplicável no caso. A teoria foi desenvolvida por Roxin e Friedrich-Christian Schroeder para os casos do holocausto. Em 1963, Roxin proferiu uma palestra, ‘Crimes no âmbito de aparatos de poder’ na qual concordou com Schroeder em seu livro de 1965, ‘O autor atrás do autor do crime’. Os dirigentes nazistas haviam planejado os crimes do holocausto, mas não os haviam executado pessoalmente. De acordo com a teoria de Roxin e Schroeder, não eram meros participantes, mas autores. O debate sobre esse tipo de caso tem sido extremamente intenso e produziu uma vasta literatura acadêmica. De qualquer modo, a teoria de Roxin não é aplicável aos casos em pauta, e foi aplicada erroneamente nos casos do Mensalão,

* As considerações fornecidas com exclusividade para Carta Maior sobre a sentença condenatória do juiz Sergio Moro, de Curitiba, no caso do ex-presidente Luis Inácio da Silva, são de autoria do advogado brasileiro Egas Moniz-Bandeira, 31, há seis anos integrante da equipe de um dos mais conceituados escritórios de Zurique, na Suíça, o Baumgarten Machler, apontado como uma das bancas de maior prestígio em Direito penal e Direito penal econômico. Egas se encontra licenciado temporariamente da firma, para se dedicar ao seu doutorado sobre História Chinesa, na Universidade de Heidelberg e na Universidade de Tohoku (Japão). Em Baumgarten Machler, Moniz-Bandeira faz parte do grupo de advogados da área de Direito civil e comercial embora o escritório seja mais conhecido pela sua atuação em Direito penal, nos casos de corrupção e lavagem de dinheiro.

como o próprio Roxin constatou quando da sua visita ao Brasil. A teoria do "domínio de fato" não afeta a necessidade de provas. Quem está no topo de uma organização não se torna automaticamente criminoso porque algum subordinado tenha cometido um crime. Pelo contrário; é necessário provar o domínio sobre o crime em questão e como os crimes foram organizados e "orquestrados" pelo "autor atrás do autor".

Sobre grampos em telefone de escritório da defesa do réu: "O juiz mandou grampear o telefone da banca de advogados de Lula como se fosse o telefone da empresa de palestras usada pelo ex-presidente. Depois, ignorou vários ofícios da operadora de telefonia avisando que o número não pertencia à empresa de palestras e sim ao escritório dos seus advogados, fato pelo qual teve que se explicar ao STF. Mesmo se aceitarmos a afirmação do juiz de que ele não agiu de má fé, o fato de ter ignorado os documentos (não só um) no seu caso principal, levanta dúvidas sobre os métodos de trabalho e o profissionalismo dele e da sua equipe."

A autodefesa de um suposto partidário político do juiz: "Moro incluiu esse ponto na sentença; é claro que não acusaria a si próprio de ser partidário. Mas pouco importa essa auto-avaliação; o que importa é o seu comportamento de fato. Eu assisti a uma palestra de Moro na Universidade de Heidelberg onde foi questionado sobre a sua foto com Aécio Neves. Ele se defendeu ao dizer que se tratava de um evento público e que o senador não é réu em nenhum dos seus processos. Ora, mesmo que Aécio Neves não seja seu réu, as fotos mostram um forte viés partidário da parte do juiz. Se realmente não fosse partidário, ele evitaria tais contatos políticos. E esse é só um exemplo relativamente inocente. Mais grave é o seu comportamento jurídico, inclusive em relação às delações premiadas."

Sobre reação do juiz às alegações da defesa de Lula: "Para não ferir o princípio de ampla defesa, o juiz reagiu às alegações feitas pela defesa. Mas outra questão é: se as defesas do autor são convincentes."

Sobre a repercussão do caso na Europa: "Não percebi muita repercussão entre colegas europeus. Os jornais noticiaram o caso, muitos sendo bastante críticos. O jornal Spiegel, por exemplo, escreve: 'Em seu julgamento, Moro confirma aquilo pelo que há muito tempo é criticado: o desdobramento jurídico do maior escândalo de corrupção da história do Brasil segue critérios políticos e não jurídicos.' Os jornais, de modo geral, têm escrito mais sobre a Venezuela do que sobre o Brasil."

Sobre o processo *em outras cortes*: "É possível que a defesa de Lula leve o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em Washington, que pode examiná-lo. Ao contrário do sistema europeu de proteção dos Direitos Humanos, pessoas naturais não podem levar o caso diretamente à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em San José. Isso só ocorrerá se a Comissão submeter o caso à Corte. Alternativamente, a defesa de Lula também pode levá-lo ao Comitê de Direitos Humanos, em Genebra, como já fez no ano passado."

Sobre a comparação com Eduardo Cunha. "Moro diz o seguinte: 'Ele [Cunha] também afirmava como álibi que não era o titular das contas no exterior que haviam recebido depósitos de vantagem indevida, mas somente 'usufrutuário em vida'.

Obviamente, ser 'usufrutuário em vida' já é uma grande (!) vantagem. Lula, por contrário, não só nega a titularidade, mas qualquer tipo de vantagem, até mesmo a

posse. Além disso, são duas situações juridicamente diferentes. No caso do Lula, trata-se de um imóvel; no caso de Cunha, contas bancárias. As regras para aquisição de imóveis diferem das regras para aquisição de contas bancárias. A comparação realmente não procede. No caso de imóveis, a propriedade é registrada em registro público. Não há registro com o nome de Lula. Seria, em tese, mesmo possível que o proprietário, para disfarçar-se e não aparecer no registro, registrasse o imóvel no nome de uma empresa por ele controlada. No caso do Lula, não há indício para tal. A mera posse (domínio de fato) também seria uma vantagem relevante, mas não vejo provas suficientes que comprovem a posse. No caso de contas bancárias, como a de Cunha, não há registro público sobre a propriedade. Há sim, formulários do banco onde aparecem as assinaturas do próprio Cunha. A interpretação de tais formulários depende das circunstâncias e pode ser difícil (bem mais do que a interpretação do registro público de imóveis), mas no caso dele, as provas que temos deixam bem claro que ele era o beneficiário efetivo da conta. Logo, se compararmos os dois casos, temos que chegar à conclusão de que há provas no caso de Cunha e não há no caso de Lula.

Sobre “a propriedade de fato”: “Este ponto é muito importante: a ‘propriedade de fato’. Tal categoria jurídica não existe no Brasil - ou alguém é proprietário ou não é. A propriedade é uma categoria jurídica e não de fato. É o direito do dono de fazer o que bem achar com a coisa (art. 1228 do Código Civil). Em geral, a aquisição da propriedade se dá por registro de título (existem algumas outras formas, como a usucapião, que não são aplicáveis aqui). Aqui, não houve registro de título. A categoria factual correspondente é a posse, norma no art. 1196 do Código Civil. De acordo com a norma, o possuidor ‘tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.’ Quer dizer, o possuidor é aquele que tem as chaves do apartamento e o usa de fato. O proprietário pode ser o possuidor, ou pode ser outra pessoa (no caso de aluguel, por exemplo). Não vejo provas suficientes de que o Lula tenha possuído o apartamento em algum momento.”

Sobre a cronologia do caso: “O caso se deu, realmente, após o fim do mandato de Lula. Crime de corrupção pressupõe uma vantagem de cada lado. Como a Lava Jato não encontrou indícios de uma contrapartida da parte de Lula, o juiz argumenta que ‘é suficiente que o agente público entenda que dele ou dela era esperado que exercitasse alguma influência em favor do pagador assim que as oportunidades surgissem’. Fala claramente de uma contrapartida a ser dada no futuro. Acontece que, segundo a denúncia, Lula recebeu a obra em 2009, três meses antes do fim do seu mandato. A obra só foi concluída em 2013, vários anos depois de Lula deixar a presidência. Em 2013, Lula não era mais agente público e não tinha mais poder de decisão direto. Como é que a construtora esperava que Lula, no futuro, exercitasse alguma influência em seu benefício? O juiz omite completamente uma discussão desse assunto.”

Sobre parcialidade na avaliação da prova testemunhal: “Um item importante que se vê nos embargos é a parcialidade do juiz no ponto da avaliação da prova testemunhal. Segundo o princípio da ampla defesa, o juiz teria que ter discutido todos os testemunhos colhidos, mas escolheu ignorar aqueles que se alinhavam à posição da defesa, somente considerando outros, aqueles que convêm à sua posição. Cabe ressaltar que a sentença baseia-se, principalmente, no depoimento de Léo Pinheiro, que é corréu. O corréu não é testemunha e portanto não tem obrigação de falar a verdade.

Sobre o sequestro de bens de Lula: “ Foi um sequestro cautelar. Medidas cautelares têm como requisito que haja um ‘perigo na demora’, ou seja, o perigo de que algum dano aconteça caso a medida não seja tomada imediatamente. O juiz parece ter ignorado esse requisito fundamental uma vez que não justificou a possível dilapidação do patrimônio. O juiz simplesmente ‘reputou prudente sentenciar o caso antes’. O juiz gosta de falar de ‘prudência’ em vez de se basear nos requisitos legais.”

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A CONDENAÇÃO, EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, DO EX-PRESIDENTE LULA, OU SOBRE A LUTA PARA QUE A JUSTIÇA PREVALEÇA ANTE AO ARBÍTRIO

Ellen Rodrigues*
Eduardo Khoury**

Diante do cenário brasileiro atual, remontar ao arcabouço principiológico limitador do poder punitivo que - sob a égide da legalidade, da presunção de inocência, da individualização e determinação das penas e de outros princípios que compõem o chamado núcleo duro do Direito Penal e do Processo Penal nos Estados democráticos de Direito – estabelece limites para a produção da verdade, para a atribuição de culpa e imposição de condenações e, conseqüentemente, para a aplicação das penas, parece ser, para muitos, um impropério, uma espécie de subversão ou mesmo um elogio à impunidade. Em meio a manipulações políticas e ideológicas - que contam com o auxílio luxuoso da mídia¹⁰⁸ e de políticos e personalidades importantes, sobretudo no campo jurídico, a sociedade brasileira, assolada por uma série de adversidades, vivencia uma espécie de “adesão subjetiva à barbárie”¹⁰⁹, que, somada à descrença na política, na justiça e nas instituições, contribui para que muitos segmentos da população corroborem arbitrariedades e abusos de poder que representam verdadeiros ataques à nossa democracia. Nessa ambiência, boa parte da população brasileira comemorou a condenação¹¹⁰, em primeira instância, do ex-presidente, Luiz Inácio Lula da Silva, pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, em concurso material, no âmbito da denominada *Operação Lava Jato*.

Discorrer, pormenorizadamente, sobre os diferentes aspectos da sentença, que conta com 218 páginas, fugiria aos limites deste ensaio. Não obstante, é imperioso destacar as críticas que vêm sendo feitas à mesma, desde a sua publicação, por parte de diversos juristas brasileiros¹¹¹, sobretudo quanto ao aspecto probatório. Feitas essas observações, passa-se à análise da questão central, qual seja, “*ter ou não o ex-presidente Lula praticado os crimes, que, de forma imprecisa, lhes são imputados na complexa*

* Doutora em Direito Penal pela UERJ, com estágio doutoral na Universität Greifswald (Alemanha); Mestre em Ciências Sociais pela UFJF; Professora Adjunta de Direito Penal e Criminologia da Faculdade de Direito da UFJF; Coordenadora do NEPCrim (Núcleo de Extensão e Pesquisa em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da UFJF). E-mail: ellen.rodriguesjf@gmail.com

** Acadêmico da Faculdade de Direito da UFJF; estagiário do NEPCrim (Núcleo de Extensão e Pesquisa em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da UFJF). E-mail: eduardo.khoury@direito.ufjf.br

¹⁰⁸ BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. In: *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, ano 7, n.12, p. 271-288, 2º semestre de 2002; COIMBRA, Cecília. & SCHEINVAR, Estela. Subjetividades punitivo-penais. In: BATISTA, Vera Malaguti. (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, v. 1, p. 59-68; BOURDIEU, Pierre. *Sobre a Televisão*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

¹⁰⁹ BATISTA, Vera Malaguti. Adesão subjetiva à barbárie. In: BATISTA, Vera Malaguti. (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, v. 1, p. 313-318.

¹¹⁰ Disponível em: <https://abrilveja.files.wordpress.com/2017/07/sentenc3a7a-lula.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2017.

¹¹¹ Mais informações em: <http://www.ocafezinho.com/2017/07/17/coletivo-nacional-de-juristas-progressistas-denuncia-duramente-sentenca-sem-provas-de-sergio-moro/>. Acesso em: 18 jul. 2017.

*denúncia*¹¹² apresentada pelo Ministério Público Federal. Segundo a acusação, Lula estaria incurso na conduta típica de corrupção passiva porque, enquanto presidente da República e, portanto, funcionário público, teria feito acordos com representantes da construtora OAS que asseguram a esta a assinatura de três contratos junto à Petrobras, nos quais a primeira foi beneficiada indevidamente. Para a efetivação desses contratos, a OAS teria pago um montante de R\$ 2,25 milhões, definido como “propina”, que, “*teria sido dividida entre os agentes da Petrobras e agentes políticos ou partidos políticos que os sustentavam. Parte dela veio a integrar a conta corrente geral de propinas mantida entre o Grupo OAS e o Partido dos Trabalhadores, da qual foi abatido o preço do apartamento 164-A, triplex, e o custo das reformas, corporificando vantagem indevida paga ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva*”. Finalmente, alega o MPF que, ao não realizar qualquer negócio jurídico hábil a transferir o referido “tríplex” para o seu patrimônio, Lula teria incorrido, também, na conduta típica do crime de lavagem de dinheiro.

De acordo com o magistrado, restou provado que o ex-presidente Lula praticou as condutas de corrupção passiva, prevista no art. 317 do Código Penal pátrio, e lavagem de dinheiro, prevista no art. 1º da Lei 9613/1998, em concurso material. O juiz afirma, ainda, que a peça “*foi instruída com prova documental e com os depoimentos extrajudiciais de colaboradores e testemunhas*”. Todavia, em que pese esses argumentos, na análise da sentença depreende-se que estão ausentes provas capazes de satisfazer os requisitos de tipicidade dos crimes em comento. Mesmo se valendo do uso exacerbado de colaborações premiadas e, até mesmo, de peças jornalísticas, cuja utilização como prova é amplamente desautorizada, o magistrado não logrou êxito em demonstrar, inequivocamente, que Lula, visando, dolosamente, a obtenção de “vantagem indevida”, teria participado, descumprindo seu dever funcional, como autor, co-autor ou partícipe dos ditos acordos entre os representantes da OAS e os diretores da Petrobrás. No Brasil, para que se possa falar em crime de corrupção passiva, cujo bem jurídico tutelado é a Administração Pública, é essencial que se comprove que o funcionário público, visando “vantagem indevida”, praticou, dolosamente, atos em desacordo com seu dever funcional. Conforme Jardim¹¹³, “*o fato de o ex-presidente da República ter recomendado a nomeação de algum diretor ou gerente da Petrobrás não o torna partícipe dos crimes que estes, porventura, vierem a praticar em detrimento da empresa*”.

Como assevera Bitencourt¹¹⁴, no crime de corrupção passiva, a “vantagem indevida” é elemento normativo especial do tipo de injusto, “*sendo considerada “indevida” justamente pelo fato de ser ilícita, ilegal, injusta ou contra lege, isto é, não amparada pelo ordenamento jurídico*”. Nesse sentido, ainda que tivesse havido, por parte de Lula, o recebimento de qualquer quantia advinda da OAS – o que se admite a título argumentativo – tal fato, por si só, desacompanhado da prova da existência de atos

¹¹² JARDIM, Afrânio Silva. Breve análise da sentença que condenou o ex-presidente Lula e outros. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/breve-analise-da-sentenca-que-condenou-o-ex-presidente-lula-e-outros-por-afranio-silva-jardim/>. Acesso em: 18 jul. 2017.

¹¹³ JARDIM. *Op. Cit.*

¹¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. 6 ed. rev. e. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 114-115.

determinados, praticados mediante o descumprimento do dever funcional, por parte do ex-presidente, não seria suficiente para caracterizar a natureza indevida da vantagem, o que conduziria ao reconhecimento da atipicidade da conduta de corrupção passiva.

Novamente apenas a título argumentativo, ainda que vencida a questão acima, não fica claro se o ex-presidente teria, supostamente, “solicitado” ou “aceito de promessa” de tal vantagem e, mais ainda, não há provas concretas de que essa eventual “vantagem” teria sido “recebida” por ele na forma do denominado “tríplex”. Se esta última hipótese é a tese sustentada pelo magistrado, que, conforme demonstrado no item 884 da sentença, afirma, categoricamente, que Lula responde por corrupção passiva “*pelo recebimento de vantagem indevida decorrente em parte dos contratos*” em questão, tal “recebimento” teria que restar demonstrado, sob pena de inarredável atipicidade da conduta. Senão, vejamos. O crime de corrupção passiva é um tipo misto ou de conteúdo variado, isso significa que praticando um dos verbos nucleares do tipo ou todos eles, responderá o agente por um único crime. Nas modalidades “solicitar” e “aceitar promessa”, as condutas representam crimes formais ou de consumação antecipada, ou seja, ainda que descrevam um resultado, o legislador se satisfaz com a conduta, sendo o resultado tido como exaurimento. Já na modalidade “receber”, o crime é material¹¹⁵, sendo imprescindível a demonstração do recebimento da vantagem por parte do agente, o que, se não ocorre, conduz ao reconhecimento da atipicidade da conduta.

Apresentadas tais considerações acerca do delito de corrupção passiva, cumpre agora destacar alguns aspectos relevantes do crime de lavagem de dinheiro, que também foi imputado a Lula, em concurso material com aquele. Novamente aqui, a questão do “recebimento” da “vantagem indevida” se faz relevante. Pois, em não havendo o “recebimento” de tal “vantagem” - satisfazendo-se o julgador, como afirmado no item 307 da sentença, com a mera “solicitação” ou “aceitação da promessa” da quantia representativa dessa “vantagem” -, como poderia haver “ocultação” ou “dissimulação” dos bens, direitos ou valores provenientes dessa “vantagem”? Como “ocultar” ou “dissimular” de algo que não foi “recebido”, mas somente “solicitado” ou “aceito” como promessa?

De acordo com os itens 893, 894 e 895 da sentença, a conduta de lavagem de dinheiro ora atribuída a Lula está totalmente vinculada à suposta corrupção passiva anterior. Logo, o reconhecimento da atipicidade da primeira implicará, necessariamente, a impossibilidade de condenação pela prática do crime de lavagem. De acordo com o art. 2º, II da Lei 9613/1998, o processo e julgamento do crime de lavagem independe do processo e julgamento da infração penal antecedente. Da inteligência desse dispositivo, depreende-se que os processos do crime de lavagem de dinheiro e do crime antecedente são independentes. Porém, de acordo com o princípio da acessoriedade limitada¹¹⁶, como o crime de lavagem é acessório ao crime antecedente, ainda que os processos sejam independentes, o crime anterior representa uma elementar do crime de lavagem. Assim, para que se afirme a configuração do crime de lavagem de capitais,

¹¹⁵ BITENCOURT. Op. Cit. p. 122-125; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de & CARVALHO, Gisele Mendes de. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1348-1351.

¹¹⁶ CALLEGARI, André Luís. Problemas pontuais da Lei de Lavagem de Dinheiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 31, v.8, p.183-200, São Paulo, jul.-set.2000.

nos termos da legislação brasileira, é necessário que a infração penal antecedente seja, ao menos, típica e ilícita.

Assumindo a hipótese, novamente apenas a título de argumentação, de superação dessa questão, convém destacar outro ponto importante acerca do crime de lavagem de dinheiro. No âmbito doutrinário, muito se discute sobre como deve ser aferida a responsabilidade penal do agente em casos de autolavagem (*selflaundering*), que ocorrem quando o autor da lavagem é o mesmo da infração penal antecedente. Em muitos países, especialmente na Europa continental, prevalece o entendimento de que o autor do crime antecedente não deve responder pelo crime de lavagem, atendendo, assim, à reserva contida no art. 6º, item 2, “e”, da Convenção de Palermo¹¹⁷. Em países como Itália, Alemanha, Portugal, Espanha, França, entre outros, se a lavagem é praticada pelo mesmo autor do crime anterior, responderá o agente apenas por este último, sendo a lavagem considerada *post factum* impunível ou exaurimento da primeira infração, nos termos do princípio da consunção. Dessa forma, um mesmo autor não será punido pelos dois crimes. Nesses países, o crime de lavagem recebe tratamento análogo aos delitos de receptação e favorecimento real, nos quais não se admite que o autor da infração antecedente seja também o autor do crime acessório, o que implicaria *bis in idem*. No Brasil, de acordo com estudiosos do tema¹¹⁸, tal entendimento, embora não esteja positivado, está em consonância com a nossa tradição jurídica, com destaque para os argumentos de Fragoso¹¹⁹, para quem “*eventual omissão legislativa a respeito, antes de significar a plena possibilidade de dupla responsabilização, acena para uma posição tradicionalmente adotada na história da legislação penal brasileira, em que a observância do princípio do ne bis in idem é deixado ao prudente critério do juiz*”.

Contra o reconhecimento do princípio da consunção nos casos de autolavagem, há quem argumente sua aplicação não seria possível quando as condutas afetarem bens jurídicos diferentes. Não obstante, a regra da consunção não exige que a relação consuntiva se dê apenas entre condutas que afetem o mesmo bem jurídico¹²⁰, o que encontra guarida, até mesmo, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, em sua Súmula 17, afirma que admite a aplicação do princípio entre os crimes de falso e estelionato que afetam bens jurídicos diferentes, respectivamente, a fé pública e o patrimônio. Em verdade, o aspecto fundamental da aplicação do princípio da consunção é o fato de que ele “*está vinculado, como reiteradamente proclamado, à interdição do bis in idem*”¹²¹. O limite imposto pelo princípio da consunção à dupla incriminação é de ordem valorativa, na medida em que um tipo absorve o desvalor do outro. Assim, embora muitas vezes se queira reduzir sua função a uma relação de meio e fim, “*a*

¹¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 295.

¹¹⁸ DELMANTO, Roberto. Lei Penais Especiais Comentadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; DE CARLI, Carla Veríssimo. Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Ed. Verbo Jurídico, 2011; CASTELLAR, João Carlos. Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico. Rio de Janeiro: Revan, 2004; CALLAGARI, *op. Cit.*

¹¹⁹ FRAGOSO, Fernando. Considerações sobre o crime de lavagem de dinheiro. Parecer (Ação Penal 470). Disponível em: http://www.fragoso.com.br/ptbr/arq_pdf/artigos/CONSIDERACOES__SOBRE_O_CRIME_DE_LAVAGEM_DE_DINHEIRO-PARECER.pdf. Acesso em: 18 jul. 2017

¹²⁰ BITENCOURT. *Op. Cit.* p. 250.

¹²¹ BATISTA, Nilo. Crítica do mensalão. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 78.

*consumção se amplia para abranger também, com critérios valorativos, pluralidade de fatos*¹²². Dessa forma, os fatos posteriores que significam um aproveitamento e, por isso, ocorrem regularmente depois de fato anterior, são por este consumidos, critério que é amplamente utilizado pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Diante das questões levantadas e do progressivo desprestígio em relação à política e à justiça brasileiras, o que, infelizmente, contribui para o embotamento do pensamento crítico, é importante que, como uma contra mola que resiste, os princípios reitores do Direito Penal e do Processo Penal nos Estados democráticos de Direito sejam corajosamente defendidos. A defesa intransigente desses princípios e das garantias fundamentais de um cidadão significa a defesa de todos, pois quando é aberta uma janela para o avanço do arbítrio não é possível prever o que virá a reboque.

¹²² FRAGOSO, Heleno Claudio. Lições de direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 453-455.

QUID IAM AGUNT PUERI? POR QUE AGIRAM ASSIM, MENINOS?

Eugênio José Guilherme de Aragão*

É de obscura proveniência medieval o provérbio "*sunt pueri pueri – pueri puerilia tractant*". A aparente tautologia poderia ser traduzida por "sois meninos, seus meninos! e meninos fazem meninices!".

Outra frase, esta de Virgílio, que, neste dramático momento nacional me vem à mente é "*quid legitis flores et humi nascentia fraga, frigidus, O puer fugite hinc, latet anguis in herba*" (Éclogas III 93), com o sentido de - fujam, meninos pastores que colhem flores e morangos ao solo, (pois) a serpente se esconde debaixo da relva.

Ao tempo em que Moro se festeja com falsa modéstia em sua mais que previsível sentença condenatória contra Lula, propaga-se que os norte-americanos realizam manobras militares na Amazônia com os exércitos do Brasil, da Colômbia e do Peru, a tríplice aliança subcontinental da reação ao progresso, à altivez e à independência dos povos latino-americanos.

Moro, o embevecido juiz que gasta quase uma centena de páginas na sentença para se justificar e atacar a defesa que legitimamente apontou para sua suspeição ao longo de todo o processo, se comporta como o menino com suas meninices. E a serpente que o colocou lá onde está nos vigia para dar o bote final. No rastro dessa toada, já destruiu estratégicos ativos nacionais, como a indústria da construção civil e o setor pecuário. Tudo em nome de um fetichista combate seletivo à corrupção que virou fixação coletiva.

Não fosse tão trágica no momento que o Brasil do golpe vive, a sentença de Moro seria uma piada, de tão tosca. Mal instaurada a instância, ninguém tinha dúvida que o brioso magistrado pretendia construir seu currículo com a condenação do ex-presidente, ao passo que socializava abertamente com a oposição mais feroz aos governos do PT das últimas duas décadas. A foto do juiz em bem-humorada confraternização com Aécio Neves, às costas de Temer, é muito eloquente. Está ali, Moro, com toda a simpatia que contrasta com a agressividade no trato coma defesa de Lula. Um juiz no *speak easy* com um político de quinta categoria, acusado, com indícios mui robustos, de desvio de recursos públicos, de corrupção passiva, lavagem de dinheiro e organização criminosa. O interlocutor risonho não é ninguém menos do que o derrotado candidato a presidente da república, que, por não assimilar sua derrota, jogou a democracia brasileira na sua pior crise desde a reinstalação do governo civil em 1985. Mas Moro mostra com suas gargalhadas que aprova integralmente o golpe dado pelas instituições deformadas do país. É visível sua ternura para com aquele que foi o estopim da derrocada dos governos populares de que Lula foi seu maior protagonista.

À sentença. Li e reli relatório e qual não foi minha surpresa ao não detectar em nenhum de seus parágrafos enumerados com meticulosidade burocrática qualquer referência às testemunhas da defesa. Já a indicação dos testemunhos de acusação mereceu cuidadosa indexação. Vou para a fundamentação. Páginas mais páginas de autodefesa do brioso juiz de piso. Ao réu, palavras de ressentimento por ter exercido em toda extensão possível seu direito de defesa. Digo "possível" porque os defensores tiveram

* Advogado. Ex-Ministro da Justiça.

que fazer uma dantesca viagem ao inferno para garantir a ampla defesa. O juiz tentou negociar a diminuição de suas testemunhas em troca do direito processual a prazos de manifestação. Disse que ouvir as testemunhas arroladas em número menor até do que permitido pela lei era uma manobra protelatória. Na única oportunidade em que esteve frente à frente com Lula, o corajoso magistrado fez trancar toda a redondeza da sede da justiça federal com uso de desproporcional aparato policial. E, quando o réu fazia uso da palavra em sua autodefesa, Moro foi o interrompendo, mostrando impaciência e até profunda antipatia por aquele que foi o maior estadista do Brasil no período republicano, comparável só mesmo com personagens do porte de Getúlio Vargas.

Moro, o pequeno burocrata judicial, se pretendia, porém, maior. Violando a regra do procedimento acusatório, preferiu fazer perguntas ao réu gigante, antes do representante do Ministério Público, que permaneceu calado, cúmplice da farsa que ali se encenava. Aliás, o representante era um *backbencher* da Lava-Jato, já que o palestrante pio Dallagnol preferiu não dar as caras, certamente com medo de ser destruído no duelo retórico com Lula.

As perguntas de Moro versaram sobre o sabor do pomo proibido degustado por Adão e Eva no Paraíso. Interpelado pela defesa, insistia na relevância do aspecto "circunstancial" do pecado original. Via-se como o próprio arcanjo que expulsava o casalzinho desnudo do Éden, com sua espada flamejante. Foram tantas perguntas fora do lugar - obscenas no sentido próprio - que já indicavam a intenção do julgador de condenar o réu por protagonizar um enredo midiático – o sempre lembrado “conjunto da obra” – sem qualquer objetividade e base probatória. O tal triplex do Guarujá, verdadeiro motivo da contenda, era o que menos vinha ao caso.

Moro nunca escondeu sua profunda aversão a Lula. Tornou criminosamente pública gravação de conversa telefônica do réu com a Presidenta Dilma Rousseff, interceptada illicitamente. Fê-lo somente com intuito de destruir reputações e interferir no processo político que inaugurava o golpe parlamentar liderado pelo hoje condenado e encarcerado Eduardo Cunha. Este, em incipiente delação recente, parece querer informar sobre toda a trama do impedimento da chefe de estado, que contou com inegável apoio do brioso juiz.

Este é o Moro que condena Lula. O festejado Moro, que, a despeito de ter logrado exclusividade para o trato com os processos da Lava-Jato, supostamente porque lhe faltava tempo para lidar com outras causas da competência legal de sua vara, encontra ócio suficiente para rodar o mundo com digressões públicas sobre os feitos sob sua responsabilidade.

Mas, voltemos à sentença. Mesmo com esforçado enchimento de linguiça, o juiz de piso não consegue disfarçar a falta de prova para demonstrar o que interessa: ser ou não ser Lula proprietário, oculto dono ou promitente comprador do triplex. Só o coitado do Léo Pinheiro, em sua delação sem qualquer valor de evidência, foi, depois de meses no cárcere, obrigado a apontar para Lula como o beneficiário de um suposto esquema de suborno, não sem antes avisar que não tinha provas da acusação, porque o réu lhe teria feito destruí-las. Ninguém mais confirma essa tese esdrúxula. O fato é que o tal imóvel nunca pertenceu a Lula.

In der *Kürze liegt die Würze*, dizem os alemães. Na brevidade está o sabor. Em outras palavras, quem precisa de mais de duzentas páginas para explicar e julgar tão singela

acusação não pode ter razão. Tudo não passa de conversa para boi dormir, para impressionar o público leigo, que adora uma novelinha das oito. Mas nada disso impressiona juristas sérios.

Ao final, temos que Lula foi condenado PORQUE não havia provas contra ele. Mais kafkiano impossível. Supôs o juiz que o réu é um caráter deformado, capaz de ocultar a propriedade de um imóvel, sem deixar qualquer vestígio dessa propriedade. Só rindo mesmo, se esse modo de agir não fosse tão desastroso para a credibilidade das instituições do país.

Mas nos resta a esperança de acreditar que ainda existem juízes em Porto Alegre. Para recuperar a moral da prestação jurisdicional e redimir o Brasil das tramas estratégicas globais dos inimigos de sua independência, de certo saberão apontar para as gritantes teratologias da sentença e não deixarão sua razão ser ofuscada pelo ódio político que tomou conta do país. Só assim os desembargadores conseguirão dar sua imprescindível contribuição à normalização institucional e à sobrevivência da democracia entre nós. Quanto aos meninos de Curitiba, se seu objetivo for apenas tornar Lula inelegível em 2018, não passarão!!

AS FUNÇÕES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DA CULPABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO E A SENTENÇA CONDENATÓRIA CONTRA O PRESIDENTE LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Fábio da Silva Bozza*

No dia 12 de julho de 2017 foi proferida sentença condenatória contra o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, pela prática dos crimes de corrupção ativa e lavagem de dinheiro. Depois de realizar a dosimetria da pena, o juiz federal decidiu pela aplicação de uma pena privativa de liberdade de nove anos e seis meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, restando a progressão de regime condicionada à reparação do dano, nos termos do art. 33, parágrafo 4º, do Código Penal.

O objetivo do presente texto é analisar, desde um ponto de vista constitucional, a forma como foi realizada a dosimetria da pena e, principalmente, a sua (ausência de) fundamentação.

O princípio do duplo grau de jurisdição apresenta caráter materialmente constitucional, tendo em vista que o art. 8º, 2, h, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi incorporado à Constituição por força do contido no art. 5º, parágrafo 2º, da CR. De maneira bastante simples, e sem fazer referência às limitações interpretativas impostas pelo Supremo Tribunal Federal, é possível afirmar que referido princípio reconhece aos cidadãos o direito de recurso a tribunal de superior instância, para revisão de decisão judicial.

No entanto, o exercício do direito fundamental acima mencionado pressupõe o cumprimento do disposto no art. 93, inc. IX da Constituição da República. Sem fundamentação adequada das decisões judiciais fica impossível o exercício do direito de recorrer. Isso porque, embora o objeto do recurso (aquilo que se quer que seja reformado) seja a parte dispositiva da decisão judicial, para que o sentenciado possa decidir se se conforma ou não com a decisão, é necessário que conheça as razões pelas quais o julgador chegou a determinada decisão.

Dessa forma, em um Estado Democrático de Direito o exercício da jurisdição está condicionado à observância de referidos dispositivos constitucionais.

E qual a relação entre o acima afirmado e a decisão condenatória contra o presidente Luiz Inácio Lula da Silva? Toda. Tomando como referência apenas a parte da sentença que se refere à dosimetria da pena, percebe-se que restou inviabilizado à defesa o direito de recorrer, tendo em vista que a argumentação que gira em torno da dosimetria da pena, em grande parte, não faz referência a elementos empíricos, passíveis de refutação por parte do condenado. Ademais, em momento algum faz referência à função da pena privativa de liberdade utilizada como parâmetro para a quantificação da pena.

* Doutor em Direito do Estado (UFPR). Professor de Direito Penal no Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC).

Antes de fazer referência aos fundamentos utilizados na sentença, na parte que se refere à dosimetria da pena, devemos fazer breves apontamentos sobre o sistema jurídico brasileiro de aplicação da pena.

Como se sabe, com a Constituição de 1988 o centro da ordem jurídica se desloca da proteção do Estado (e da lei, como forma jurídica de seus compromissos políticos) para a proteção do ser humano. Nesse contexto, quando o art. 1º, inc. III, da CR, coloca a proteção da dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica, está dizendo que o ser humano é o destinatário das políticas estatais (inclusive a política dirigida ao combate à corrupção), e não o instrumento pelo qual o Estado realizará sua política.

Assim, como o ordenamento jurídico deve proteger as necessidades humanas por meio de suas leis, devemos entender que os direitos fundamentais (necessidades humanas tuteladas pela ordem jurídica) deverão ser tutelados por todo modelo de norma jurídica, regras e princípios.

Se isso é correto, quando pensamos a pena criminal, como instituição política e jurídica, e a finalidade a ela atribuída pelo ordenamento jurídico, é possível concluir que a pena privativa de liberdade, como o próprio nome já diz, é um instrumento político estatal que limita o exercício do direito fundamental à liberdade, assegurado no art. 5º, *caput*, da Constituição da República.

E até aqui não há qualquer problema. O Estado, por meio da política, pode e deve, em alguns casos, limitar direitos fundamentais. No entanto, em um Estado Democrático de Direito, no qual, pela sua própria finalidade, a política estatal está limitada pela ordem jurídica, os direitos fundamentais dos cidadãos apenas podem ser limitados se a limitação for dirigida à proteção de outro direito fundamental.

Por isso é que, em um Estado Democrático de Direito, a pena privativa de liberdade, como manifestação de instrumento político limitador do direito fundamental à liberdade, somente pode possuir como objetivo a proteção de outro direito fundamental, ou seja, a pena criminal somente pode ser orientada preventivamente, e nunca como retribuição ao mal causado pela prática do injusto.

É apenas nesse contexto que as reflexões sobre as funções da pena podem ser realizadas nos estados constitucionais contemporâneos. Portanto, a tradicional afirmação da teoria penal brasileira de que o ordenamento jurídico nacional acolheu a teoria mista da pena está totalmente equivocada. O disposto no art. 59 do Código Penal Brasileiro deve ser interpretado desde o ponto de vista da tutela de direitos fundamentais. Dessa forma, o texto contido no art. 59 do Código Penal, que afirma que a pena deve ser a necessária e suficiente para a *repressão* e *prevenção* do crime, deve ser submetido a uma interpretação constitucional orientada pelo vetor da tutela de direitos fundamentais.

Assim, deve-se entender que a pena criminal deve cumprir função unicamente preventiva. No entanto, como a aplicação e execução de uma pena de caráter meramente preventivo, quando superior ao nível de culpabilidade pelo fato, pode levar a uma *instrumentalização do ser humano para o atendimento dos fins políticos estatais*, o que consistiria uma *violação ao art. 1º, inc. III, da CR*, a função preventiva da pena tem que ser limitada pela ideia de *retribuição da culpabilidade pelo fato praticado*. É nesse contexto que se deve compreender a relação *culpabilidade/fins preventivos da pena*.

Com essa compreensão do chamado *princípio de culpabilidade*, a culpabilidade deixa de ser o *fundamento* da pena (pois, pelos argumentos acima desenvolvidos, a pena tem preventivo) para ser o seu limite intransponível. Não é à toa que Roxin substituiu a noção de *culpabilidade* pela de *responsabilidade*. A culpabilidade, fundamentada na dirigibilidade normativa, é apenas um requisito para a responsabilidade penal do autor do fato punível. Essa responsabilidade somente poderá ser afirmada se a pena puder cumprir sua função preventiva¹²³.

Isso quer dizer que, quando o artigo 59 do Código Penal afirma que a pena deve ser *o necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*, a expressão reprovação deve ser interpretada como limite à função preventiva da pena, e não como uma das funções da pena (retribuição), como costuma, equivocadamente, afirmar a doutrina brasileira.

Além disso, a culpabilidade não pode ser confundida com reprovação moral¹²⁴, e *tampouco pode ser medida pela função que o autor do fato punível ocupa na sociedade*, mas apenas pela análise do binômio *gravidade do fato/capacidade concreta de autodeterminação do autor do fato punível*. Essa necessária separação entre *juízo moral* e *juízo jurídico* determina que a avaliação da culpabilidade do agente tenha como referência o *desvalor de ação* e o *desvalor de resultado* da ação em face do direito fundamental (ou bem jurídico) a ser tutelado pela ordem jurídica. Em outras palavras, em um Estado Constitucional, a culpabilidade é *culpabilidade de fato*, e não *culpabilidade de autor*. Somente com esse raciocínio se faz adequadamente a devida distinção entre *juízo jurídico* e *juízo moral*.

Embora não se verifique expressamente no texto constitucional brasileiro, desde uma concepção materialmente constitucional, é possível reconhecer uma função constitucional para a pena em nosso ordenamento jurídico. Como o art. 5º, parágrafo 2º, da CR, reconhece os tratados e convenções sobre direitos humanos como parte integrante do ordenamento jurídico pátrio como norma jurídica de hierarquia de emenda constitucional, e que o art. 5º, 6, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, prevê que *“as penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”*, é possível afirmar com firmeza que o ordenamento jurídico brasileiro define como função da pena a finalidade de prevenção especial positiva. Ademais, deve-se analisar referido dispositivo em cotejo com o art. 1º, inc. III, da CR, de forma a reconhecer que o Estado apenas pode executar seu projeto ressocializador sobre o condenado se ele concordar em se submeter a referido projeto. Do contrário haverá instrumentalização do ser humano para que sejam alcançados os fins políticos do Estado, com evidente violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Do exposto, pode-se concluir que a dosimetria da pena deve passar por duas fases necessárias. A primeira deve consistir na determinação do limite máximo da pena a ser

¹²³ ROXIN, Claus. Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales. In *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madri: Editorial Reus, 1981.

¹²⁴ Nesse sentido, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*. Parte Geral. 7. ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 524

fixada, que deve ser orientada pelo nível de culpabilidade do autor pelo fato praticado.¹²⁵ Assim, a proporcionalidade entre pena e culpabilidade apenas deve funcionar como limite intransponível da pena a ser aplicada, e não como fundamento da própria pena. Na segunda fase, cabe ao julgador determinar a quantidade de pena necessária à prevenção do crime por meio da ressocialização do autor. Ainda que a norma que define a função da pena como a de ressocialização do autor do fato punível deva ser reconhecida como uma norma programática (assim como é a função de proteção de bens jurídicos), ela deve ser respeitada, e outras funções da pena, como a de retribuição e a chamada prevenção geral positiva, que apresenta função unicamente comunicativa para a pena, devem ser rechaçadas.

Também é necessário restar claro que a pena *deve* ser fixada abaixo do limite conferido pelo juízo jurídico de culpabilidade do fato praticado pelo autor do fato punível quando não for possível comprovar que aquela pena a que se chegou por este critério seja necessária e suficiente para a ressocialização do condenado¹²⁶, ou ainda, quando restar evidente que a execução da pena terá um caráter dessocializador.

Agora, em uma sentença judicial, para que seja possível constatar que a aplicação da pena foi orientada pelos vetores constitucionais acima apresentados, cabe ao julgador demonstrar, com argumentos referidos a elementos empíricos, de que forma a aplicação da pena, naquele caso concreto, atingirá o fim de proteção de direitos fundamentais por meio da ressocialização do autor do fato punível.

Tendo em vista que a limitação de direitos fundamentais somente pode ocorrer se for justificada pela proteção de outros direitos fundamentais, tal justificação deve estar submetida a elementos da realidade passíveis de verificação e, por consequência, de refutação.

A sentença proferida pelo juiz federal Sérgio Moro apresenta sérios defeitos. Primeiro, ao fixar o patamar máximo da pena, na análise da culpabilidade, utilizou como fundamento elemento estranho ao fato. Veja-se, ao reconhecer que as circunstâncias do fato devem ser valoradas negativamente, afirmou que *“o crime foi praticado em um esquema criminoso mais amplo no qual o pagamento de propinas havia se tornado rotina”* (p. 234 e ss da sentença). Aqui resta evidente que o aumento de pena se deve a fatos praticados por terceiros que integram o *“esquema criminoso mais amplo”*, e não apenas pelo tipo de injusto realizado pelo autor.

Segundo, para definir a pena definitiva deveria demonstrar as razões preventivas que determinaram a fixação da pena privativa de liberdade em 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado. Em momento algum, na sentença, o magistrado demonstrou as razões de prevenção que fizeram com que a pena fixada fosse a mesma determinada pelo limite máximo da culpabilidade do autor pelo fato por ele realizado.

¹²⁵ Nesse sentido, TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. *Cem anos de reprovação*. Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

¹²⁶ Roxin menciona que o Projeto Alternativo de Código Penal alemão afirmava que *“la ley, en consecuencia, no exigiera imponer en toda su extensión la pena correspondiente al grado de culpabilidad, cuando ello no fuera necesario ni para la protección de bienes jurídicos ni para la resocialización”*. ROXIN, Claus. La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena. In *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madri: Editorial Reus, 1981. p. 94

E, por óbvio, a omissão em relação aos fundamentos pelos quais a pena foi fixada nesta quantidade inviabiliza o direito de defesa, pela impossibilidade de recorrer de uma decisão que não apresenta seus motivos.

Terceiro, incorre em *bis in idem* ao analisar e avaliar negativamente, em separado, a culpabilidade e as consequências do crime. Ora, se as consequências do crime integram a sua gravidade, não podem ser analisadas em momento separado, e consideradas isoladamente para determinar a quantidade da pena.

Quarto, ao avaliar a culpabilidade, o magistrado se referiu à posição social que ocupa o autor do fato (a qualidade de Presidente da República) sem demonstrar de que forma isso afeta o desvalor da ação do tipo de injusto¹²⁷.

Em síntese, no que se refere à dosimetria da pena, o conteúdo da decisão não atende aos ditames constitucionais.¹²⁸

¹²⁷ A culpabilidade é elevada. O condenado recebeu vantagem indevida em decorrência do cargo de Presidente da República, ou seja, de mandatário maior. A responsabilidade de um Presidente da República é enorme e, por conseguinte, também a sua culpabilidade quando pratica crimes (p. 234 da sentença).

¹²⁸ Referências

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*. Parte Geral. 7. ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ROXIN, Claus. Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales. In *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madri: Editorial Reus, 1981.

ROXIN, Claus. La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena. In *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madri: Editorial Reus, 1981.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. *Cem anos de reprovação*. Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

O “CASO LULA” E AS TENDÊNCIAS AUTORITÁRIAS DA JUSTIÇA BRASILEIRA: DIREITO, POLÍTICA E ADVOCACIA CRIMINAL

Felipe da Silva Freitas *

É antiga a denúncia por parte de ativistas e militantes políticos quanto ao caráter deletério do punitivismo policesco que, no Brasil, tem se ocupado de prender arbitrariamente milhares de pessoas¹²⁹. Este fenômeno, já largamente denunciado por inúmeras organizações sociais comprometidas com a luta contra a violência e a discriminação, tem sido o principal responsável pelo encarceramento em massa, por sucessivas violações de direitos fundamentais no âmbito do processo penal e pelo sistemático descarte das previsões constitucionais relativas ao direito de defesa¹³⁰. O direito penal tem sido o campo de legitimação de absurdos praticados em nome da lei e da ordem.

Estas violações, que na maioria das vezes tem ocorrido contra grupos sociais historicamente excluídos, alcançaram – ainda que em episódios pontuais – outros setores da sociedade. O discurso do combate à corrupção tem sido capaz de nos mostrar, por outro enfoque, os riscos de desvalorizarmos a liberdade e a gravidade de um sistema de justiça criminal comprometido com o arbítrio e não com a efetiva garantia e proteção dos direitos. A Liberdade transformou-se em mercadoria barata na equação de experiências políticas autoritárias.

Os embates políticos recentes – em especial a deposição da Presidenta Dilma Rousseff por meio de um golpe parlamentar-midiático-judicial¹³¹ – expuseram como funciona esta capacidade corrosiva da tradição autoritária brasileira, em especial no âmbito do direito penal. A democracia foi – novamente – posta em xeque e parece que de modo intenso e duradouro. A virulência com quem atuam Polícia Federal, Ministério Público e Judiciário no âmbito da famigerada operação Lava Jato mostra que o itinerário é longo e o repertório de ilegalidades bastante extenso. O desafio contemporâneo é pensar sobre como o Brasil se comportará diante desta sucessão ataques às conquistas democráticas e como a sociedade civil se portará diante destas formas de perdas de direitos e de garantias fundamentais.

* *Felipe da Silva Freitas* é doutorando e mestre em direito pela Universidade de Brasília (UnB) e membro do Grupo de Pesquisa em Criminologia da Universidade Estadual de Feira de Santana (GPCRIM UEFS).

¹²⁹ Segundo o Relatório de 2014 do Departamento Penitenciário Nacional, a população prisional brasileira é de 607.731 pessoas, e de 1990 até 2014, houve um crescimento total de 575%. Dessas pessoas, 41% são presos sem condenação, a maioria são jovens entre 18 e 29 anos (56%), com até o ensino fundamental completo (53%) e é autodeclarada negra (67%). Além disso, a maioria dessas pessoas em privação de liberdade responde por crimes de tráfico de entorpecentes (27%), roubo (21%), homicídio (14%) e furto (11%). BRASIL. Ministério da Justiça. Levantamento nacional de informações penitenciárias - Infopen - Junho 2014 . Brasília: DEPEN , 2014.

¹³⁰ BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. Defesa criminal efetiva na América Latina. São Paulo: IDDD, 2016. JUSTIÇA GLOBAL. Quando a liberdade é exceção: a situação das pessoas presas sem condenação no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: JG, 2016.

¹³¹ Sobre o impeachment da presidenta Dilma Rousseff ver: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; TENENBAUM, Marcio; RAMOS FILHO, Wilson. (Org.). A resistência ao golpe de 2016. 1ed. Bauru: Canal 6, 2016.

O rol das violações praticadas no âmbito da Operação Lava Jato é imenso e Lula, infelizmente, é apenas um dos muitos perseguidos pelo Juiz Sérgio Moro e pelo Ministério Público Federal. Desde o sequestro do ex-presidente numa suposta operação de condução coercitiva¹³² até o recentíssimo bloqueio de bens para execução de uma sentença manifestamente abusiva¹³³ são muitas as formas pelas quais o judiciário – representado pelo juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba – tem se alinhado com o vilipêndio de direitos constitucionais, em especial com ataques ao direito de defesa, ao direito a um julgamento proferido com base nas provas e não nas meras opiniões e preferências do julgador (imparcialidade do Juiz), o direito à igualdade de condições para o exercício da acusação e da defesa (paridade de armas), o direito de conhecer integralmente o teor da peça acusatória, de poder utilizar todos os meios legalmente admitidos para o exercício da própria defesa, bem como a possibilidade de larga manifestação sobre tudo o que for produzido pela parte contrária (contraditório). Os princípios do processo penal estão flagrantemente postos em xeque.

Em sociedades democráticas Juízes são servidores públicos com evidentes garantias e relevantes funções associadas à defesa do interesse público, preservação dos direitos e garantias individuais e defesa da ordem democrática. Em sociedades de tradição republicana juízes devem ser atores discretos na forma, mas, ativos na ação, comprometidos com preservação dos direitos do cidadão e independentes para julgar, inclusive em desfavor de entendimento majoritários.

Bons juízes não são repetidores dos discursos hegemônicos, mas, na maioria das vezes, bons juízes são garantidores dos direitos (e discursos) contra-hegemônicos, minoritários, marginais. Neste sentido, são valiosos os apontamentos de Marcelo Semmer ao frisar que os juízes não podem ignorar garantias fundamentais e nem se afastarem de normas por motivos políticos em função do aplauso ou da eficiência.¹³⁴ É “obrigação do juiz devolver à sociedade, em troca da remuneração e da respeitabilidade que auferem com o cargo, um julgamento com independência” mesmo que tal processo possa ser custoso, dolorido ou constrangedor. Ainda segundo Semmer a independência para o Juiz “não é um direito, uma prerrogativa ou privilégio. É simplesmente uma obrigação.”¹³⁵

Nesta perspectiva, Sérgio Moro é o anti-juiz! Parcial, midiático, espetacularizado, glamoroso e seguidor das narrativas fáceis das majorias de ocasião o Juiz Sérgio Moro não só se alimenta das narrativas produzidas pelo Oligopólios midiáticos, como também as constrói por meio de inserções midiáticas cuidadosamente articuladas, inclusive por

¹³² FREITAS, Felipe da Silva. Nem lula nem ninguém... Justificando. 07 de março de 2016. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/03/07/nem-lula-e-nem-ninguem/>

¹³³ Lula tem bens bloqueados por ordem de Sergio Moro. Justificando. 19 de julho de 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/19/lula-tem-bens-bloqueados-por-ordem-de-sergio-moro/>

¹³⁴ SEMMER, Marcelo. Judiciário na era do protagonismo submisso. Justificando. 10 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/12/10/judiciario-na-era-do-protagonismo-submisso/>

¹³⁵ Idem

meio de postagens em páginas de redes sociais fomentando manifestações políticas que interferem nos rumos e no furor punitivo da operação Lava Jato.¹³⁶

No caso da sentença de condenação proferida contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva a parcialidade e o desapego para com as prerrogativas do processo penal ficam evidentes. Por meio de reiteradas violações ao princípio da imparcialidade o juiz Moro é virulento ao se dirigir aos defensores de Lula nas audiências, nos autos e na sentença, pois, abriu mão do mandamento constitucional dirigido aos juízes e optou por um tipo muito peculiar de aparição midiática dirigida às grandes plateias:

Grande parte da sociedade cultiva uma cultura autoritária. Há esse desejo, que é perigoso, de encontrar a grande figura carismática que represente a sociedade, que seja o nosso Dom Sebastião. Hoje, quem assumiu esse papel é o Sergio Moro. Mas é perigoso para a democracia ufanarmos, idolatramos um juiz. E um juiz que, muito claramente, já há algum tempo, tem se afastado de pautas essenciais ao exercício da jurisdição em um Estado Democrático de Direito. Uma delas é o respeito absoluto à regra da imparcialidade objetiva. Não basta que o juiz internamente se considere imparcial, ele também tem que aparentar ser imparcial. Para poder estabelecer essa aliança, essa relação direta com a população, Sergio Moro abandona essa pauta e adota a pauta da população, de ser o justiceiro, a pessoa que vai resgatar a moralidade pública. E isso gera um segundo problema: ao assumir esse papel, ele passa a ser incapaz de assumir o outro, que é o de garantidor dos direitos de quem está sendo processado. Ele não tem como fazer as duas coisas ao mesmo tempo.¹³⁷

As gravações das audiências divulgadas amplamente nas redes sociais não deixam dúvida quanto ao desconforto gerado pelas questões dos advogados de Lula. Nem foi Ministério Público (titular da ação penal) que se revelara o mais incomodado com as questões e controvérsias apresentadas pela Defesa. Foi o próprio Juiz, que no processo penal deveria ser o equidistante entre as partes, que se incumbiu de contraditar a defesa, limitar e indeferir questões, e, portanto, cercear o regular e legítimo exercício do direito de defesa no caso concreto.

Ao invés de garantir a paridade de armas e assegurar o contraditório Sérgio Moro optou por avaliar a estratégia de defesa¹³⁸ e passou a repreender os advogados sempre que a manifestação era assertiva e cobrava a postura do julgador. Para Moro era inadmissível

¹³⁶ “Sergio Moro grava vídeo para agradecer curtidas na página que sua esposa criou para homenageá-lo no Facebook. Tom político da fala do juiz foi criticado por muitos internautas. Chefe da Lava Jato chegou a dizer que suas ações têm apoio da totalidade da população brasileira” Sérgio Moro faz política nas redes sociais e descobre que não é unanimidade. Disponível em: <https://www.pragmatismopolitico.com.br/2017/03/sergio-moro-faz-politica-nas-redes-sociais-e-recebe-criticas.html>

¹³⁷ PRADO, Geraldo. “Quem deveria controlar a atividade do MP não é o Judiciário, mas a sociedade”. Entrevista concedida a Sérgio Rodas em 02 de julho de 2017. Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jul-02/entrevista-geraldo-prado-desembargador-aposentado-professor>.

¹³⁸ Frise-se que Moro inclusive conhecia previamente as estratégias e alegações da defesa pois gravou – de modo ilegal – conversa entre os advogados e seus clientes. Ver: VASCONCELLOS, Marcos de; RODAS, Sérgio. Todos os 25 advogados de escritório que defendem Lula foram grampeados. Consultor Jurídico. 17 de março de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-17/25-advogados-escritorio-defende-lula-foram-grampeados>

que advogados fossem duros ou deselegantes no curso do processo, os apelos do Juiz para que houvesse bons modos nas audiências foi reiterado inúmeras vezes.

Ora, numa democracia a defesa pode (e deve quando necessário) ser deselegante, dura, firme e assertiva, o que a defesa não pode ser é desleal e nem antiética. A democracia não um jogo artificial de polidez e bons modos, mas, uma arena viva na qual grupos, ideias e posições diversas conflitam na luta pela construção do direito, da justiça e da liberdade.

Lógico que os advogados de Lula não deixaram de ser corteses e polidos, mas, foram firmes e isso é, na prática, o poder/dever do advogado criminal. Para Moro o exercício pleno do direito de defesa não passa de “comportamento processual inadequado”, “táticas bastante questionáveis” ou “tentativa de intimidação do julgador”. Vejamos como ele se manifesta sobre os advogados no próprio texto da sentença:

145. Nesse contexto de **comportamento processual inadequado** por parte da Defesa de Luiz Inácio Lula da Silva, é bastante peculiar a reclamação dela de que este julgador teria agido com animosidade contra os defensores em questão.

958. Como defesa na presente ação penal, tem ele, orientado por seus advogados, adotado **táticas bastante questionáveis**, como de **intimidação do ora julgador**, com a propositura de queixa-crime improcedente, e de intimidação de outros agentes da lei, Procurador da República e Delegado, com a propositura de ações de indenização por crimes contra a honra.¹³⁹ (grifos nossos)

Para o Juiz o fato de os advogados irem aos Tribunais requererem o que lhes parecia justo é uma tentativa de intimidação e não o exercício regular do próprio direito. Para Moro, o pedido de informações da defesa quanto ao processamento de delações premiadas por parte dos demais acusados é tática equivocada e não uma legítima tentativa de garantia da paridade de armas no processo penal. Para o famigerado julgador o fato de os advogados de Lula não se acovardarem diante da truculência do Magistrado é frustração de quem supostamente queria ser juiz e não o entendimento de que advogados, promotores, juízes são igualmente essenciais à administração da justiça sem hierarquias ou subalternidades entre si.

Moro constrói uma sentença teratológica. Na falta de provas argumenta, realiza ilações, condena as práticas dos advogados, mas, não se manifesta sobre os fatos, não arrola provas, não explica práticas delituosas como: grampear ligações entre advogados e seus clientes, desconsiderar narrativas de testemunhas e constranger defensores em mesa de audiência indeferindo perguntas e contraditas que caracterizam – por óbvio – o sagrado exercício do contraditório e da ampla defesa.

Os fatos relativos à condenação ilegal do presidente Lula precisam nos alertar para o punitivismo que ganha força, à direita e à esquerda, em nossa sociedade; para o descaso com o qual vimos assistindo a uma escalada autoritária e para uma irreversível trajetória de atentados aos direitos e garantias fundamentais. Os episódios que assistimos nesta

¹³⁹ Sentença da 13.^a Vara Federal Criminal de Curitiba da lavra do Juiz de Federal Sérgio Fernando Moro em 12 de julho de 2017 que condenou o ex-Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, como incurso nos crimes de corrupção passiva; lavagem de dinheiro, fixando pena de nove anos e seis meses de reclusão.

ocasião não revelam novidades, mas, evidenciam problemas antigos que persistem sem que sejam tomadas as providências cabíveis.

O punitivismo barato não terá capacidade de resolver nenhum dos nossos problemas, muito menos, a perversa e inaceitável corrupção ou a concessão de superpoderes à Polícia, à Justiça ou ao Ministério Público. Ou denunciemos todas as formas de abuso de poder ou perderemos mais uma chance histórica de começar a mudar e debater, de fato, o papel das instituições no controle das várias formas de criminalidade.

A CAÇADA DE LULA PELO PROCESSO PENAL DE EXCEÇÃO NA ERA DA PÓS-VERDADE

Fernando Hideo I. Lacerda*

Mais convicções, menos fatos. Marca dos nossos tempos, a “pós-verdade” – eleita palavra do ano de 2016 pelo *Dicionário Oxford* ⁽¹⁴⁰⁾ – traduz as circunstâncias em que fatos objetivos têm menos relevância do que apelos a emoções e crenças pessoais.

É somente no contexto desse Império da pós-verdade que a sentença que condenou o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva pode ser compreendida como o ápice da nova curva autoritária do processo penal de exceção próprio da década de 2010.

Partimos de três premissas.

Como **premissa inicial**, temos que o direito penal é um instrumento tirano de controle, manipulado por uma Polícia Militar que atua como força de ocupação territorial, por Polícias Judiciárias e Ministérios Públicos que investigam e processam seletivamente e por um Poder Judiciário que ignora as leis e a Constituição Federal para julgar de acordo com suas próprias convicções amparadas na opinião publicada pelos grandes meios de comunicação.

Nesse sentido, basta olhar no retrovisor para perceber que a atribuição da condição de ser humano aos escravos ocorreu para que lhes pudesse ser imputada a prática de crimes. “Coisas” não cometem crimes, logo foi preciso transcender a condição de “coisa possuída por um senhor” para possibilitar a aplicação de sanções criminais. Assim é que “o primeiro ato humano do escravo é o crime, desde o atentado contra o seu senhor à fuga do cativo” ⁽¹⁴¹⁾. Pura e simples dominação, desde o início.

A segunda premissa é que o sistema de justiça criminal orienta-se pelo interesse das elites. Nunca superamos a cultura da escravidão. Se antes identificávamos casa grande, senzala e capitães do mato como elementos sociais bem delineados, hoje devemos compreender a estrutura camuflada na qual convivem veladamente Estado de direito, Estado permanente de exceção e Polícia Militar.

A casa grande enquanto reduto do senhorio deu origem à forma jurídica de um Estado pretensamente democrático de direito destinado à população incluída, onde direitos e garantias fundamentais são assegurados de acordo com a conveniência de um pensamento dominado pela elite econômica.

Em situação diametralmente oposta, a senzala evoluiu para um Estado de exceção permanente destinado aos excluídos, onde vige a lógica do combate seletivo à

* Fernando Hideo Iochida Lacerda – Advogado criminalista e professor de Direito Processual Penal da Escola Paulista de Direito, mestre e doutorando em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

¹⁴⁰ “After much discussion, debate, and research, the Oxford Dictionaries Word of the Year 2016 is *post-truth* – an adjective defined as ‘relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief’”. (<https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016>)

¹⁴¹ GORENDER, Jacob. O escravismo colonial. 3. ed. São Paulo: Ática, 1980, p. 62-63.

população pobre e marginalizada por meio da imposição do medo e do terror a partir da aplicação severa das normas incriminadoras e negação ao direito de defesa.

Não é difícil perceber que a missão outrora atribuída aos capitães do mato, agentes da repressão e castigo aos escravos, foi confiada ao sistema de justiça criminal, notadamente à Polícia Militar — instituição incompatível com um regime democrático — que atua, por um lado, como força de proteção dos interesses (bens jurídicos?) da classe dominante e, de outra parte, como força de ocupação territorial e repressão à população pobre.

Essa é a lógica do Estado de exceção contemporâneo: combater o inimigo com aparência de legalidade institucional. Assim, o sistema de justiça criminal desempenha a função de agente da exceção, com o intuito de atribuir legitimidade à prática de medidas essencialmente autoritárias com verniz de legalidade.

A premissa final para compreendermos esse fenômeno é compreender que a caçada não atinge Lula apenas enquanto indivíduo, mas a sua representação simbólica como projeto de uma sociedade mais justa e menos desigual. Naturalmente, uma sociedade orientada pela lógica escravocrata não assimilaria uma redução dos privilégios sem demonstrar resistência. Para isso, o mecanismo utilizado é o que tenho chamado de processo penal de exceção.

Em nosso país, ao contrário do Direito Penal do Inimigo à moda de Günther Jakobs, não temos dois direitos penais legislados e regulamentados abstratamente de forma distinta para cidadãos e inimigos (tal qual o combate ao inimigo terrorista estadunidense e seu *Patriotic Act*).

No nosso ordenamento jurídico, vige oficialmente o mesmo direito penal, as mesmas normas do sistema criminal, porém aplicadas e interpretadas oficiosamente de modo diferente por meio do que temos denunciado como processo penal de exceção.

Se o inimigo de séculos atrás era dominado no contexto de uma relação explicitamente escravocrata, nos dias de hoje é o sistema de justiça criminal quem desempenha veladamente a mesma função. Segundo levantamento realizado pelo IDDD, mais de 90% dos presos entrevistados respondem por crimes contra o patrimônio (furto, roubo e receptação) ou tráfico de drogas: eis a pura e simples criminalização da pobreza que marcou toda a nossa República.

Ocorre que, paralelamente ao tradicional conceito de inimigo (o pobre: rotulado de ladrão, traficante, bandido), a década de 2010 assistiu ao surgimento de uma nova curva autoritária mediante a ampliação do arbítrio do sistema de justiça criminal para a parcela da classe política que ocupou o governo nacional até ser derrubada pelo golpe de 2016.

Durante sua sabatina no Senado Federal, o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso identificou o julgamento da AP 470 como um ponto fora da curva: “Eu acho que o mensalão foi, por muitas razões, um ponto fora da curva, mas não correspondeu a um endurecimento geral do Supremo no caso específico”.

Não era apenas um ponto, mas o início de uma nova curva. Um novo arco histórico autoritário: o julgamento do Mensalão foi o primeiro passo deste atual modelo do processo penal de exceção, segundo o qual o sistema de justiça criminal passa a ser

manipulado de acordo com conveniências políticas, seletivamente direcionadas pelo poder econômico e pelo sistema midiático.

A semente plantada pelo STF germinou na chamada operação Lava Jato, em que o processo penal deixa de ser a apuração de um fato concreto para materializar-se em perseguição direcionada a alvos politicamente selecionados, que se iniciam por meio de delações premiadas ilegais; se desenvolvem mediante condições coercitivas e ameaças de prisão arbitrárias com o intuito de inviabilizar a defesa; são julgados conforme a pressão dos sistemas econômico e midiático; e impõem punições antecipadas que transcendem o âmbito jurídico mediante prisões cautelares ilegais e vazamentos seletivos que contribuem para o espetáculo de execração pública antes de um julgamento oficial.

Elege-se um inimigo oficial chamado de “corrupto”, a ser incessantemente perseguido policial, judicial e midiaticamente. Tratando-se de rótulo abstrato capaz de dissimular a perseguição concreta e seletiva dos adversários políticos, o “combate à corrupção” atende aos interesses do poder econômico em nosso país, tal qual o “combate ao terrorismo” no direito estadunidense.

Nesse ponto é irretocável a lição de Zaffaroni, para quem "tanto o crime organizado como a corrupção são funcionais para habilitar o poder punitivo e a intromissão do Estado em qualquer atividade econômica incomoda ao governo de plantão ou que seja útil para eliminar ou difamar os competidores, sem os limites nem as garantias constitucionais para tais intervenções. Ademais, a campanha contra a corrupção parece estar mais preocupada em evitar maiores custos aos investidores estrangeiros em países periféricos do que nos princípios éticos que são enunciados ou nos danos estruturais que causam às economias locais" ⁽¹⁴²⁾.

Dessa forma, a condenação do ex-presidente Lula é o ápice da nova curva autoritária que visa combater o inimigo político (governo popular: chamado de “corrupto”), legítimo representante do tradicional inimigo econômico (pobre: chamado de “ladrão, traficante, bandido”).

O processo penal de exceção é um antiprocessos. É a forma jurídica da perseguição política e econômica na era da pós-verdade. É a violação dos direitos e garantias fundamentais de uma parcela da população (e de seus representantes simbólicos) com verniz hipócrita de licitude. É fruto da manipulação do sistema de justiça criminal (Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e mídia) para atender aos interesses do mercado contra seus verdadeiros inimigos: o pobre, marginalizado e oprimido.

Na visão do mercado (o soberano na contemporaneidade), o inimigo não pode ter sequer perspectivas mínimas de ascensão: aeroportos não podem parecer rodoviárias, universidades devem ser privilégio das classes superiores, shopping center não é lugar de rolezinho, automóvel não é para qualquer um...

Como bem observado por Pedro Estevam Serrano ⁽¹⁴³⁾, a perseguição contra Lula não é o atentado contra um indivíduo, mas representa a guerra do mercado contra o símbolo

¹⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raul. O inimigo no Direito Penal. 2. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

¹⁴³ <https://www.cartacapital.com.br/politica/pedro-serrano-201co-prejuizo-nao-e-so-de-lula-mas-da-sociedade201d>

maior (talvez único, no cenário político atual) de mudança social e ascensão dos indesejados contra os privilégios da elite.

Mas não duvidem: o arbítrio contra alguns membros da classe privilegiada (direcionado seletivamente contra aqueles que não representam os interesses e privilégios do mercado) só intensificará (e já está dando provas disso...) a tradicional violência contra a classe marginalizada, perseguida e discriminada pelo poder econômico.

A história cobrará seu preço daqueles que não querem ver que não veem aquilo que não veem.

O DESRESPEITO AO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA E A RUPTURA DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE JUDICIAL

Flavio Croce Caetano*

A ninguém é dado desconhecer que, em qualquer relação processual, em todos os âmbitos jurídicos possíveis, como cível, eleitoral, trabalhista, criminal, ou qualquer outro, a solução estatal através da jurisdição observará necessariamente princípios fundamentais, tais como bilateralidade de audiência, igualdade entre as partes e, sobretudo, a imparcialidade do julgador.

Assim é em nosso ordenamento jurídico constitucional-processual, como também o é na maioria dos sistemas jurídicos processuais do mundo e no sistema internacional de proteção aos direitos humanos, como se depreende, por exemplo, das regras estabelecidas no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos,¹⁴⁴ ratificado por 169 países:¹⁴⁵

Artigo 14

1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. (...)

O art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (UDHR),¹⁴⁶ anteriormente ao Pacto, também já previa que “Todos têm direito em completa igualdade a um processo justo e público por um tribunal independente e imparcial, na determinação de seus direitos e obrigações e de qualquer acusação penal contra si.” No âmbito regional, O art. 8, §1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (ACHR) de 1969 prevê, dentre outras coisas, que “Toda pessoa tem direito a um processo com as devidas garantias e com uma razoável duração julgado por um tribunal competente, independente e imparcial, previamente estabelecido pela lei, na busca de provas em causa de natureza penal ou para determinação de seus direitos e obrigações de natureza, civil, trabalhista, fiscal ou qualquer outra natureza.”

Em suma, em uma relação jurídico-processual não há e não pode haver qualquer relação de supremacia entre aquele que julga, o que acusa e o que defende. Todos desempenham funções igualmente essenciais à Justiça, porém com papéis absolutamente distintos e que devem ser respeitados em sua inteireza.

* Advogado, Professor de Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Secretário Nacional de Reforma do Judiciário (2012 a 2015).

¹⁴⁴ Adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966; aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991; promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

¹⁴⁵ Cf. consulta ao website da Organização das Nações Unidas na data de 23 de julho de 2017. Disponível em https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en.

¹⁴⁶ Proclamada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

Não por outra razão, a nossa Constituição Federal conferiu tratamento absolutamente idêntico a tais atores sem distinguir, nem proferir qualquer posição hierarquicamente superior ao julgador em relação aos demais operadores do sistema de justiça. Ao dispor, em seu Título IV, sobre a Organização dos Poderes, nossa Carta Magna destinou o Capítulo III ao Poder Judiciário e o Capítulo IV às Funções Essenciais à Justiça, sendo elas o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Advocacia e a Defensoria Pública.

De igual modo, também estabeleceu a Constituição da República que o Poder Judiciário se encontra submetido aos princípios que regem a administração pública, merecendo especial relevo a necessária submissão de tal poder ao princípio da impessoalidade. Sem sombra de dúvidas, a observância do princípio da impessoalidade imposto ao agir estatal encontra-se reproduzido na seara processual, como princípio da imparcialidade.

Sendo assim, para que em determinada relação processual se possa analisar o respeito ou não ao princípio da imparcialidade (e ao princípio da impessoalidade), absolutamente crucial o prévio exame da observância tanto dos direitos estatuídos ao advogado (e defensor), como dos deveres inerentes a atuação do julgador.

A lei federal n. 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, preconiza em seu artigo 6º, que

Art.6º. Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.

Além disso, em seu artigo 2º. estabelece a mesma lei 8.906 que

Art. 2º. O advogado é indispensável à administração da justiça.

Parágrafo 1º. No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

Parágrafo 2º. No processo judicial, o advogado contribui, na postulação da decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.

Parágrafo 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

Em suma, em nosso ordenamento, o exercício da advocacia constitui um múnus público, essencial à administração da justiça e fundamental para o convencimento do julgador. Decorre logicamente de tal afirmação a conclusão de que não pode o exercício da advocacia ser considerado pelo julgador como verdadeiro obstáculo ao processo, nem tampouco como obstrução de justiça.

Em estrita e perfeita consonância com os dispositivos legais pátrios, vale registrar o que dispõem os Princípios Básicos das Nações Unidas Relativos à Função dos Advogados.¹⁴⁷ Entre os inúmeros dispositivos relevantes, calham ao presente os seguintes aqui reproduzidos:

18. Os advogados não serão identificados com os seus clientes nem com as causas dos seus clientes, em consequência do exercício das suas funções. (...)

¹⁴⁷ Adotados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Havana, Cuba, de 27 de agosto a 7 de setembro de 1990.

20. Os advogados gozam de imunidade civil e penal por todas as declarações pertinentes feitas de boa fé, por escrito ou em alegações orais ou no âmbito das suas intervenções profissionais perante um tribunal judicial ou outro ou uma autoridade administrativa.

21. As autoridades competentes têm a obrigação de assegurar que os advogados tenham acesso à informação, aos arquivos e documentos pertinentes que estejam em seu poder ou sob o seu controlo, com antecedência suficiente para que estes possam prestar uma assistência jurídica eficaz aos seus clientes. Este acesso deve-lhes ser facultado o mais rapidamente possível.

Dada a importância da matéria, certamente não é à toa que, também na esfera internacional, no âmbito da ONU, foi criada uma Relatoria Especial sobre a Independência de Juízes e Advogados.¹⁴⁸ Hoje sob a responsabilidade do Conselho de Direitos Humanos da ONU, a Relatoria Especial teve seu mandato novamente prorrogado por meio da Resolução número 26/7 do Conselho de Direitos Humanos. Inúmeros especialistas se debruçaram sobre essa matéria no âmbito da ONU, valendo destacar as seguintes importantes afirmações e recomendações:

“Sempre que agentes governamentais, atores políticos e econômicos, juízes, advogados e promotores não se comportam em conformidade com seus papéis específicos que eles devem desempenhar em uma sociedade democrática, os pré-requisitos para a independência se tornam difíceis de alcançar”.¹⁴⁹

“Ameaças à independência judicial podem ser oriundas não somente do poder executivo ou do poder legislativo, mas também do crime organizado, do empresariado, de megacorporações e multinacionais”.¹⁵⁰

“A corrupção judicial vai muito além da corrupção econômica. Pode ter a forma de julgamentos parciais como resultado de uma indevida politização do Judiciário, pode decorrer de algum tipo de lealdade partidária dos juízes.”¹⁵¹

“Tem havido um número cada vez maior de reclamações em relação à identificação de advogados com seus clientes ou com as causas dos seus clientes, especialmente advogados que representam um acusado em casos politicamente sensíveis. Identificar os advogados com as causas de seus clientes pode ser e resultar em formas de intimidação e assédio, contra o que os Governos devem se insurgir, de modo a proteger os advogados. Trata-se de uma obrigação estatal.”¹⁵²

Por seu turno, o documento do Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc) da Organização das Nações Unidas intitulado Princípios de Bangalore de Conduta Judicial é enfático em determinar as condutas inaceitáveis por parte de qualquer magistrado.¹⁵³ Trata-se de

¹⁴⁸ Criada em 1994, pela Resolução número 1994/41, da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

¹⁴⁹ Documento da ONU A/HRC/32/34, Conselho de Direitos Humanos, 2016, parágrafo 39. Tradução livre.

¹⁵⁰ Documento da ONU E/CN.4/1996/37, p. 246. Tradução livre.

¹⁵¹ Documento da ONU A/HRC/35/31. Tradução livre.

¹⁵² Documento da ONU E/CN.4/1998/39, parágrafo 179. Tradução livre.

¹⁵³ Nações Unidas (ONU). Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). Ver também a obra Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial / Escritório Contra Drogas e Crime ; tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, 2008. Disponível em http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf.

documento que foi anexado ao relatório apresentado na 59ª Sessão da Comissão de Diretos Humanos das Nações Unidas em abril de 2003. Em 29 de abril de 2003, a Comissão adotou, por unanimidade, a resolução 2003/43, que anotou os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial.

Um de tais princípios de Bangalore é, mais uma vez, o Princípio da Imparcialidade, assim formulado no mencionado documento:

A imparcialidade é essencial para o apropriado cumprimento dos deveres do cargo de juiz. Aplica-se não somente à decisão, mas também ao processo de tomada de decisão.

O Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc) da Organização das Nações Unidas fez publicar o documento intitulado Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial.¹⁵⁴ Segundo tal documento, e de acordo com a Corte Europeia de Direitos Humanos,

“... há dois aspectos da exigência de imparcialidade. Primeiro, o tribunal deve ser subjetivamente imparcial, i.e., nenhum membro do tribunal deve deter qualquer preconceito ou parcialidade pessoais. (...) Segundo, o tribunal deve ser imparcial a partir de um ponto de vista objetivo, i.e. ele deve oferecer garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima a seu respeito. Sob esta análise, deve-se determinar se, não obstante a conduta pessoal do juiz, há determinados fatos que podem levantar dúvidas acerca de sua imparcialidade. Desse modo, até mesmo aparências podem ser de certa importância. O que está em questão é a confiança com que as cortes, em uma sociedade democrática, devem inspirar no público, incluindo uma pessoa acusada. Conseqüentemente, qualquer juiz a cujo respeito houver razão legítima para temer uma falta de imparcialidade deve retirar-se.”¹⁵⁵

O já citado documento prossegue, articulando uma série de subprincípios. Por exemplo, segundo o Princípio 2.1., “Um juiz deve executar suas obrigações sem favorecimento, parcialidade ou preconceito”. E prossegue:

“A parcialidade pode se manifestar verbalmente ou fisicamente. Epítetos, injúria, apelidos humilhantes, estereótipos negativos, humor baseado em estereótipos, talvez relacionado a gênero, cultura ou raça, ameaça, intimidação ou atos hostis sugerindo uma conexão entre raça, nacionalidade e crime e referências irrelevantes a características pessoais são alguns dos exemplos. A parcialidade ou o preconceito podem se manifestar na linguagem corporal, na aparência ou no comportamento dentro ou fora da corte. Comportamento físico pode indicar descrença de uma testemunha, podendo desse modo impropriamente influenciar um júri. A expressão facial pode deixar transparecer a aparência de parcialidade às partes ou advogados no processo, jurados, à mídia e outros. A parcialidade ou preconceito podem se dirigir contra a parte, testemunha ou advogado.”¹⁵⁶

¹⁵⁴ Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial / Escritório Contra Drogas e Crime ; tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, 2008. Disponível em http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf.

¹⁵⁵ Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, obra citada, parágrafo 53, citando o caso Castillo Algar v Spain, Corte Europeia de Direitos Humanos, (1998) 30 EHRR 827.

¹⁵⁶ Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, obra citada, parágrafo 58.

O subprincípio 2.2. estabelece que “Um juiz deve se assegurar de que sua conduta, tanto na corte quanto fora dela, mantém e intensifica a confiança do público, dos profissionais legais e dos litigantes na imparcialidade do Judiciário.” Ou seja, segundo o mencionado documento,

“Um juiz deve estar alerta para evitar comportamento que possa ser percebido como uma expressão de parcialidade ou preconceito. Injustificadas reprimendas a advogados, insultos e comentários impróprios sobre litigantes e testemunhas, declarações evidenciando prejulgamentos, intemperança e comportamento impaciente podem destruir a aparência de imparcialidade e devem ser evitados.”¹⁵⁷

“Um juiz tem o direito de fazer perguntas visando clarificar os assuntos. Mas se interfere constante e virtualmente, assumindo a condução de um caso civil ou o papel de persecução em um caso penal, e usa os resultados de seu próprio questionamento para chegar a uma conclusão no julgamento do caso, o juiz se torna advogado, testemunha e juiz ao mesmo tempo, e o litigante não recebe um julgamento justo.”¹⁵⁸

Finalmente, o subprincípio 2.4. dispõe que “Um juiz não deve intencionalmente, quando o procedimento é prévio ou poderia sê-lo, fazer qualquer comentário que possa razoavelmente ser considerado como capaz de afetar o resultado de tal procedimento ou danificar a manifesta justiça do processo. Nem deve o juiz fazer qualquer comentário em público, ou de outra maneira, que possa afetar o julgamento justo de qualquer pessoa ou assunto.”

Voltando a examinar o ordenamento brasileiro, destaca-se a longínqua Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979, que estabelece em seu artigo 35, inciso IV, como um dos deveres do magistrado, o de

IV – tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência.

De forma mais detalhada e consentânea com a Constituição Federal, o Código de Ética da Magistratura Nacional, aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça em 06 de agosto de 2008, determina a necessária observância ao princípio da imparcialidade pelo juiz, ao prever em seus artigos 8º e 9º que

Art.8º. O magistrado imparcial e aquele que busca na prova dos autos a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.

Art. 9º Ao magistrado, no desempenho de sua atividade, cumpre dispensar as partes igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação.

Portanto, seja no ordenamento nacional, seja com fundamento em regras internacionais, é indiscutível que o exercício da advocacia deve dar-se sempre em maior amplitude possível, como função essencial à justiça, ao passo que caberá ao julgador conduzir-se como agente estatal para, agindo com isenção, imparcialidade e

¹⁵⁷ Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, obra citada, parágrafo 62.

¹⁵⁸ Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, obra citada, parágrafo 63.

impessoalidade, dizer o direito no caso em litígio, sem adentrar preferências pessoais, ideológicas ou partidárias, e em absoluto respeito e cordialidade ao exercício da advocacia, como múnus público. Caso assim não se conduza, o magistrado pautará sua atuação em comportamento arbitrário e eivado de ilegalidades, rompendo, de forma irretratável, com o princípio da imparcialidade e maculando de invalidez a atuação jurisdicional.

Na sentença ora em debate, em que o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi condenado à pena privativa de liberdade de nove anos e meio de reclusão, pela suposta prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, além da absoluta falta de provas para tal condenação, a nosso juízo, restou demonstrada a ruptura cabal e juridicamente reprovável com o princípio da imparcialidade do juízo.

Adentremos a análise de alguns trechos da sentença que, na linha do que se vem argumentando, reproduzem odiosa ofensa ao exercício legítimo da advocacia e revelam a inequívoca ruptura com o princípio da imparcialidade do juízo.

i) adjetivação desrespeitosa sobre o exercício da advocacia pela defesa de Lula

Em seu parágrafo 57, a sentença dispõe que:

57. Os questionamentos sobre a imparcialidade deste julgador constituem mero diversionismo e, embora sejam compreensíveis como estratégia da Defesa, não deixam de ser lamentáveis já que não encontram qualquer base fática e também não tem base em argumentos minimamente consistentes, como já decidido, como visto, pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Constata-se que o magistrado agiu com profundo desrespeito ao exercício da advocacia ao adjetivar como “lamentáveis” seus questionamentos. Violou, assim, também o dever de urbanidade, ao expor os seus sentimentos pessoais demeritórios em relação ao exercício da defesa, em detrimento de uma análise técnico-jurídica sem adjetivações.

ii) crítica negativa em relação ao exercício constitucional do direito de petição pela defesa de Lula e posicionamento assumido de adversariedade

E prossegue a sentença, em seus parágrafos 58 e 59:

58. Na linha da estratégia de Defesa de Luiz Inácio Lula da Silva de desqualificação deste julgador, por aparentemente temerem um resultado processual desfavorável, medidas questionáveis foram tomadas por ela fora desta ação penal.

59. Assim, por exemplo, o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, assistido pelos mesmos advogados, promoveu queixa crime por abuso de autoridade e ainda por quebra de sigilo sobre interceptação telefônica contra o ora julgador perante o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Não cabe ao magistrado adjetivar como “medidas questionáveis” as ações propostas pela Defesa de Lula no legítimo exercício do direito de petição, constitucionalmente consagrado pela Constituição da República. Até porque a decisão judicial sobre tais medidas não era de sua competência, mas de outro órgão judicial, sendo-lhe vedado pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional emitir qualquer opinião a respeito.

Além disso, não cabe ao magistrado colocar-se em posição de autêntico adversário processual para fazer ilação sobre as razões que levaram a defesa de Lula a adotar

medidas judiciais, ou seja, a frase “aparentemente temerem um resultado processual desfavorável” denota o comportamento de ex-adverso, jamais de um juiz imparcial e isento de quaisquer sentimentos em relação às partes.

iii) crítica negativa ao exercício da advocacia da defesa de Paulo Okamoto

Em seus parágrafos 150 e 151, a sentença dispõe o seguinte:

150. Cabe decidir a responsabilidade dos acusados somente com base na lei e nas provas, sendo irrelevante o comportamento processual de seus defensores.

151. Ilustrativamente, o juízo e absolutório em relação a Paulo Tarciso Okamoto e isso apesar do comportamento inadequado do defensor.

Mais uma vez, não cabe ao magistrado manifestar opinião sobre o comportamento da advocacia. Cabe a ele aplicar o direito ao caso concreto. Mera manifestação cunhando adjetivação demeritória do exercício da advocacia viola o dever de imparcialidade do juízo.

iv) manifestação de sentimento pessoal do magistrado ao prolatar sentença condenatória contra Lula

Prossegue a sentença, no parágrafo 961:

961. Por fim, registre-se que a presente condenação não traz a este julgador qualquer satisfação pessoal, pelo contrário. É de todo lamentável que um Ex-Presidente da República seja condenado criminalmente, mas a causa disso são os crimes por ele praticados e a culpa não é da regular aplicação da lei. (...)

Novamente, não é dado a nenhum julgador manifestar-se se tem ou não “satisfação pessoal” em condenar um réu, nem que considere “lamentável” a condenação. Juiz julga, não expressa sentimentos que denotem suas preferências, nem suas diferenças. Inquestionável o comportamento judicial como adverso ao princípio da imparcialidade.

Expostos apenas alguns pequenos excertos da longa sentença condenatória, constata-se que o magistrado conduziu-se com extremados sentimentos de desprezo e desrespeito ao exercício da advocacia, tanto da defesa de Lula, como de Paulo Okamoto, utilizando adjetivações demeritórias como “lamentáveis” ou “inadequado”, além de criticar negativamente o exercício legítimo do direito de petição, perante outros órgãos judiciais, em manifesto posicionamento adversarial, contrapondo-se ao necessário comportamento equidistante, esperável e exigível de todo e qualquer magistrado, revelando, assim, profundo desrespeito aos princípios da imparcialidade e impessoalidade.

A TIRANIA TOGADA

Francisco Celso Calmon*

"A arma da crítica não pode, é claro, substituir a crítica da arma, o poder material tem de ser derrubado pelo poder material, mas a teoria também se torna força material quando se apodera das massas" Karl Marx (Crítica da Filosofia do Direito de Hegel).

Carregar marcas do combate à ditadura de 64, resistir ao terror dos milicos foi uma tarefa árdua. Perseguições políticas, sequestros, torturas, desaparecimentos e mortes foram produtos daquele regime. Agora me vejo no combate às arbitrariedades do golpe de 2016. Grampos telefônicos e conduções coercitivas ilegais, espionagens, extorsões, prisões como meio de tortura, delações e condenações ao arrepio da lei, são frutos de um Estado policial que se caracteriza por um regime de exceção, no qual os aparelhos estatais controlam a sociedade, enquanto no Estado democrático a sociedade controla o Estado.

Como em todo regime de exceção, o direito é sempre a primeira vítima, ao subverter o direito, desmorona a democracia.

Como na Inquisição, na qual as bárbaras torturas terminavam na fogueira, que ardia lentamente o corpo do condenado, a fogueira da Lava Jato arde e dilacera a dignidade do acusado. Com método intermitente, mas constante, de humilhação, constrangimento físico e psicológico, assumindo sadicamente o risco de causar enfermidade e até a morte, como a da esposa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, D. Marisa Letícia.

Como um ilusionista obrigado a apresentar constantes surpresas para manter os olhos da plateia fixos nele, o juiz-inquisidor, Sérgio Moro, e seus asseclas realizam todo dia um novo golpe ao direito e à democracia, atingindo os trabalhadores e a pátria. *"Nos dias atuais, em que a própria irracionalidade se converteu em razão, seu único modo de ser é a razão da dominação. Assim, ela continua sendo a razão da exploração e da repressão, inclusive quando os dominados colaboram com ela. E, em toda parte, ainda há aqueles que protestam, que rebelam, que combatem."* (Herbert Marcuse - Comentário ao "18 Brumário..." de Karl Marx).

A sentença de condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva proferida pelo juiz Sérgio Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, é uma peça que ficará marcada na história pelo anti-exemplo da técnica jurídica. No futuro poderá ensejar peças teatrais de comédia, drama e terror. Assim, como no curso do processo, o juiz se portou como um inquisidor capcioso, o desfecho é evitado de arbitrariedades, justificadas apenas pela vontade de brilhar à luz dos holofotes, como o caçador expando a sua caça à espera do troféu, como bem definiu o decano jurista capixaba, João Baptista Herkenhoff: *"O juiz, que abandona a imparcialidade para obter a homenagem dos holofotes e as manchetes dos jornais trai seu ofício. Ainda que o grande público lhe bata palma, cidadãos bem*

* Advogado e Administrador, Coordenador do Fórum Memória, Verdade e Justiça do Espírito Santo.

informados a respeito do figurino constitucional condenam seu procedimento". (Jornal A Gazeta, 19 de julho de 2017)

O direito processual prevê que a sentença penal deve conter exposição sucinta da acusação e da defesa; a indicação dos motivos e fatos em que se fundamenta a decisão e a aplicação do direito conforme o tipo penal correspondente (Art. 381 CPP). Porém, causa estranhamento que na sentença condenatória do ex-presidente Lula, o juiz Moro destina cerca de 50 páginas do total de 238 da decisão para falar de si e se defender, uma espécie de sentença auto-absolutória. Tal é o peso de sua culpa que após divulgar a sentença, assentou sua cabeça sobre a bíblia numa demonstração de exaustão, pois perseguir cansa, golpear, cansa mais ainda, e se deixou fotografar.

Na análise do objeto da ação penal o juiz revelou a sua parcialidade. Não há provas de que o acusado teria ou já teve a posse ou a propriedade do "triplex" que lhe é atribuído pelo Ministério Público Federal e acolhido pelo juiz. Ele chega ao ponto de criar conceitos extremamente exógenos à doutrina e à lei, como o da "titularidade formal", contrariando os conceitos legais de propriedade e posse. Se tais invencionices prosperarem, o que será do estudante de hoje e de amanhã que está aprendendo os conceitos corretos? As provas e os fatos darão lugar às suposições e às ilações?

Portanto, não há produto dos crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro. Diferente do que pesa sobre o ilegítimo presidente Michel Temer, ao candidato derrotado por Dilma, Aécio Neves e ao ex-presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, que abriu o processo de impeachment contra a Presidenta legitimamente eleita, cuja abundância de fatos e provas dos seus crimes e decorrentes produtos se encontram em seus bens e contas bancárias no Brasil e no exterior.

A peça sentencial considera delações como prova, e não como meros indicativos e caminhos para prospectar provas. Além dessa gravíssima metamorfose há que se considerar a questão da delação.

A delação premiada é a troca da traição por um prêmio; não é um arrependimento, não é uma colaboração, mas uma permuta, um escambo, um mercantilismo moral. Arrependidos sem arrependimentos, colaboradores sem colaboração. Até quando engabelar em nome do parecer sem ser?

Culturalmente a delação é um contravalor. Não deve ser cultivada. Não é exemplo para a educação das novas gerações. Não queremos crianças denunciando coleguinhas, adolescentes entregando seus parceiros, jovens profissionais apontando companheiros, porque ninguém quer uma sociedade de delatores. *"Entre os animais ferozes, o de mais perigosa mordedura é o delator; entre os animais domésticos, o adulator"* (Diógenes, na Grécia Antiga)

O juiz-inquisidor, bem como o Ministério Público Federal, não conseguem, e não conseguem porque não existe, mostrar e comprovar os produtos dos supostos crimes imputados ao ex-presidente Lula.

Há indícios de que o Juiz Moro está a serviço dos interesses dos EUA, mas, quando for julgado, em qualquer momento da história, terá que haver provas. Os cursos, treinamentos e constantes idas àquele país, assim como suas correspondências com agentes norte-americanos, são indicativos suficientes na política para acusação de estar cooptado e em mister dos objetivos geopolíticos daquele país, contudo, do ponto de

vista do direito, não é suficiente para condená-lo, a não ser que aplicados os mesmos critérios e parâmetros inventados pelo juiz Sérgio Moro e os procuradores, aliados nessa cruzada de desmonte do Estado de direito.

Na fixação da pena, o juiz segue delirando ao aplicar a dosimetria. Diz que: "A culpabilidade é elevada. O condenado recebeu vantagem indevida em decorrência do cargo de Presidente da República, ou seja, de mandatário maior. A responsabilidade de um Presidente da República é enorme e, por conseguinte, também a sua culpabilidade quando pratica crimes" (Sentença Processo n.º 5046512-94.2016.4.04.7000 13ª Vara Federal de Curitiba/PR)

Por isso, fixa a pena base de cinco anos no crime de corrupção e de quatro anos no de lavagem de dinheiro. Seguindo nessa esteira, o juiz também poderia sopesar a pena com os resultados do governo Lula, como os 52 (cinquenta e dois) milhões de brasileiros beneficiados por meio de políticas públicas: o aumento real do salário mínimo de 72%; salto do PIB per capita de U\$ 2,8 mil para U\$ 11,7 mil, colocando o Brasil como a quinta economia mundial e protagonista internacional; inclusão de 1,5 milhão de jovens na Universidade através do Prouni (Programa Universidade para todos), enquanto países como Espanha, Portugal e Grécia amargavam uma crise que gerou em torno de 24 milhões de desempregados em cada um desses países, e nos Estados Unidos da América até sopão foi distribuído em Nova Iorque durante a crise iniciada em 2008.

Ao concluir a dosimetria, a pena restritiva de liberdade ficou estabelecida em nove anos e meio. O repertório de maldades do implacável juiz é tal, que nas redes sociais já indagaram: Seria uma analogia sádica aos nove dedos e meio do ex-presidente Lula?

O juiz Moro também ousou em fixar a proibição, além da pena privativa de liberdade, do ex-presidente Lula exercer qualquer cargo ou função pública. Ora, fixar esse tipo de pena para quem já foi agraciado com tantos títulos de doutor *honoris causa*, pelos excelentes serviços públicos prestados é o mesmo que dizer para um engenheiro civil, que pode trabalhar em qualquer coisa, menos na engenharia; ou ao médico, que não pode exercer a medicina; ou ao metalúrgico, que não pode trabalhar na metalurgia. É a perversidade continuada, cuja finalidade de uma sentença deixa de ser, e visa cercar as atividades políticas, pois, em regra, cargo e função públicas são de natureza político-administrativa.

Esse impedimento nos leva à lembrança da ditadura de 64, quando, através do decreto 477, penalizava o estudante considerado subversivo, suspendendo-o por até três anos dos bancos escolares, prejudicando não só o jovem, mas o Brasil, posto que retardaria em três anos o ingresso do futuro profissional no mercado de trabalho. Da mesma forma os combatentes da ditadura, independentemente de serem estudantes ou não, através de indiciamentos ou condenações, após libertados, mas ainda na vigência da ditadura, ficavam impedidos de trabalhar por anos a fio, por que a ditadura obrigava as empresas públicas e privadas a exigirem do candidato apresentar o "Atestado de Bons Antecedentes" e o "Atestado de Ideologia Política". O primeiro era fornecido pelas secretarias de segurança pública, no qual constava se o indivíduo respondia ou já teria respondido a processo instaurado pela ditadura, caso constasse, as empresas, em regra, não admitiam. O Atestado Ideológico era requerido pra as empresas públicas e constava de um questionário que o candidato respondia no Departamento de Ordem Política e Social - Dops. Esse instrumento era para averiguação se havia alguma simpatia pela

esquerda e contra a ditadura, ou seja, além da punição pelas torturas, tempo de prisão, também havia uma perseguição duradoura que era o impedimento para o ingresso ao mercado de trabalho e consequente sobrevivência. Novamente: além do prejuízo ao indivíduo, havia o prejuízo ao país.

Por fim, o juiz Sérgio Moro, após a descabida sentença de condenação, profere nova decisão, provocada pelo Ministério Público Federal em outubro de 2016 e que tramitava em segredo de justiça, bloqueando as contas e confiscando os bens do ex-presidente Lula, compondo a teia da perseguição paranoica de dificultar suas atividades políticas.

Na ditadura de 64 a Justiça Militar era menos despuorada do que vem sendo o juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, criadora de um modelo de Juízo de exceção.

O decano capixaba, João Baptista Herkenhoff, aponta o alvo do Moro. *"Não sendo possível derrotar um líder, que pretende alcançar a Presidência da República através do voto popular, poderá ele ser derrotado pelo voto de um pequeno grupo de togados, sem direito de apelar ao Supremo Tribunal Federal em Brasília". (Jornal A Gazeta, 19 de julho de 2017)*

É longa a lista histórica de inocentes condenados. A de Jesus Cristo gerou a maior religião do mundo ocidental. A de Sacco e Vanzetti, absolvidos 50 anos depois, gerou uma referência de resistência e dignidade diante da (in)justiça de classe. Sócrates, condenado à morte, ao sorver a cicuta (veneno) de um gole só e ao ouvir os amigos soluçando, diz: "Não, amigos, tudo deve terminar com palavras de bom augúrio: permaneçei, pois, serenos e fortes". A condenação de Lula está gerando o aumento de apoiadores à sua candidatura e filiações ao Partido dos Trabalhadores. E como ele próprio disse: "Se acharam que com essa sentença me tiraram do jogo, cada vez mais estou no jogo" e "Só quem tem direito de decretar meu fim é o povo brasileiro".

Os brasileiros estavam, pela primeira vez, acreditando na construção de uma democracia de todos e no Estado de direito que a garantia, se esse sentimento for perdido, o Brasil pode marchar para um caos social e desaparecer a autoestima de ser brasileiro. Como já dizia Charles Darwin *"O fim da esperança é o começo da morte"*.

A CRISE DAS INSTITUIÇÕES BRASILEIRAS REFLETIDA NA CONDENAÇÃO DE UM EX-PRESIDENTE DA REPÚBLICA POR UM JUIZ SINGULAR

Gabriela Shizue Soares de Araujo*

A União Europeia sofre até hoje os efeitos da crise econômica mundial que teve início em 2008, enfrentada equivocadamente com políticas de austeridade severas, que não permitem que os países mais afetados do bloco se recuperem, enquanto as desigualdades econômico-sociais aumentam em medida muito desproporcional à pretendida quitação das dívidas públicas.

O plebiscito realizado em 2016 no Reino Unido, que aprovou sua saída da União Europeia – também conhecido como BREXIT -, foi um dos principais reflexos da falência das instituições europeias no enfrentamento da crise e em sua comunicação com os cidadãos europeus.

Desde o seu início, logo no pós-Guerra, a União Europeia vinha se desenvolvendo como o mais moderno e democrático modelo de integração regional do mundo, fundada em princípios como solidariedade e cooperação mútua, e com o objetivo claro de criação de uma identidade europeia que transcendesse os territórios nacionais dos Estados-membros, priorizava a economia do bem-estar social.

Esse projeto esbarrou, porém, na conformação das instituições que “governam” a União: enquanto os poderes decisórios são muito concentrados nos chefes de Estado de cada Estado-Membro, ressaltando a intergovernamentalidade em desfavor da supranacionalidade nas relações, o Parlamento se mostra enfraquecido e distante de seus eleitores. Além disso, o excesso de medidas e procedimentos adotados entre as instituições europeias dificulta a compreensão do cidadão comum sobre o seu funcionamento.

Com a crise econômica de 2008, o resultado da medida de forças entre os diferentes Estados-membros que compõem a União Europeia foi a guinada para uma política econômica extremamente neoliberal, de austeridade e proteção do sistema financeiro em detrimento de gastos com educação, saúde e assistência social e supressão de direitos sociais previamente adquiridos. É a política de combate aos “déficits” públicos.

Quase uma década depois, é possível afirmar que a linha adotada foi um equívoco: os países mais afetados pela crise não conseguem fôlego para uma retomada econômica e seguem estrangulados com um aumento extraordinário de desemprego e marginalização das classes populares, que acaba se espalhando por todo o continente em razão da supressão de fronteiras característica da União Europeia.

Tais fatores, aliados ao baixo nível de compreensão dos cidadãos europeus sobre o funcionamento das instituições europeias e sua real possibilidade de interferência na

* Doutoranda e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – COGEAE/PUC-SP. Professora assistente de Direito Constitucional na graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora convidada de Direito Constitucional na Pós-Graduação da UNIFIEO – Osasco. Advogada.

condução dessas instituições (déficit democrático), formam um ambiente favorável para o crescimento de movimentos nacionalistas, pregações separatistas da ultradireita e a xenofobia. Os cidadãos sentem os efeitos de fazer parte da União Europeia, mas ao mesmo tempo não se sentem parte dela.

Embora não tenha sentido os efeitos da crise econômica lá atrás, em 2008, muito por conta dos altos investimentos em políticas sociais e de infraestrutura que seguiam em pleno vapor durante o segundo mandato do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, por certo que, em um mundo globalizado, e tendo em vista a prolongada recessão enfrentada pela Europa durante a última década, não seria possível ao Brasil passar completamente incólume à pressão do sistema financeiro mundial.

O Brasil começou a sucumbir à crise, embora que tardiamente, muito em razão de erros de condução econômica pontuais do governo Dilma Rousseff, quase todos em cedência às medidas de austeridade que já não estavam dando certo na Europa. Quando se fala em “cedência”, é porque não se pode esquecer de uma pressão coordenada do sistema financeiro globalizado, ávido por lucrar com a lógica neoliberal. Porém, pequenas concessões não contentaram o sistema financeiro e as elites dominantes, ao mesmo tempo em que trouxeram consequências danosas às classes populares, principais fiadoras dos governos petistas até então.

Some-se a isso, uma crise institucional nas relações de forças entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que supostamente deveriam se equilibrar harmonicamente por um sistema de freios e contrapesos.

Sobre o Congresso Nacional brasileiro, tal qual ocorre com o Parlamento Europeu, pode-se destacar o déficit democrático como um de seus principais problemas. No nosso caso, é possível citar como fatores de influência o baixo nível de compreensão sobre as reais funções do parlamento, a ausência de obrigatoriedade de um compromisso prévio dos candidatos na defesa de determinada política econômica ou social, a falta de transparência e prestação de contas dos atos praticados pelos parlamentares, e a inexistência de um mecanismo de participação popular que permita ao cidadão cobrar efetivamente o cumprimento dos pactos políticos selados e eventualmente destituir o mandato daqueles que não os cumprirem.

Como acontece na Europa, em que o cidadão europeu não se sente representado no Parlamento, no Brasil as funções executivas parecem ter uma relação muito mais direta com seus eleitores do que as funções legislativas. Em ambos os casos, a ausência de uma consciência política se reflete em votos personalistas, geralmente influenciados pela superioridade econômica de cada campanha. O marketing, a publicidade, os santinhos, têm tanto valor porque não se vota em ideias, em programas, mas sim nos rostos estampados na propaganda eleitoral. Mas ainda assim é mais fácil compreender as propostas dos cargos majoritários e suas funções são mais claras para um cidadão comum.

Maior exemplo do déficit democrático brasileiro é a esdrúxula sessão de votação do *impeachment* da ex-presidente Dilma, que extraordinariamente transmitida ao vivo pela emissora de televisão que domina esse meio de comunicação, foi um choque para a maioria dos brasileiros, surpresos com o baixo nível de formação política ou até mesmo pessoal da maioria dos parlamentares, cuja justificativa de voto se pautou em questões

extremamente alheias ao processo, como suas próprias famílias, Deus e outras invocações narcisistas.

Neste momento, é necessário pontuar a falta de democratização da mídia, que, concentrada nas mãos de um seleto grupo representante das elites dominantes, apenas compartilha as informações que lhe convém e geralmente direcionadas a seus interesses. Isso contribuiu também para que boa parte do povo brasileiro tenha ficado surpreso com a identidade de seus próprios representantes no Parlamento brasileiro.

A dificuldade de compreensão ou educação para a filtragem daquilo que é disseminado pela mídia monopolizada, faz com que, mesmo que inconscientemente, a opinião publicada seja absorvida como verdade absoluta, de modo que opinião publicada e opinião pública passam a ser sinônimos no contexto nacional.

Essa crise institucional toma proporções ainda maiores, quando a opinião publicada passa a ter ingerência também sobre o Poder Judiciário, intérprete maior da Constituição brasileira e detentor do poder burocrático de dar a última palavra em situações conflituosas envolvendo os demais poderes ou suas ações.

Em outras ocasiões na História mundial, em que a mídia monopolizada promoveu o avanço de forças reacionárias com o recrudescimento do ódio e preconceito de classe disfarçados sob o discurso da “moral e bons costumes”, a omissão do Poder Judiciário no papel de proteger direitos fundamentais e o seu acovardamento ou conivência diante de seguidas medidas de exceção promovidas no combate a um “inimigo” eleito, possibilitaram a instalação de prolongados Estados de Exceção, como foi a Alemanha nazista de Hitler ou a recente ditadura militar no Brasil.

O que permeia a agora conhecida “Operação Lava-Jato” é um juiz singular promovido pela mídia monopolizada a uma figura de super-herói no combate ao mal – aqui representado pela corrupção de parte da classe política que não serve aos propósitos do sistema financeiro e das elites dominantes.

Ao invés de se utilizar a força ou o poderio militar, procura-se a instalação de um Estado de Exceção pela atuação dirigente do próprio Poder Judiciário. A exemplo do que foi feito em 1989 com Fernando Collor, o “caçador de Marajás”, todos os esforços da mídia são direcionados à promoção da figura do juiz singular Sérgio Moro para impedir o retorno do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva à presidência da República.

Aqui a expressão juiz singular não é aplicada no sentido jurídico do juiz que decide sozinho em primeira instância, mas pelo seu próprio adjetivo: trata-se de um caso raro dentro do quadro da magistratura brasileira. Afinal, fugindo de todos os princípios e deveres que permeiam a profissão, essa figura singular se imbuíu de uma parcialidade persecutória desde o início, ignorando legítimos direitos e provas das defesas e atuando de forma sobressalente ao Ministério Público não apenas no descumprimento de expressos preceitos legais e constitucionais, como na promíscua relação com a mídia.

Pode-se dizer que o Conselho Nacional de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal seriam os órgãos capazes de controlar os abusos cometidos pelo juiz Sérgio Moro no exercício da magistratura, até mesmo para devolver credibilidade e seriedade à instituição. Como alertou Montesquieu, é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele, razão pela qual é preciso que sejam estipulados limites e formas de controle à sua atuação. Porém, existe uma passividade tão grande diante dos

públicos desvios de função cometidos, que talvez só possa ser explicada pela pressão incansável da opinião publicada, e a cada vez mais “santificada” promoção da figura pública do singular juiz de Curitiba.

Sergio Moro conduziu um longo e midiático processo, orientado pelo seu próprio solipsismo. Ignorando todos os acordos de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário e passando por cima da própria Constituição Federal, desrespeitou princípios inerentes ao devido processo legal, como o direito à duração razoável do processo, o direito a um juiz imparcial e o direito à paridade de armas, sem contudo conseguir alcançar o seu objetivo final: provas de ilícito cometidos pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Com relação à extensa sentença condenatória baseada apenas em suposições próprias e no depoimento de uma única testemunha (que sequer foi homologado como delação premiada), nem cabe aqui fazer grandes digressões sobre o processo hermenêutico aplicado: a singular sentença se explica pelo desvio de função existente na parcialidade da conduta do juiz que a prolatou. É que sequer se pode falar em círculo hermenêutico, quando o processo interpretativo é cortado na pré-compreensão do intérprete. A partir daí, seu voluntarismo conduziu toda a fundamentação da sentença.

Não é uma grande surpresa que, após anos de uma interação vaidosa com a mídia monopolizada, o juiz Sérgio Moro condenasse o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva apenas com base em sua convicção própria, ainda que diante da completa ausência de provas. É o típico juiz solipsista, já notado anteriormente por Lenio Streck. O que preocupa, porém, é a fundamentação da sentença com base em elementos completamente estranhos ao processo, como questões políticas e matérias publicadas na mídia, e principalmente os ataques do magistrado aos advogados da defesa, estes no exercício de sua profissão. Percebe-se a intenção deliberada não só de condenar alguém sem provas, mas também de condenar o seu legítimo e constitucional direito de defesa, através da repressão aos seus advogados.

Os advogados de defesa de todo o país, infelizmente, já começam a sentir o efeito dominó, em outras jurisdições, da quebra institucional tão promovida sobre a figura desse juiz singular de Curitiba. O perigo é que a singularidade se torne ordinária, ao ponto de abrir espaço para a instalação de um Estado de Exceção, nesse país que viveu tão pouco sob a democracia.

Ainda há esperança, é claro, que o sistema judiciário se recomponha, com a revisão pelos tribunais superiores desse excepcional processo político-midiático-judiciário que vem sendo enfrentado pelo principal representante das classes populares, o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Porém, é necessário também que se faça um trabalho radical de reestruturação de nossas instituições, uma revisão de ponta a ponta, a começar pela reforma política e a democratização da mídia – muito diferente de censura, ressalte-se -, para evitar que o país mergulhe em um Estado de Exceção permanente.

Como diz Thomas Piketty sobre a crise das instituições na União Europeia, o que vale também para a crise institucional brasileira, “homens e mulheres são bons: as instituições é que são ruins e podem ser melhoradas”.

A ÓPERA DO ATRASO, UM APELO À RAZÃO HISTÓRICA

Giovanni Alves*

Il vino si fa con l'uva
Ditado italiano

A classe dominante brasileira de extração colonial-escravista tem um compromisso histórico com a Razão Cínica, produto de um país capitalista dependente e de industrialização hipertardia, incapaz de produzir uma burguesia ilustrada é comprometida com os valores democrático-liberais da era de ascensão histórica do capital. Nossa burguesia nasceu da sociedade agrária conservadora, escravocrata é dependente dos circuitos financeiros internacionais. Nunca se comprometeu a ter um Projeto de Nação que representasse o bem-estar social do povo brasileiro e o respeito aos direitos de cidadania, direitos trabalhistas, previdenciários e sociais. A Razão Cínica da oligarquia brasileira impregnou as camadas médias e a sociedade brasileira, intoxicando-as com a perda da memória histórica e a obsessão na preservação de interesses particularistas contra o povo. Para isso, o povo é a grande ameaça á aqueles que concentram suas mãos a riqueza, o poder e o prestígio social. Contra a Razão histórica impôs-se a Razão Cínica dos poderosos da oligarquia dominante. Tudo que “cheira a povo” e representa seus interesses históricos deve ser condenado é perseguido.

Existe um ethos oligárquico que representa a Razão Cínica que perpassa a classe dominante e as camadas sociais que lhe apoiam. O Brasil foi precoce em exercitar a modernidade senil. Vivemos em tempos de urgência histórica onde mais uma a Razão Cínica permeia discursos e sentenças em nome de valores hipocritamente reivindicadas por aqueles que historicamente estão comprometidos com o poder oligárquico há séculos. Mas o Futuro nos julgará. Contra a vigência da Razão Cínica que permeia os discursos do Poder que tomou de assalto a República brasileira em 2016 só nos resta fazer um apelo à Razão histórica, a lucidez comprometida com os valores da civilização contra a barbáries social que nos condena. Disse o filósofo: “O tempo histórico é o Senhor da Razão”. Portanto, nada como resgatar a memória histórica de uma saga da oligarquia brasileira: o combate ao PT e a sua liderança popular: Lula. Não pelo o que o PT e Lula efetivamente são - elementos da ordem burguesa no Brasil, mas pelo que representam: o sonho do povo brasileiro por uma Nação menos desigual e mais justa. É isto que o Poder oligárquico quer condenar. Eles sabem e mesmo assim o fazem.

* Giovanni Alves é doutor em ciências sociais pela Unicamp, livre-docente em sociologia e professor da Unesp, campus de Marília. É pesquisador do CNPq com bolsa-produtividade em pesquisa e coordenador da RET (Rede de Estudos do Trabalho) – www.estudosdotrabalho.org ; e do Projeto Tela Crítica/CineTrabalho (www.telacritica.org). É autor de vários livros e artigos sobre o tema trabalho e sociabilidade, entre os quais “O novo (e precário) mundo do trabalho: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo (Boitempo Editorial, 2000)”, “Trabalho e subjetividade: O espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório” (Boitempo Editorial, 2011), “Dimensões da Precarização do trabalho” (Ed. Praxis, 2013), “Trabalho e neodesenvolvimentismo” (Ed. Praxis, 2014) e “Labirintos do labor” (Ed. Praxis, 2017, no prelo). E-mail: giovanni.alves@uol.com.br. Home-page: www.giovannialves.org

I Abertura

Assistimos pelo menos nos últimos doze anos uma tremenda ofensiva de frações da burguesia neoliberal brasileira ligadas ao polo hegemônico do imperialismo norte-americano, o mesmo que apoiou a ditadura militar e os governos de direita na América do Sul. Às vésperas da eleição de 2006, produziu-se nos laboratórios da mídia de direita o “Escândalo do Mensalão”. O objetivo latente da mídia neoliberal articulada com frações da oligarquia bacharelesca do alto Judiciário era criar um clima político e social para derrotar Lula nas eleições de 2006 e impedir a sua reeleição. Era preciso inovar na fundamentação jurídica para condenar a cúpula do PT e o próprio Presidente Lula acusando-os de corrupção. Deste modo, utilizou-se com deturpada criatividade, a teoria do Domínio do Fato, adequando-o ao ativismo judicial da direita brasileira. Na verdade, no Brasil, fez-se uma mistura à brasileira da *teoria do domínio do fato* com a *Razão Cínica*, que não é novidade na cena brasileira desde o século XIX tendo em vista que conciliamos aqui liberalismo e escravidão (a vanguarda do atraso civilizatório da terra brasilis deveria impressionar e fascinar, por exemplo, o filósofo alemão Peter Sloterdijk, autor de “Crítica da Razão Cínica” que, se fosse brasileiro, teria incluído em seus cinismos cardinais, o *cinismo judiciário*).

Entretanto, em 2006, o tiro saiu pela culatra – a articulação jurídico-midiática do Escândalo do Mensalão fracassou no seu intento político, pois Lula foi reeleito, derrotando o candidato do PSDB, José Serra. Entretanto, a ofensiva jurídico-midiática contra o PT e suas lideranças políticas prosseguiu, encarcerando importantes quadros da estratégia de poder petista tais como por exemplo, José Dirceu.

Foi notável a habilidade política de Lula em lidar com o poder oligárquico brasileiro, dividindo-o e algumas vezes, confundindo-se com ele. A partir de 2007, após reeleger-se para a Presidência da República, Lula aproximou-se do PMDB de Michel Temer buscando criar uma maioria política capaz de avançar no projeto reformista do PT (o emblema do lusismo, “reformismo sem reformas” ou “reformismo fraco”, como diria André Singer). Imbuído de pragmatismo político intrínseco à inteligência sindical de Lula, o lulismo “confundiu-se” com a banda fisiológica da oligarquia brasileira (o PMDB de Michel Temer) visando isolar a direita neoliberal aliada aos interesses do Departamento de Estado norte-americano.

O governo Lula enfrentou com sucesso os impactos *imediatos* da crise financeira de 2008 no Brasil. O sucesso da economia brasileira e os programas sociais com transferência de renda, tal como o Bolsa-Família, que reduziu a pobreza extrema e combateu a desigualdade social impulsionou sua popularidade. Lula passou a representar o sonho do povo brasileiro por uma Nação menos desigual e mais justa - mesmo que no seu governo a burguesia financeira tenha lucrado como nunca neste País.

O Escândalo do Mensalão e a acusação de corrupção contra o PT, cruzada ideológica levada a cabo pela mídia neoliberal e a oligarquia bacharelesca liberal do alto Judiciário brasileiro, não impediu que Lula elege-se sua candidata a Presidência da República em 2010 – Dilma Rousseff pelo PT, tendo como vice-presidente, Michel Temer, do PMDB. Lula cumpriu o acordo feito com o “cacique” peemedebista logo após as eleições de 2006, indicando-o como “sombra” de Dilma Rousseff. Entretanto, como iremos ver, o *pragmatismo* do lulismo levaria o PT a pagar um alto preço político mais tarde.

O sucesso da empreitada do PT levada a cabo por Dilma Rousseff foi bruscamente interrompida com a conjuntura da economia mundial aberta pela crise do capitalismo global que chegou ao Brasil na primeira metade da década de 2010. A desaceleração da China (2013) e a queda dos preços das *commodities* (2014), além de erros pontuais na política macroeconômica conduzida pelo Ministro Mantega no primeiro governo Dilma Rousseff (2011-2014), contribuíram para uma das maiores crises da economia brasileira dos últimos tempos.

O Ministro da Fazenda de Dilma errou ao manter a apreciação do real em detrimento da indústria nacional (embora a redução da inflação no começo do governo Dilma, tenha aberto espaço para que o câmbio fosse desvalorizado sem que isso implicasse em rompimento da meta de inflação, a política de desindustrialização se manteve); ao adotar uma política de benefícios fiscais para o empresariado brasileiro iludindo-se com a perspectiva de que assim, eles voltassem a investir (os benefícios fiscais concedidos pelo governo Dilma Rousseff, de 2011 até 2015, passaram de 408 bilhões de reais!); e ao conter preços das tarifas dos serviços públicos (por exemplo, petróleo e energia elétrica) como estratégia para manter a inflação na Meta. Além disso, a rendição em 2013 à política do Banco Central, que diante da retomada inflacionária voltou a aumentar juros num cenário de flagrante desaceleração da economia. Entretanto, os erros de condução macroeconômica e a profunda inabilidade política de Dilma Rousseff diante do desmoronamento da arquitetura política do lulista (dissensões no PMDB e rompimento do PSB) indicavam algo mais profundo: os limites do neodesenvolvimentismo diante da crise estrutural do capitalismo brasileiro.

II. Presto Agitato

A *luta de classes* num cenário de avanço da crise da economia e inquietação social, polarizou esquerda e direita no seio da sociedade brasileira. A manipulação midiática da TV Globo e redes afins e a ofensiva jurídica com a nova operação “desmonta PT” - a Operação Lava-Jato – iniciada em 2014, ano da eleição para a Presidência da República, criou um clima de guerra às vésperas da eleição de 2014.

Por um lado, a alta classe média hegemônica pela mídia neoliberal de direita foi às ruas contra o governo Dilma. Desde 2013, o ano das *jornadas de julho*, com a rebelião do precariado tornando-se a revolta da “classe média” *coxinha*, movimentos sociais – MBL, Vem Pra Rua, Revoltados On-Line - financiados pelo empresariado brasileiro – e provavelmente com dólares - aproveitaram a crise político-moral no País para instalar nas ruas a pauta da direita brasileira. A *baixa “classe média”* inquieta pela proletarização – parte dela sob inspiração de ideologias “esquerdistas” sedentas da luta de classes e pregando a luta pelo socialismo – também insurgiu-se como oposição contra o governo Dilma confundindo-se *objetivamente* com a demanda política da direita reacionária.

Apesar dos desvarios à direita e à esquerda da “classe média” brasileira, a *nova classe trabalhadora* (que Lula errou ao denomina-la “nova classe média”), a *classe operária* organizada e o *subproletariado* – beneficiários dos Programas Sociais - conseguiram reeleger por uma pequena margem de votos, Dilma Rousseff em 2014, derrotando o candidato do PSDB, Aécio Neves. Foi uma vitória de Pirro. Mais uma vez, Lula, cabo eleitoral de Dilma, demonstrou sua notável força política de líder popular. A nova derrota política da direita brasileira – a terceira derrota eleitoral em pouco mais de dez

anos! – Seria inaceitável para o bloco no poder da oligarquia brasileira. O bloco de poder recomposto no Brasil não deixaria impune o atrevimento da esquerda petista.

III. Presto Bruscamente

A arquitetura política do lulismo construída em 2006 desmoronou-se mesmo antes da eleição de Dilma Rousseff. O projeto neodesenvolvimentista do PT estava condenado. Em 2014, Lula, Dilma e o PT ganharam no voto popular, mas perderam efetivamente na *correlação de força* no interior da sociedade política e do aparelho de Estado, incluindo Parlamento e os estamentos da Procuradoria Geral da República, Ministério Público Federal, Polícia Federal e o alto Poder Judiciário - o STF (elite política de classe média de extração oligárquico-bacharelesca sob hegemonia liberal).

O Congresso Nacional, eleito em 2014, tinha dentro de si uma composição-bomba, financiada pelo grande capital e articulada em bancadas para fechar com a pauta empresarial da direita conservadora. A conspiração efetiva pelo “desmonte do Brasil” vinha, pelo menos desde 2013. A burguesia brasileira de extração colonial-escravista, diante da crise profunda do capitalismo brasileiro, no calor do Golpe em processo, expressou-se em 2015 por meio do Programa do PMDB – “Ponte para o Futuro” – que sinalizava, logo após Dilma ser reeleita, para a necessidade de uma nova ofensiva neoliberal no Brasil. O Golpe era uma crônica de uma morte anunciada.

Eleita em 2014, com o PT sob fogo cruzado da Operação Lava-Jato e sem maioria política no Congresso Nacional (a arquitetura de alianças política do lulismo tinha implodido – a burguesia não queria mais o PT!), e diante do aprofundamento da crise da economia brasileira - caos da economia criada pelo empresariado nacional, capitaneado pela FIESP e CNI – Dilma Rousseff cometeu erros cruciais na resistência política: por exemplo, iludiu-se (?) indicando Joaquim Lévy, homem do Bradesco, para o Ministério da Fazenda acreditando que pudesse acalmar a burguesia rentista que comanda o bloco no poder recomposto. Outro erro político: manteve como Ministro da Justiça, o débil José Eduardo Cardoso que, com seu republicanismo venal, assistiu impassível movimentações do *golpismo* nas barbas da Polícia Federal; indicou para a Procuradoria-Geral da República, Rodrigo Janot, homem do *corporativismo* do Ministério Público Federal, outro articulador passivo do golpe de 2016; e manteve como articular político o insosso Aluizio Mercadante. Enfim, contra canalhas o republicanismo, além de ineficaz, é burro. Em 31 de agosto de 2016, Dilma Rousseff seria destituída por *impeachment* num ritual macabro de venalidade parlamentar nunca antes visto na história desse país.

IV. O paraíso da Razão Cínica

A Operação Lava-Jato, nascida em 2014, e que hoje acusa e condena o ex-Presidente Lula tornou-se personagem principal do processo do Golpe de 2016 que propiciou que uma quadrilha de bandidos profissionais da política, tomassem de assalto o Parlamento brasileiro e o Palácio do Planalto. Na Ópera do Atraso - o processo do Golpe de 2016 - a Operação Lava-Jato foi o baixo-barítono que acompanhou o alto Judiciário (STF) como barítono do Golpe parlamentar-jurídico de 2016. Como *tenores* e *contratenores* temos o Congresso Nacional. O *contralto*, *mezzo-soprano* e *soprano* são compostos pelos postos-chaves do aparelho de Estado no Brasil (Procuradoria-Geral da República, Polícia Federal, Mídia neoliberal hegemônica). Em 2017, após a *canaglia* destituir inconstitucionalmente a Presidenta Dilma Rousseff (PT) e empossar o Vice-Presidente

Michel Temer (PMDB) como Presidente da República, digladiam-se entre si para ver quem dá prosseguimento ao desmonte da Nação e a espoliação dos direitos do povo brasileiro.

O exercício de memória história torna-se fundamental para nos fazer lembrar que *vinho é feito de uva*, assim como a digna Justiça que hoje condena Lula é a mesma que colaborou (e colabora) com os desdobramentos da Ópera do Atraso que se encena neste País, utilizando com desfaçatez e de modo incorreto da Teoria do Domínio do Fato. No paraíso da Razão Cínica não poderia ser diferente - sempre adaptamos o “moderno” aos nossos interesses arcaicos de extração oligárquica. A ideologia dominante no Brasil neoliberal pertence a constelação da Razão Cínica traço ontogenético do ethos da terra brasilis e que hoje universalizou-se na hipermodernidade senil. Tempos sombrios. Na verdade, o choque de capitalismo de FHC, Lula e Dilma produziram cidadãos reclusos em seu narcisismo, armados de cinismo até a alma. A Razão histórica está à margem.

Entretanto, o medo do povo produz monstros. O advento da razão cínica na hipermodernidade senil anuncia um aprofundamento das mistificações constitutivas do sistema ideológico do capital – política e ideologia jurídica, impondo profundas limitações ao modo tradicional de operar o Estado democrático de direito. Como se sabe, tais mistificações apareciam como inerentes à realidade social burguesa, como condição necessária para que ela própria se reproduza. Contudo, como bem observou Slavoj Žižek, a compreensão da ideologia nessa forma clássica pressupunha, segundo ele, que os agentes comprometidos diretamente na prática utilitária, assim como os analistas superficiais dos acontecimentos econômicos, desconhecem os pressupostos objetivos de suas crenças. Disse ele que a melhor expressão dessa *inocência por ignorância* fora fornecida pelo próprio Marx quando declarou nas páginas de ‘O Capital’, sobre a redução do trabalho concreto ao abstrato, que ela ocorria realmente por meio das práticas sociais cotidianas dos agentes econômicos – e porque não, jurídico-políticos -, mas que “eles não sabem, mas o fazem”. (ŽIŽEK Slavoj. “Eles não sabem o que fazem: O sublime objeto da ideologia”, Zahar Editores, 1992)

Entretanto, Žižek concorda com Peter Sloterdijk (“Crítica da Razão Cínica”, Estação Liberdade, 2012) que o funcionamento da ideologia se tornara *cínico*. Segundo ele, “o sujeito cínico tem perfeita ciência da distância entre a máscara ideológica e a realidade social, mas, apesar disso, *continua a insistir na máscara*”. [o grifo é nosso] Portanto, o filósofo Sloterdijk, num acesso de sinceridade cruel, propusera uma mudança na fórmula expressiva da ideologia: ao invés de afirmar que “eles não sabem, mas o fazem”, ter-se-ia de proferir que “eles sabem muito bem, mas fazem assim mesmo”.

Hoje mais do que nunca, diante do abismo histórico que nos convoca, depois da Ópera do Atraso, é preciso que os homens de bem façam um apelo à Razão histórica, sob pena de afundarmos os nossos dignos valores civilizatórios, entre eles, a Justiça. É preciso lutar contra

A pulsão do Atraso colonial-escravista que cultiva medos e preconceitos atávicos contra o povo e seus representantes políticos. A burguesia *canalha* brasileira e sua “classe média” herdaram do passado lúgubre da formação histórica do Brasil, o estigma do sentido da colonização (Caio Prado Jr.). Isto não é nenhuma novidade. Desde 1964 vislumbramos os desvarios da miséria brasileira nos *golpes* nosso de cada dia (lembram da operação midiática da TV Globo contra Lula nas eleições para Presidência da

República em 1989?). Os canalhas apostam no Alzheimer nacional: a doença degenerativa da memória pública que assola o povo brasileiro.

A magistral Ópera do Atraso que se encena diante dos olhos perplexos da Inteligência brasileira prossegue fazendo a *nova (e insana) revolução burguesa no Brasil* – revolução e contrarrevolução. Os canalhas se digladiam entre si. Na política da Triste República, a grotesca aliança pós-trágica entre mídia neoliberal, burguesia rentista, classe média *imbecilizada* e povo inquietamente *sonolento* (que o lulismo na sua era dourada embalou com o canto do consumo e meritocracia) parece levar o País para a convulsão social. 2018 é a incógnita da Incógnita. Como ato grotesco da Ópera do Atraso, a condenação de Lula por uma sentença que o condena em provas, parece representar um indício da Razão Cínica que caracteriza a miséria brasileira.

OS MÚLTIPLOS E PERVERSOS SIGNIFICADOS DA SENTENÇA DE SERGIO MORO

Gisele Cittadino*

Costumamos aprender, nas primeiras aulas de filosofia da linguagem, que não podemos separar a fala do sujeito da fala. Isto significa que os textos são produzidos por pessoas determinadas, com histórias específicas, inseridas em mundos da vida repletos de valores aos quais tais sujeitos da fala se vinculam. Há, portanto, um elo interno, estruturante, entre quem somos e o que produzimos¹⁵⁹. De outra parte, o leitor de um texto não o aborda a partir de um não-lugar. Recebemos a fala do outro de lugares e contornos próprios, compromissos internalizados, identidades construídas. A polissemia ou os múltiplos significados que um texto possui resultam exatamente dessa diversidade de lugares a partir dos quais recebemos as informações, as falas, os textos, que, por sua vez, são igualmente produzidos desde lugares diversos e perspectivas diferenciadas. Importante ressaltar, no entanto, que a polissemia não resulta na impossibilidade da comunicação. Ao contrário, a nossa capacidade de nos comunicar está intrinsecamente associada ao entendimento. Podemos usar as pernas para chutar uma bola, mas sua função prioritária é nos permitir caminhar. Da mesma maneira, podemos usar a linguagem para enganar, para iludir, mas nenhuma sociedade seria capaz de manter suas relações internas se a linguagem fosse utilizada prioritariamente para uma ação estratégica, voltada para o engano, e não para uma ação comunicativa, voltada para o entendimento.

Quantos de nós entramos numa sala de aula contando com a possibilidade de que o professor nos transmita falsas informações? Quem de nós sai de uma consulta médica considerando que o grave diagnóstico recebido foi o resultado de uma brincadeira de mau gosto? Somos capazes de não obedecer ao comando do bombeiro que manda agarrar a corda para nos tirar do incêndio por supormos que ele não pretende nos ajudar como parece? Certamente que não. Nenhuma dessas possibilidades é sequer considerada porque sabemos que a ação estratégica é parasitária, derivativa da ação comunicativa. Ou, em outras palavras, usamos a linguagem para nos entender. O engano, a mentira, a manipulação são posteriores ao entendimento.

Por que a sentença de Sergio Moro contra Lula nos deixa tão indignados? Não é difícil entender. Basta imaginar o juiz ao lado do professor que sente prazer em confundir seus alunos, do médico que se alegra com a dor do paciente ou do bombeiro que se diverte com as consequências de uma corda frágil. Todas as vezes em que somos capazes de nos dar conta da manipulação e do engano, todas as vezes em que percebemos a ação estratégica, igualmente descobrimos o processo de banimento da comunicação e do entendimento. E por que isso nos deixa indignados? Porque a perversidade, estratégica

* Professora e coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Bolsista I-C em Produtividade em Pesquisa do CNPq. Membro do Conselho Científico do Instituto Joaquín Herrera Flores.

¹⁵⁹ No mundo da arte – e só aí – ficamos encantados com a capacidade daqueles que conseguem falar a partir de lugares que não são seus. Chico Buarque nos emociona exatamente porque consegue autenticidade ao se expressar como uma mulher da antiga Atenas, um exausto operário da construção civil ou a mãe desesperada que acaba de perder o filho.

e manipuladora, significa ignorar a dor alheia na conquista de seus objetivos e prazeres. Ela é o contrário da empatia, da aproximação e do entendimento.

Há na sentença de Moro um conjunto de perversidades, todas elas asseguradoras do engano. Para atingir seus objetivos, o juiz ignora as garantias processuais do réu, manipula a lei e a teoria jurídica e, finalmente, pretende atacar um projeto político de país. Sergio Moro elegeu três inimigos: Lula, o direito e a soberania popular. Não é pouca coisa.

A sentença condenatória é algo terrível se recai sobre um inocente. Não há maior injustiça do que aquela representada por uma decisão ilegal de um dos poderes do Estado sobre um cidadão qualquer. Quando o poder estatal e o monopólio da violência recaem sobre corpos civis, é fundamental que tal decisão seja legal e legítima. O ex-Presidente Lula ou qualquer outro cidadão brasileiro só podem ser condenados, perdendo patrimônio e liberdade, se a materialidade do delito estiver fartamente comprovada, a defesa amplamente assegurada, e garantidas todas as regras do devido processo. Não é isso o que estamos a ver. De uma incompreensível condução coercitiva à ilegal divulgação de grampos telefônicos ilegalmente captados, passando por toda sorte de constrangimentos públicos decorrentes de vazamentos seletivos, o cidadão Luiz Inácio Lula da Silva tem experimentado um calvário que nunca, antes, na história desse país, recaiu sobre um político.

A sentença condenatória igualmente manipula, desvirtua e maneja a norma legal, as teorias do direito e as regras processuais ao seu bel prazer perverso. O adjetivo “formal” é, sem a menor cerimônia, adicionado ao conceito de titularidade e somos todos apresentados à mais nova sensação do direito civil: a propriedade de fato. O ex-Presidente Lula não teria a “titularidade formal” do conhecido “triplex” – a defesa já provou que o proprietário “formal” é a Caixa Econômica Federal – mas foi condenado porque é “proprietário de fato”. A denúncia do Ministério Público, por sua vez, aponta para propinas que teriam sido recebidas pelo ex-Presidente em troca de vantagens para a OAS em contratos da Petrobras. O juiz, ao contestar os embargos de declaração formulados pela defesa, afirma que nunca considerou a possibilidade do ex-Presidente Lula ter recebido vantagens indevidas provenientes dos recursos ilicitamente desviados da Petrobras, inaugurando, dessa maneira, uma regra processual que lhe permite condenar com base em algo que não está presente na denúncia. Finalmente, e para não me alongar em searas alheias, menciono a convicção de Moro, na sentença, de que deveria cogitar na prisão do ex-Presidente. No entanto, não o faz com base em considerações de natureza política, argumentando sobre a possibilidade de um possível trauma. Nesse ponto, é como se o medo o tivesse paralisado e, mais uma vez, nos defrontamos com alguém que ignora a técnica e desrespeita a função que ocupa.

Finalmente, a sentença condenatória tem por objetivo banir o ex-Presidente Lula da vida política nacional. Dentre todas as perversidades dessa decisão judicial, a que pretende impedir a livre manifestação da soberania popular é, sem sombra de dúvidas, a mais grave, especialmente se consideramos a triste trajetória política de um país que sofre com frequentes rupturas institucionais, mesmo quando já julgávamos superados esses traumas. Acreditar que tem a missão de banir um líder político da vida pública, seja porque não concorda com seu projeto de país, seja porque sua preferência caminha numa outra direção, é imaginar a si mesmo como uma espécie de substituto da soberania popular ou como uma vanguarda iluminista de primeira instância. A

democracia brasileira, que já sucumbiu a um recente golpe de Estado, não pode ser conduzida por protagonismos judiciais que pretendam calar a livre manifestação popular.

CONSTITUIÇÃO ÀS FAVAS, O AUTORITARISMO TOGADO CHEGOU: O CASO DE UMA SENTENÇA VICIADA

Gladstone Leonel Júnior*

No melhor estilo Luis XIV, o qual declarava: “O Estado sou eu” na França do século XVII, se observa o juiz Sérgio Moro na condução e finalização do processo relacionado ao ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, atual postulante a presidência da República para as eleições de 2018. Por outro lado, o postulante a “Rei Sol”, se coloca em posição superior à própria Constituição Federal ao sentenciar esse caso, o que deveria ser visto como conduta grave.

A sentença do caso específico é daqueles documentos a serem guardados para que se possa daqui a um tempo constatar, com maior distância histórica, como se aplicavam elementos de um Estado de Exceção em um período que vigia uma Constituição asseguradora de um Estado Democrático de Direito.

Deixarei aos penalistas e processualistas uma análise mais detida sobre as inconsistências da sentença, relacionadas a essas temáticas, e me pautarei em uma abordagem a partir de alguns princípios constitucionais completamente menosprezados na sentença em questão.

O artigo 5º da Constituição Federal é suficiente para resguardar a argumentação necessária a preservação do devido processo legal no Estado Democrático de Direito. A prática judicial trata esses princípios como secundários e mantêm a lógica de um Poder pouco republicano e superficialmente democrático. Essas são as consequências quando se gesta um Poder Judiciário afastado do povo em todas suas dimensões, seja na sua formação e ingresso até na manutenção dos seus privilégios. O mero autocontrole do sistema judicial demonstra-se cotidianamente insuficiente.

O Poder Judiciário passou por vários regimes políticos, sejam ditaduras ou democracias, sem ter se estruturado por uma transversalidade democrática. Por mais que terminassem os regimes autoritários e iniciassem regimes democráticos, como ocorreu no Brasil, os profissionais da Justiça se mantiveram nos cargos reproduzindo uma lógica própria de um poder quase intocável e distante do povo.

Tendo por base esse cenário, não é tão complexo constatar que o uso dos artigos constitucionais nem sempre constituem um compromisso e respeito ao Estado Democrático de Direito na prática judicial. Vejamos o que oferece o artigo 5º da Constituição, iniciando a análise a partir do menosprezo dado à ampla defesa no processo e, conseqüentemente repercutido, na sentença que condena o ex-presidente Lula:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Pós-Doutorado em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade de Brasília.

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

O princípio da ampla defesa não deve ser considerado somente desde o ponto de vista formal, mas obviamente material, ou seja, as provas apresentadas pela defesa devem ser consideradas no processo, quer o julgador queira ou não. O magistrado não pode se esquivar dessa premissa sob o risco de prejudicar o direito de defesa e um julgamento justo.

Além desse, o princípio da imparcialidade é outro que merece destaque nessa análise. Ao longo do processo e no decorrer da sentença, esse talvez tenha sido o princípio constitucional mais achincalhado pelo magistrado Sérgio Moro. Esse princípio, atrelado a outros princípios constitucionais, permitem visualizar os abusos contidos nesse processo. Vejamos o que diz o artigo 5º, inciso XXXVII:

Art. 5º. (...)

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

O princípio do juiz natural é correlato ao do devido processo legal, o qual determina a observância das regras objetivas e já existentes para a fixação de competência, ou seja, tendo a possibilidade de exercitar a jurisdição em algum caso, algo que de alguma forma pressupõem a independência e a imparcialidade do órgão julgador. Um magistrado imparcial é condição *sine qua non* para um adequado julgamento a partir do exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, pois assim, se garante o respeito e a prudência necessária ao estabelecimento do devido processo legal.

Esse inciso deixa clara a vedação ao julgamento parcial. Desde a perspectiva formal, não se montou um tribunal de exceção para julgar Lula, mas considerando o julgamento desde o âmbito material, a parcialidade ficou evidenciada por se tratar da figura do ex-presidente.

Ao longo de todo o processo, o juiz Moro apresentava-se unido aos acusadores, conforme se destacava nas manchetes jornalísticas, no caso o Ministério Público Federal capitaneado pelo senhor Deltan Dallagnol, enquanto qualquer estudante de direito teria condições de constatar que o juiz deveria manter uma distância tanto da acusação quanto da defesa. Defesa essa, que tinha tratamento completamente distinto, sobretudo no seu exercício em audiência, onde o juízo adotava uma postura autoritária e desprezível em relação ao exercício desse direito. Algo que comprometeu a ampla defesa.

Uma das situações mais viscerais dessa parcialidade exercida no decorrer do processo foi a interceptação e gravação ilegal das conversas entre os ex-presidentes/a Lula e Dilma Rousseff. Trata-se de fato notório, que o grampo e a posterior divulgação em um momento político tumultuado em que Lula e Dilma poderiam ser prejudicados, além de um ato irresponsável, configuraram uma usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, que deveria ser a Corte julgadora desse tipo de ação.

Da mesma forma, a parcialidade e o interesse político ficou claro na consideração das delações, sobretudo aquelas que atingiam o ex-presidente Lula, e no episódio abusivo e desarrazoado da condução coercitiva contra o mesmo, sem qualquer necessidade.

A sentença faz o uso dessas delações e escancara a utilização parcial das mesmas, principalmente, ao nos deparar com o acordo de colaboração, que consistiria em uma delação informal, que sequer foi homologada, realizada pelo empreiteiro Léo Pinheiro. Acordo esse que só foi reconhecido, depois que Léo Pinheiro atribuiu conduta criminosa ao ex-presidente Lula.

Na sentença essa parcialidade se evidencia nas considerações a respeito da constituição probatória. Para a caracterização do Triplex, como sendo propriedade do ex-presidente Lula, não se apresentou em nenhum momento, qualquer registro de propriedade que pudesse indicar que ele ou Dona Marisa tivessem a propriedade, de fato. A constituição da prova documental foi realizada a partir de nove trechos da sentença contendo matérias do Jornal *O Globo*, usadas como consistentes o suficiente para essa caracterização. Pasmem! A partir dessas provas documentais, de acordo com o magistrado, seria possível auferir o presidente Lula como proprietário, de fato, do apartamento no Guarujá.

Não resta dúvida que os danos causados por juízes que maculam a decisão em razão da parcialidade tem um potencial superior ao de um simples funcionários público em alguma atuação ilegal. Pois, esse simples funcionário público, diferentemente do magistrado, não coloca em risco o processo por não exercer a jurisdição. O magistrado, agindo parcialmente, uma vez que opta em se manter no processo excedendo as suas funções judiciais por agir com evidenciado interesse político particular, não possui condições de exarar uma decisão jurídica capaz de ser considerada legítima. É nesse tipo de situação, que se verifica o abuso da jurisdição, visto que há um afastamento do interesse público para a preservação, no caso, de interesse político particular.

Na prática, o que se verifica é um tribunal de exceção que se materializou com a sentença de condenação de Lula. A fábula intitulada *A roupa nova do Rei*, nos fornece a possibilidade de apresentar a metáfora quando sentencia a farsa: “O rei está nu!”

Por fim, cabe destacar a parte final da sentença em inglês.

"be you never so high the law is above you". (não importa o quão alto você esteja, a lei ainda está acima de você).

Esse trecho ilustra bem a atuação do magistrado. Era como estivesse rendendo homenagem aos ensinamentos e orientações que teve nos Estados Unidos para tocar esse processo. Ao colocar que ninguém estava acima da lei, esqueceu de si mesmo, aquele que ignorou a Constituição e comprometeu gravemente o devido processo legal. Essa última passagem, só demonstra como o Judiciário continua a agir a partir da colonialidade do saber e concebe a figura do magistrado como um produto pronto para o exercício da colonialidade do ser.

Mesmo diante dessas afrontas constitucionais, espera-se que o Tribunal Regional Federal reforme a sentença, absolvendo o ex-presidente Lula, não por convicção, mas por questão de Justiça.

SENTENÇA DE LULA E LAVA JATO À LUZ DO DIREITO INQUISITORIAL NO BRASIL NO SÉCULO XVIII

Isabela de Andrade Pena Miranda Corby*

Daniel Gonzaga Miranda**

Nas oportunidades que tocamos na temática do Direito Inquisitorial¹⁶⁰, quase sempre nos vem à imaginação cenas de fogueiras, punições em praças públicas da Europa Medieval e magistrados parciais que, como tentáculos da Igreja, investigam, inquiram, sentenciam e executam. Todo este imaginário nos leva a acreditar que o Direito construído pelas teias da Inquisição apresenta um arcabouço jurídico sem critérios previamente definidos e a sua aplicabilidade é decorrente de um querer da sanha punitivista da Igreja e Estado, conectados pelo regime do Padroado, o qual pode ser entendido como “uma combinação de direitos, privilégios e deveres concedidos pelo papado à Coroa portuguesa, patrona nas missões e instituições eclesiásticas católicas-romanas”(Azzi, 1983, p. 155).

Contudo, a nossa formação histórica-jurídica é deficitária em múltiplas searas – inclusive nesse campo dos institutos inquisitoriais. Isso implica por muitas vezes na reafirmação do cenário explicitado acima, o qual tem como horizonte um Tribunal do Santo Ofício Português e deixa de fora dos livros de Direito a presença da Inquisição no cotidiano da colônia Brasileira, atuante desde o primeiro visitador inquisitorial Heitor Furtado, entre 1591 e 1595, responsável por inspecionar Pernambuco, Itamaracá e Paraíba (MARCOCCI;PAIVA, 2013, P.118).

A presença dos agentes inquisitoriais – notários, comissários e familiares – na colônia fora maciça em algumas capitânicas, principalmente naquelas que auferiam mais lucros para a Coroa, como Minas Gerais. Sua atuação perdurou até o final do século XVIII, mesmo sem uma estrutura física de um Tribunal Inquisitorial nas terras brasileiras. Há um grupo notável de Historiadoras e Historiadores que vêm se dedicando há algumas décadas a descortinar esta história oficiosa, tais como Aldair Rodrigues, Anita Novinsk, Bruno Feitler, Laura de Mello Souza, Lina Groisntein, Luiz Mott, Neusa Fernandes, Patrícia Santos, Ronaldo Vainfas, Sônia Siqueira e Ylan de Mattos

Por que trazer a perspectiva do Direito Inquisitorial para analisar brevemente a sentença de Lula e a turbulenta Operação Lava Jato? Porque a espetacularização da mídia hegemônica, somada às críticas de juristas sobre procedimentos eleitos nesta “cruzada da fé” pelo combate à corrupção, têm trazido debates que circundam o imaginário de institutos correlacionados ao Direito Inquisitorial, como por exemplo a postura (im)parcial do juiz Sérgio Moro e a força tarefa do Ministério Público Federal do Paraná, bem como a falta (ou não) de observância aos critérios legalmente previstos.

* Advogada na Assessoria Popular Maria Felipa, Mestre em Direito pela UFMG, Professora no Curso de Direito na Faculdade Promove em Belo Horizonte, Feminista e Militante Social.

** Graduado em História pela Universidade Federal de São João del Rei e militante das Brigadas Populares.

¹⁶⁰ O Direito Inquisitorial explorado neste ensaio é o oriundo da Inquisição Ibérica, criado nos Reinos de Castela e Aragão e Portugal na virada do século XV para o XVI. Para maiores informações: MARCOCCI, Giuseppe. PAIVA, José. *História da Inquisição Portuguesa (1536-1821)*. A Esfera dos Livros: Lisboa, 2013.

Especificamente no caso da sentença de Lula, vários juristas¹⁶¹ têm apontado a falta de provas concretas e objetivas, evidenciando a carência de fundamentação jurídica para sua condenação ante as exacerbadas convicções pessoais do magistrado no percurso de edificação da tese condenatória. Estas críticas, publicadas principalmente nas mídias contra hegemônicas, nos suscitam algumas inquietações e reflexões no que tange às ilações nas quais o Sistema de Justiça Criminal, ao investigar, processar e condenar Lula (não podemos esquecer os demais do mesmo campo político já condenados), age de forma inquisitorial sob o comando de “Inquisidores”.

No entanto, de antemão ousamos discordar parcialmente dessa dedução, pois, ao enveredar pelos estudo do Direito Inquisitorial e suas fontes primárias – sobretudo as denúncias de crimes do Santo Ofício no Episcopado de Mariana, no período de 1745-1764¹⁶² – com a cautela de evitar o anacronismo histórico-jurídico, verificamos que a atuação da máquina inquisitorial no século XVIII na colônia era cercada de um rigor maior e mais qualificado nos critérios jurídicos procedimentais, em contrapartida ao que temos acompanhando no caso concreto de Lula na Operação Lava Jato. Por óbvio, esta constatação deve ser considerada na devida proporcionalidade histórica, observando-se as características de cada época.

Propomos essa reflexão a partir do estudo das denúncias enviadas ao Tribunal do Santo Ofício no primeiro Bispado de Mariana¹⁶³ (1745-1764), principalmente dos supostos crimes de heterodoxias, blasfêmias, desacatos e feitiçarias, lançando-se mão da micro história e da história vista de baixo – metodologias que privilegiam as vozes dos silenciados pela História oficial. Essas denúncias foram compiladas num documento intitulado Cadernos do Promotor,

Uma volumosa série documental composta por manuscritos avulsos, organizados na forma de códice, com cerca de 300 a 600 fólios, contendo registro de denúncias, sumários de testemunhas, devassas e diligências realizadas no Brasil, durante o período de atuação do Santo Ofício na Inquisição de Lisboa. (RESENDE, 2013, p. 403).

Nos dezenove anos do primeiro Bispado na capitania mineira foram localizados cento e cinquenta e duas denúncias de crimes nos Cadernos do Promotor, documentação que reúne diversos delitos previstos pelo Regimento Inquisitorial de 1640¹⁶⁴. Esta codificação extensa era dividida em 3 livros e 72 títulos, condensando quais eram os crimes e como seriam processados, desde a investigação, até a execução da sentença pelo Tribunal do Santo Ofício, bem como por seus agentes. Fernandes (2011, p.60) afirma que o poder obtido pelo Santo Ofício era decorrente da maturidade institucional detalhada nesta legislação, sobretudo devido à observância do texto legal na sua

¹⁶¹ Alguns sites publicaram críticas nesta vertente:

<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/12/comunidade-juridica-critica-condenacao-de-lula-por-sergio-moro/> <http://www.revistaforum.com.br/2017/07/16/fernando-britto-na-sentenca-moro-critica-lula-por-nao-cometer-crime/>. Acesso em 17 de julho de 2017

¹⁶² A autora se dedicou a este estudo no decorrer do mestrado, originando a obra: *A Santa Inquisição nas Minas: Heterodoxias, Blasfêmias, Desacatos e Feitiçarias*, Editora D’Plácido, Belo Horizonte, 2017.

¹⁶³ Para maiores informações deste período: SANTOS, Patrícia Ferreira dos. *Poder e Palavra: discursos, contendas e direito de padroado em Mariana (1748-1764)*. 2007. 306 f. Dissertação (Mestrado em História), Universidade de São Paulo, São Paulo.

¹⁶⁴ SIQUEIRA, Sônia. A disciplina da vida colonial: os Regimentos da Inquisição. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, IHGB, Rio de Janeiro, a 157, nº 392, jul/set. 1996.

aplicabilidade. Tendo em vista o exposto, mostra-se equivocado o imaginário suscitado no início deste ensaio de que a Inquisição teve uma estrutura jurídica vazia e sem critérios: na realidade, os estudos demonstram o oposto.

Ademais, há mais um dado relevante a ser considerado sobre essas denúncias. Alguns historiadores como Aldair Rodrigues, Leônia Resende e Ronaldo Vainfas, revelam que grande parte destas denúncias sequer tornaram processos inquisitoriais por meio de distintas perspectivas em suas justificativas. Vainfas considera que muitas das denúncias relacionadas às feitiçarias e adivinhações, o maior número dentre os outros supostos crimes localizados nas denúncias do primeiro Bispado de Mariana era motivado por intrigas e vinganças:

Inimizades, pequenas disputas, dívidas, eis algumas razões para várias denúncias feitas ao visitador, que, a bem da verdade, sempre inquiria os delatores sobre suas relações com os acusados. Embora incitasse desavenças na comunidade, a Inquisição desejava acusações verdadeiras e fundamentadas, ainda que “no ouvi dizer”, e não em rixas de vizinhos (VAINFAS, 2010, p.296).

A partir do olhar de Vainfas, percebemos que a alternativa do Direito Penal desde a Inquisição foi utilizada como meio de vinganças pessoais e justamente por isto, os agentes inquisitoriais tinham a cautela de se munirem de um número razoável de testemunhos, denúncias e realizações de diligências para levar adiante um processo no Tribunal do Santo Ofício. Realizadas estas breves considerações sobre os procedimentos inquisitoriais e sem deixar de ter no horizonte os abusos cometidos por seus agentes em nome da pureza da fé, é possível constatar que nesse sistema havia uma mínima observância quanto às previsões legais daquela época.

A sentença de Lula, na qual é exarada uma condenação de nove anos e seis meses, foi fundamentada em grande medida – para não dizer totalmente – em uma única fonte de prova: a segunda delação de Leó Pinheiro, ex-presidente da OAS. Seu primeiro acordo de colaboração premiada, no qual Lula era inocentado, foi rejeitado. O processo ouviu no total 73 testemunhas, das quais 27 da acusação negaram que ele teria recebido um apartamento triplex no Guarujá (SP) como contraprestação de corrupção em contratos firmados entre a Petrobras e a construtora OAS.

Esse único dado da sentença do Lula por si só demonstra que a Operação Lava Jato, se contraposta ao Direito Inquisitorial Ibérico, é em certa medida menos criteriosa ao aplicar a legislação e seus procedimentos, faltando um embasamento de provas mínimas para condenar um ex-Presidente da República, tendo em vista que não há qualquer registro que comprove que o tríplex seja propriedade de Lula. Em suma, A falta de critérios deixa essa sentença distante até mesmo do Direito Inquisitorial.

No entanto, outras características apresentam semelhanças, como o uso de testemunhos como prova cabal para condenar crimes contra heresia. O magistrado Sérgio Moro utiliza desse mesmo recurso, além do fato da sentença ser enorme, repetitiva, sem objetividade e nada contundente. O Tribunal do Santo Ofício também utilizava deste expediente. Já existia dúvida acerca das condenações, logo eram necessárias páginas e páginas para convencer de uma culpa previamente imposta. Além disso, a própria espetacularização empenhada pela mídia acerca da Operação Lava Jato assume uma das consequências mais significativas impostas pela Inquisição aos colonos: a exposição dos pecadores em praça pública.

Em virtude das semelhanças detectadas e de algumas distorções sobre o que realmente foi o Direito Inquisitorial, discordamos parcialmente das ilações de que Lula sofreu uma Inquisição. Mas algo precisa ser o sul dos nossos horizontes. A Inquisição não deixou resquícios, mas sim marcas indeléveis na nossa prática penal – e precisamos superar as práticas jurídicas da idade moderna.

Por derradeiro, não podemos olvidar que todas as arbitrariedades e abusos ocorridos nesse processo contra Lula são práticas rotineiras no exercício da advocacia penal, cuja clientela é a população negra e periférica que vem sendo encarcerada em massa nos presídios brasileiros. Logo, torna-se imperioso o campo político da esquerda propor novas políticas públicas de segurança e um plano urgente de democratização do Sistema de Justiça Brasileiro.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Referências Bibliográficas

AZZI, Riolando. A Instituição Eclesiástica durante a primeira época. In: HOORNAERT, Eduardo, et. al., *História da igreja no Brasil: ensaio de interpretação a partir do povo*. Petrópolis: Vozes, 1983, t. II, p. 155-242

CORBY, Isabela de Andrade Pena Miranda. *A Santa Inquisição nas Minas: Heterodoxias, Blasfêmias, Desacatos e Feitiçarias*, Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2017.

FERNANDES, Alécio Nunes. *Dos manuais e regimentos do Santo Ofício portugueses: a longa duração de justiça que criminalizava o pecado (séc. XIV-XVIII)*. 2011. 149f. Dissertação (Mestrado em História). Universidade de Brasília, Brasília. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/8790>. Acesso em: 02 de abril de 2015.

JUSTIFICANDO. *Comunidade jurídica crítica condenação de Lula por Sérgio Moro*. Disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/12/comunidade-juridica-critica-condenacao-de-lula-por-sergio-moro/>. Acesso em 17 de julho de 2017

MARCOCCI, Giuseppe. PAIVA, José. *História da Inquisição Portuguesa (1536-1821)*. A Esfera dos Livros: Lisboa, 2013.

RESENDE, Maria Leônia Chaves de. *Minas Gerais sub examine: inventário das denúncias nos Cadernos do Promotor da Inquisição de Lisboa (século XVIII)*. In: FURTADO, Júnia Ferreira. RESENDE, Maria Leônia Chaves (Org.), *Travessias inquisitoriais das Minas Gerais aos cárceres do Santo Ofício: diálogos e trânsitos religiosos no império luso-brasileiro (sécs. XVI – XVIII)*. Belo Horizonte: Fino Traço Editora Ltda, 2013.

REVISTA FÓRUM. *Fernando Britto: na sentença Moro crítica Lula por não cometer crime*. Disponível em: <http://www.revistaforum.com.br/2017/07/16/fernando-britto-na-sentenca-moro-critica-lula-por-nao-cometer-crime/>. Acesso em 17 de julho de 2017

SANTOS, Patrícia Ferreira dos. *Poder e Palavra: discursos, contendas e direito de padroado em Mariana (1748-1764)*. 2007. 306 f. Dissertação (Mestrado em História), Universidade de São Paulo, São Paulo

VAINFAS, Ronaldo. *Trópico dos pecados*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010

A CRIMINALIZAÇÃO DA AMPLA DEFESA

James Walker Jr *

Convidado a participar desta relevante obra que discorre criticamente acerca da sentença¹⁶⁶ proferida pelo juiz titular da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, através da qual foi condenado o ex-presidente da República, vislumbramos, *ab initio*, uma série de situações anômalas e, por isso, estranhas ao regular exercício de judicatura.

Verifica-se na fundamentação decisória uma característica de deslegitimação sistêmica do exercício defensivo e de garantias, capaz de gerar uma dificuldade intrínseca de reconhecimento de legitimidade dos preceitos decisórios, na medida em que o magistrado confunde o exercício do direito de ação com uma *“tática bastante questionável, como de intimidação do ora julgador, com a propositura de queixa-crime improcedente, e de intimidação de outros agentes da lei, Procurador da República e Delegado, com a propositura de ações de indenização por crimes contra a honra.”*

Historicamente, poderíamos referenciar que desde Beccaria¹⁶⁷, existe uma meta racional da dogmática, capaz de limitar os excessos do Estado, vedando-se que, ao contrário, estes excessos sejam empregados na perspectiva de uma racionalidade utilitarista da persecução penal.

Em seu decreto condenatório o magistrado descreve, em uma perspectiva de violação de direito, o regular exercício do direito de ação como mecanismo repressor, ou mesmo intimidatório, quando a defesa, obediente aos estamentos próprios da prática defensiva, propõe ações legítimas para alcançar os primados defensivos constitucionais.

Assim descreve o julgador:

“958. Como defesa na presente ação penal, tem ele, orientado por seus advogados, adotado táticas bastante questionáveis, como de intimidação do ora julgador, com a propositura de queixa-crime improcedente, e de intimidação de outros agentes da lei, Procurador da República e Delegado, com a propositura de ações de indenização por crimes contra a honra. Até mesmo promoveu ação de indenização contra jornalistas que revelaram fatos relevantes sobre o presente caso, também julgada improcedente (tópico II.1 a II.4). Tem ainda proferido declarações públicas no mínimo inadequadas sobre o processo, por exemplo sugerindo que se assumir o poder irá prender os Procuradores da República ou Delegados da Polícia Federal (05 de maio de 2017, “se eles não me prenderem logo quem sabe um dia eu mando prendê-los pelas mentiras que eles contam, conforme <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/se-eles-nao-me-prenderem-logo-quem-sabe-eu-mando-prende-los-diz-lula/>). Essas

* Advogado criminalista, professor universitário, presidente do IBC Instituto Brasileiro de Compliance, presidente da Comissão de Anticorrupção e Compliance da OAB-Barra RJ, presidente da ABRACRIM-RJ Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas, especialista em Compliance pela Fordham University - NY, especialista em Compliance e Direito Penal pela Universidade de Coimbra, doutorando em Ciências Jurídicas pela UAL Universidade Autônoma de Lisboa, sócio do escritório WALKER ADVOGADOS ASSOCIADOS.

¹⁶⁶ Disponível em:< http://estaticog1.globo.com/2017/07/12/sentenca_lula.pdf> visto em: 21/07/2017

¹⁶⁷ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>> visto em: 21/07/2017.

condutas são inapropriadas e revelam tentativa de intimidação da Justiça, dos agentes da lei e até da imprensa para que não cumpram o seu dever.”

Exsurge da transcrição acima uma autocriação jurídica, com a pretensa intenção de coexistência sistêmica com a matriz de garantias constitucional, onde o magistrado desarmoniza a fundamentação condenatória, para tentar criminalizar o exercício do direito de ação, como prática defensiva, em verdadeira hipertrofia do controle penal, utilizando-se de argumentos de espetacularização, que alcançam as raias do sensacionalismo, quando invoca, inclusive, o legítimo exercício de ação indenizatória do ex-presidente em face de jornalistas, para tentar caracterizar uma tática questionável de defesa.

“(…) Até mesmo promoveu ação de indenização contra jornalistas que revelaram fatos relevantes sobre o presente caso (…).”

Na perspectiva do julgador, percebe-se uma verdadeira hiperbolia sensacionalista¹⁶⁸, capaz de capturar o estado emocional do leitor menos preparado para a hermenêutica, sobretudo daqueles que, naturalmente, em razão do apelo midiático do caso, afastam-se dos *standards* mínimos de segurança do sistema de garantias constitucional, promovendo-se um verdadeiro desnivelamento do campo de jogo.

Afirmar em sentença, pela caneta de um magistrado, que a defesa do réu, ao empreender o legítimo exercício do direito de ação, inclusive em face de jornalistas, pode significar uma tática de “intimidação do ora julgador”, caracteriza uma autocriação jurídica, que enfrenta a epistemologia garantista, capaz de ferir substancialmente o cognitivismo ético da atividade judicante.

Podemos invocar, em alguma medida, as lições do professor René Ariel Dotti, acerca do exercício da ação penal de iniciativa privada, que assim prescreve¹⁶⁹:

“A *ação penal de iniciativa privada* é uma das conquistas democráticas da cidadania e corresponde uma das garantias fundamentais da CF: O acesso ao judiciário para defesa de bem jurídico ameaçado ou lesionado (art. 5º, XXXV).”

Revela-se esta argumentação, como uma, dentre várias iniciativas daquele julgador, tendentes a subverter a estandardização do sistema penal, criando-se uma elasticização de interpretação artificial do exercício do direito de ação como instrumento de criminalização dos mecanismos de defesa e luta contra o arbítrio.

Com efeito, a linguagem empregada pelo magistrado para alunhar a iniciativa defensiva, atribuindo-lhe a pecha de “intimidatória”, revela uma contaminação do discurso, capaz de revelar severas influências da psique do julgador, provavelmente capturada pela indesejável repercussão midiática do caso, onde as paixões política

¹⁶⁸ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 420: “Em que pesem alguma peças processuais serem caracterizadas por uma intrigante debilidade informacional – sobretudo aquelas que deflagram o início da persecução criminal e, conseqüentemente, demarcam aquilo que será objeto jurídico de discussão (notícia-crime, denúncia ou queixa) -, a tradução da situação delitiva em um processo penal igualmente produz discursos potencialmente sensacionalistas”.

¹⁶⁹ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 799.

promoveram um verdadeiro esvaziamento da segurança jurídica, capaz de alcançar os contornos de legalidade daquele decreto condenatório.

Essa contaminação linguística que denota a captura psíquica do julgador por variáveis não jurídicas, próprias do processo midiático, sobretudo nos denominados maxiprocessos, impõe o desafio epistemológico em separar as interferências probatórias das crenças, esta última considerada como um “estado mental”¹⁷⁰.

Essa é a lição que se extrai da aula dos professores Juarez Tavares e Geraldo Prado¹⁷¹, quando prelecionam:

“Além dos processos penais há procedimentos de delação premiada concretizados e, como é inevitável, em circunstâncias semelhantes, alimentadas pelo interesse da comunicação social, que conferem aos fatos ampla e intensa cobertura e dita a linguagem que colonizará requerimentos e decisões, desviando-se de termos técnico-jurídicos, prejulgamentos tomaram a forma inadequada de fundamentos decisórios, ao passo que as convicções ainda se sucedem com dispensa de qualquer atividade probatória”.

O processo e a sentença revelam um duelo ideológico, onde o juiz, abandonando o seu lugar histórico de equidistância das partes, posicionou-se, desde sempre, inclusive em matérias midiáticas, como uma espécie de “defensor do sentimento de pátria traída”, aproximando-se perigosa e lamentavelmente da posição de inquisidor.

A confirmar essa aproximação inquisitória do juiz ao órgão de acusação, desnaturando sua função julgadora e ferindo de morte o princípio do juiz imparcial, trazemos à colação as palavras do próprio magistrado, não proferidas nos autos, mas sim, em seu preferencial canal de comunicação, leia-se, a mídia, assim dispendo¹⁷²:

““O prêmio na verdade não é para mim, existe um trabalho coletivo que envolve o Ministério Público, a Polícia Federal, a Receita Federal e, mesmo no Judiciário, existe um trabalho que não é só meu, é meu, do tribunal, do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal, e é um trabalho ainda em andamento, a única preocupação é chegar ao final desse trabalho garantido a todos o devido processo legal sem atropelamento. Mas ficamos felizes com o prêmio, pois é o reconhecimento da qualidade do trabalho”, disse o juiz.”

Revela-se incontestemente a perspectiva aproximativa estabelecida entre o magistrado e a acusação, que não apenas é afirmada como erigida à categoria de prêmio, entendendo o julgador que o seu trabalho é obra de iniciativa coletiva com a polícia, o ministério público e outros órgãos de repressão.

¹⁷⁰ BOGHOSSIAN, Paul. O medo do conhecimento contra o relativismo e o construtivismo. Lisboa: Gradiva, 2011, p. 21.

¹⁷¹ TRAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo. O Direito Penal e o Processo Penal no Estado de Direito: Análise de casos. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

¹⁷² G1. Juiz da Lava Jato ganha prêmio de personalidade do ano do 'Globo'. Disponível em <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/03/juiz-da-lava-jato-ganha-premio-de-personalidade-do-ano-do-globo.html>>. Visto em 21/07/2017.

Impõe-se o restabelecimento do paradigma histórico do princípio do juiz imparcial, equidistante das partes, capaz, sim, de punir, sem tomar para si a iniciativa punitiva, ou estabelecer o confronto com o condenado, conforme lições de Foucault¹⁷³:

“É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco.”

Em pleno século XXI, diante da necessidade estatal de manutenção da ordem jurídica, deparamo-nos com um modelo ancestral de justiça criminal, onde o estado-juiz empreende a coisificação do jurisdicionado, arrebatando-lhe direitos e garantias constitucionais, reinaugurando uma inquisição há muito adormecida.

Que os tribunais superiores possam resgatar, em momento oportuno, a tradição brasileira de uma justiça democrática, restabelecendo o primado constitucional de garantia dos direitos e princípios que lançam o ser humano na centralidade da ordem jurídica.

¹⁷³ FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 42ª ed. Rio de Janeiro: Petrópolis, 2014. p. 73.

Referências bibliográficas

BOGHOSSIAN, Paul. *O medo do conhecimento contra o relativismo e o construtivismo*. Lisboa: Gradiva, 2011.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Parte Geral*. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2012.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 42ª ed. Rio de Janeiro: Petrópolis, 2014.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TRAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo. *O Direito Penal e o Processo Penal no Estado de Direito: Análise de casos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MORO, LULA E O TRIPLEX: NOTAS SOBRE UM JULGAMENTO

João Paulo Allain Teixeira *

Gustavo Ferreira Santos **

Marcelo Labanca Corrêa de Araújo ***

No dia 12 de julho de 2017 foi publicada a sentença do juiz Sergio Fernando Moro condenando o ex-Presidente Lula por 9 anos e meio de prisão por crime de corrupção e lavagem de dinheiro¹⁷⁴. A decisão, vertida em 238 páginas e 962 parágrafos, traz a justificativa e os fundamentos elencados pelo juiz Moro para a condenação pelo caso do apartamento triplex no Guarujá. Chama a atenção no documento a fragilidade dos argumentos jurídicos, parecendo em várias passagens muito mais uma autodefesa do que propriamente uma condenação, circunstância típica de um juízo que, ao ter se envolvido pessoalmente na causa, perdeu a imparcialidade e a condição de legítimo julgador.

Notório entusiasta da experiência italiana com a operação Mani Puliti, considerada pelo próprio Moro em texto de 2004, como “uma das mais impressionantes cruzadas judiciárias contra a corrupção política e administrativa”¹⁷⁵, o juiz indica como decisiva a “deslegitimação da classe política” para o sucesso das investigações em casos de corrupção.¹⁷⁶ Para alcançar este fim, Moro defende a aliança entre o judiciário e a opinião pública através de ampla divulgação da mídia sobre a atuação dos magistrados. Não por acaso os vídeos em que o próprio Moro pede apoio à população para a continuidade de sua cruzada. Quanto aos métodos adotados para a obtenção das provas, Moro é defensor entusiasmado da delação premiada, considerando que “crimes contra a Administração Pública são cometidos às ocultas e, na maioria das vezes, com artifícios complexos, sendo difícil desvelá-los sem a colaboração de um dos participantes”¹⁷⁷

A sentença do Juiz Moro na Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000 condenando o Ex-Presidente Lula além de refletir estas crenças e convicções, é também reveladora das

* Professor de Direito Constitucional da Universidade Católica de Pernambuco e Filosofia do Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Mestre (UFPE, Universidad Internacional de Andalucía) e Doutor (UFPE) em Direito.

** Professor de Direito Constitucional da Universidade Católica de Pernambuco e da Universidade Federal de Pernambuco (licenciado) Mestre (UFSC) e Doutor (UFPE) em Direito, Pós-Doutorado na Universidade de Valência. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. Procurador do Município do Recife.

*** Professor de Direito Constitucional da Universidade Católica de Pernambuco. Mestre e Doutor em Direito (UFPE). Pós-Doutorado na Universidade de Pisa. Procurador do Banco Central.

¹⁷⁴ A decisão aponta para a condenação. Contudo, estabelece no parágrafo 959 que como “a prisão cautelar de um ex-presidente da República não deixa de envolver certos traumas, a prudência recomenda que se aguarde o julgamento pela Corte de Apelação antes de se extrair as consequências próprias da condenação. Assim, poderá o ex-Presidente Luiz apresentar sua apelação em liberdade”.

¹⁷⁵ MORO, Sergio Fernando. Considerações Sobre a Operação Mani Puliti. p. 56 Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>

¹⁷⁶ MORO, Sergio Fernando. Considerações Sobre a Operação Mani Puliti. p. 57 Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>

¹⁷⁷ MORO, Sergio Fernando. Considerações Sobre a Operação Mani Puliti. p.58 Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>

dificuldades decorrentes da politização do direito e do modelo ativista de atuação judicial no Brasil. A sentença é em si mesma um atestado da perigosa utilização do direito para finalidades políticas, tal como acontece nas hipóteses de “Lawfare”, quando o direito é convertido em instrumento de guerra.

A função da jurisdição é dar respostas jurídicas para problemas jurídicos. A pretensão de responder politicamente a problemas jurídicos compromete a autonomia e funcionalidade do direito. É claro que, em se tratando do julgamento de um ex-Presidente da República e potencial candidato ao cargo em 2018, a dimensão política do julgamento estará sempre presente. Nesse caso, cabe ao julgador zelar pelo estrito cumprimento do direito, evitando a utilização política do processo, já que o espaço apropriado da política não é o judiciário, mas as ruas.

Na decisão do juiz Sérgio Moro, o relatório resume em 47 parágrafos a denúncia e a defesa, iniciando a fundamentação da decisão a partir do questionamento da defesa sobre a imparcialidade do julgador. Para tanto, a sentença traz um conjunto de decisões do TRF4 que chancelam decisões anteriores do juiz Moro na condução do processo, dentre elas, a exceção de suspeição diante de artigos acadêmicos publicados pelo juiz, as decisões sobre quebra de sigilo telefônico, condução coercitiva, busca e apreensão, relações com a imprensa, etc. Todo este percurso argumentativo se estende até o parágrafo 138, quando então a decisão se ocupa com a transcrição de trechos dos depoimentos nos quais o julgador teria supostamente sido ofendido pela defesa.

Dentre os vários aspectos da sentença merecedores de observação, escolhemos trabalhar com as delações premiadas como estratégia processual e com alguns trechos da avaliação do universo probatório pelo juiz Moro:

a) As delações premiadas surgiram no Brasil com a lei 12.850 de 2013, sancionada pela então Presidente Dilma Rousseff. De acordo com a legislação, a delação tem por objetivo instrumentalizar a investigação e por isso, a delação não tem valor probatório em si mesma, devendo ser confirmada pelas provas que indica. É procedimento cercado de garantias, sendo direito do delatado nos termos no art. 5º, V, “não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito”. As delações são utilizadas por Moro como mecanismo fundamental para a formação/confirmação da sua convicção. O problema da delação é que ela pode praticamente se transformar em um instrumento de barganha¹⁷⁸. Se o delator falar algo que interessa ao juiz, terá o benefício, caso contrário, aplica-se o rigor da lei. Nesse contexto, a delação assume um papel fundamental. A decretação de prisão preventiva bem pode servir para forçar uma delação, assim como a soltura acaba sendo o prêmio para quem a praticou.

b) Para a comprovação da propriedade do triplex, a sentença revela desproporção analítica, já que Moro reserva poucos parágrafos para analisar a tese da defesa. Para a acusação, o espaço dedicado na decisão é farto. Moro recorre inclusive a notícias de jornais para formar a sua convicção¹⁷⁹. O juiz transforma, em várias passagens da

¹⁷⁸ Art. 4º, § 8º L. 12850: “O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.”

¹⁷⁹ Parágrafo 376: “Releva destacar que, no ano seguinte à transferência do empreendimento imobiliário para a OAS Empreendimentos, o Jornal O Globo, publicou matéria da jornalista Tatiana Farah, mais especificamente em 10/03/2010, com atualização em 01/11/2011, com o seguinte título "Caso Bancoop:

decisão, suposições de testemunhas em afirmações peremptórias. Por exemplo, quando afirma na sentença, sobre o depoimento de: " Segundo ela, a visita teria tido o objetivo de verificar se o apartamento estaria ficando bom com a reforma". Na verdade, a testemunha respondeu à pergunta do Ministério Público sobre o objetivo da visita ao apartamento de Marisa Leticia e seu filho: "Olha, verificar o andamento da reforma, acredito que isso ". E, mais à frente, disse: "eu fiquei bem pouco perto deles, foi que 'Ah, está ficando bom', aí dá-se a entender que foi o que eles pediram" (parágrafo 488)

Boatos ouvidos pelas testemunhas também viraram provas. Na sentença é destacado do depoimento de Rosivane Soares que era "afirmação comum" no condomínio e na região que o apartamento era do presidente Lula. Disse a testemunha, respondendo se ouvirá falar de quem era o apartamento: "Sim, a maioria dos moradores do condomínio, os comércios na região, eu achei até surpresa quando eu comecei a trabalhar lá, que eu não sabia dessa informação, e eu fui informada, até a primeira eu tive com um comerciante que eu fui fazer um cadastro da empresa para poder faturar, para poder comprar materiais básicos de construção, e foi ele justamente que veio falar 'Ah, é o apartamento do Lula, né', mas não fui informada desde o início não, assim, documentalmente, eu não tenho nenhum tipo de documento que me foi formalizada essa informação." (Parágrafo 500). É comum, nesses depoimentos dos funcionários da empresa responsável pelas reformas, perguntas sobre a postura de Marisa Leticia na visita ao apartamento. O sentimento das testemunhas sobre ser o comportamento dela de uma compradora ou de uma proprietária é utilizado para fundamentar a decisão. Afirma o magistrado no parágrafo 506: "Em uma das visitas de Marisa Letícia Lula da Silva, a testemunha afirma que teria mostrado a ela as dependências do condomínio e que, na sua opinião, ela se portava como uma proprietária do imóvel e não como uma potencial compradora".

A aliança do juiz com a opinião pública (que Moro defende e cultiva) patrocinada pela grande mídia nacional transformou as provas em mero detalhe procedimental. Quando as provas (ou a ausência delas) não falam por si mesmas, toda e qualquer decisão torna-se imprevisível, flutuando ao sabor da conveniência do momento.

A sentença é assim, não apenas reveladora de uma perigosa expansão da jurisdição no Brasil, apresentando também medidas típicas de um regime de exceção democrática. Não há julgamento verdadeiramente justo com o cerceamento do direito de defesa e com a predominância de ilações e conjecturas por parte do julgador a conduzir decisivamente o curso do processo.

A decisão que condenou o Presidente Lula não está fora de contexto. Insere-se em um processo de expansão do poder dos juízes. Processo que já preocupava quando diagnosticado nas estratégias argumentativas adotadas na jurisdição constitucional. Agora, quando se aloja na justiça criminal, faz acender uma luz amarela. Sem freios, assistiremos a novos espetáculos de decisionismos e voluntarismo nos próximos anos.

triplex do casal Lula está atrasado"; Parágrafo 412: "Não muito depois, em 07/12/2014, o Jornal O Globo publicou matéria dos jornalistas Germano Oliveira e Cleide Carvalho a respeito do apartamento triplex no Condomínio Solaris, no Guarujá, e que, segundo ela, pertenceria a Luiz Inácio Lula da Silva e a sua esposa Marisa Letícia Lula da Silva <https://oglobo.globo.com/brasil/cooperativa-entrega-triplex-de-lula-mas-tresmil-ainda-esperam-imovel-14761809>. Grifos nossos.

Quando pessoas investidas dos poderes especiais de magistrado sentem-se à vontade para decidir da forma como bem entenderem, sem necessidade de observar regras, orientadas apenas por seu senso pessoal de justiça, todos estamos ameaçados. Bases do Estado de Direito são corroídas. Ficamos à mercê da reação de uma autoridade sem limites, que tudo pode.

Na clássica tipologia weberiana das formas legítimas de dominação, a dominação carismática é caracterizada pela crença em qualidades extracotidianas do governante. Aí, inserem-se demagogos e caudilhos. O que o Juiz Moro tem feito é um típico um apelo às massas, próprio de democracias cesaristas, algo problemático quando tratamos do Chefe do Executivo, mas especialmente preocupante quando falamos de alguém responsável pelo exercício da jurisdição.

O MALABARISMO JUDICIAL E O FIM DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

João Ricardo Wanderley Dornelles*

“Moro condenou Lula com má consciência. Por que precisou de 60 páginas de auto-justificação, antes de “fundamentar” e proferir a sentença?” (Leonardo Boff)

Na atualidade verificamos a ampliação das práticas penais como meio de regulação dos conflitos na sociedade. Isso tem levado ao deslocamento da política para o campo do sistema de justiça, com os procedimentos penais ocupando centralidade nesse processo. O protagonismo do Poder Judiciário nos processos de criminalização ampliada é um dos pontos mais importantes para o enfraquecimento da ordem constitucional democrática e o crescimento significativo dos espaços de exceção. No Brasil tais características têm sido aprofundadas como forma de intervenção na luta política, em especial nas ações da “Operação Lava Jato”, tendo como consequência imediata a criminalização da política, o aumento da seletividade penal, a estigmatização através da construção da figura do “inimigo” com profundos retrocessos na ordem democrática constitucional.

Assim, como justificar uma sentença condenatória onde não são apresentadas provas, ou o que é considerado como prova se restringe à delação de outro réu em troca de benefícios no seu julgamento? Como considerar séria uma sentença condenatória sem provas materiais, sem documentos comprobatórios da materialidade do crime imputado?

É o caso da sentença proferida no dia 12 de julho de 2017 pelo juiz Sérgio Moro, da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, contra o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Uma decisão que em nada se parece com uma sentença judicial. Assemelhando-se mais a uma longa, com mais de duzentas páginas, opinião pessoal em relação ao réu.

Ao acompanharmos a trajetória do juiz Sérgio Moro, desde o início da chamada “Operação Lava Jato” percebemos uma grande quantidade de situações e decisões no mínimo duvidosas por ele praticadas. A começar pelas inúmeras e exaustivas conduções coercitivas de diferentes acusados, incluindo a do próprio ex-Presidente; a quantidade enorme de pessoas presas preventivamente por um longo período de tempo, sem julgamento; as inúmeras condenações sem provas ou com fragilidade de evidências materiais, chegando à sentença condenatória contra Lula.

A primeira leitura da sentença chama a atenção pela quantidade de páginas, cerca de sessenta, onde o juiz Sérgio Moro dá a impressão que está fazendo uma defesa política da sentença que irá anunciar no final da mesma.

Alguns pontos, dentre outros, que chamam a atenção:

. juiz responsável assume a postura de inquisidor ao se apresentar simultaneamente como julgador e acusador. Em diferentes momentos confundia-se como parte do processo;

* Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio; Coordenador-Geral do Núcleo de Direitos Humanos da PUC-Rio; Membro do Instituto Joaquín Herrera Flores.

- . prática do *Lawfare* em relação ao acusado;
- . cerceamento do direito de defesa, desrespeitando o Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Convenções Internacionais assinadas pelo Brasil, no que se refere ao tratamento dispensado ao acusado e aos seus advogados;
- . seletividade do próprio Sistema de Justiça, que condenou o ex-Presidente Lula sem provas, enquanto existe uma enorme quantidade de provas contra o senador Aécio Neves, Michel Temer; Gedel Vieira Lima etc;
- . a condenação do acusado com absoluta falta de provas;
- . grampo ilegal da conversa telefônica entre ex-Presidente Lula e Presidenta Dilma Rousseff.

Do ponto de vista jurídico, a sentença de Moro é um amontado de argumentos e insinuações que nada provam. Uma peça que confronta a doutrina jurídico-penal, a ordem constitucional democrática e princípios civilizatórios que foram deixados de lado em toda a Operação Lava Jato.

A sentença de Moro incorpora o que existe de pior na área jurídico-penal: a lógica inquisitorial do eficientismo penal, do “direito penal do inimigo”, a confusão promíscua entre o acusador e o julgador. Enfim, expressa um retrocesso, uma volta ao passado pré-moderno, pré-iluminista.

A sentença do juiz Moro, ainda no seu relatório, no item 32, letra “p”, afirma “*que há provas documentais, testemunhal e periciais de que o ex-Presidente era o proprietário do imóvel e que as reformas foram a ele destinadas, sem que houvesse pagamento do preço ou do valor das reformas por ele*”.

Voltamos à pergunta que não quer calar. Onde estão as “*provas documentais, testemunhal e periciais*” que o juiz Moro afirma existirem. Uma afirmação que cai no vazio, já que as provas jamais apareceram no decorrer da sentença ou nos documentos juntados pelo Ministério Público Federal.

Não basta anunciar algo que isso se torna verdade.

Apenas por suposição imaginemos a seguinte situação: alguém resolve acusar o juiz Moro de muitas coisas, imputar-lhe crimes ou outras ilicitudes e ações imorais. E tais acusações serão julgadas por outro magistrado. No entanto, as acusações ficariam no campo das ilações, das suposições, do desejo subjetivo de quem o teria acusado, na intenção, caso não fossem apresentadas provas materiais, testemunhais ou periciais. Ou seja, **intenção, suposição, desejo, intuição e convicção**, por si só, não se transformam em comprovação de um fato, não se tornam verdades. Acusações, seja contra quem for, só se tornam verdades com a existência de provas documentais ou testemunhais, que deem materialidade à acusação, dando concretude e conteúdo preciso sobre os fatos e os atos imputados ao acusado. Somente tais provas são admitidas pelo direito brasileiro.

Saindo do exemplo acima, o mesmo se dá em relação à sentença do juiz Moro em relação às acusações contra o ex-Presidente Lula. Tudo ficou no plano da **subjetividade do julgador**, talvez do seu desejo confundindo-se com o que é a realidade. E o que é mais grave, confundindo o seu desejo e subjetividade com o seu papel público (ou o que deveria ser o papel público de um magistrado), com os seus desejos pessoais e/ou com

suas convicções e posicionamentos político-ideológicos. Mas, ainda assim, sem as provas admitidas no ordenamento jurídico brasileiro.

A crítica que aqui se faz se refere a emissão de uma sentença condenatória contra um cidadão, independente de quem ele é. Uma sentença condenatória que necessita de mais de duas centenas de páginas para tentar provar, de forma meramente argumentativa, a responsabilidade dolosa do réu em relação ao ato a ele imputado. E toda sentença foi calcada apenas nos argumentos apresentados pelo Ministério Público Federal e acompanhados pelo juiz.

E sempre somos obrigados a voltar à questão inicial, onde estão as provas? Atenção, estamos perguntando sobre as provas, não sobre os desejos expressos através de argumentos, convicções ou afirmações. Provas concretas. Onde estão, juiz Moro?

Tudo isso se torna mais grave quando o que se apresenta como provas conclusivas (ou deveríamos escrever “provas”, entre aspas?) são delações premiadas.

Como escreveu o Professor Afrânio Silva Jardim em seu “Parecer para o Comitê de Direitos Humanos da ONU”, do ano de 2016, por ele chamado de “Testemunho Qualificado”:

“Estou convicto de que o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva está “previamente condenado”. Contra ele, criou-se um “clima” de verdadeira perseguição, através de investigações policiais e processo penal carentes de tipicidade penal e do mínimo de provas de conduta de autoria ou participação em delitos. Como se costuma dizer: escolheram o “criminoso” e estão agora procurando o crime...”

Para o jurista Fernando Hideo Lacerda *“não há materialidade para condenação pelo crime de corrupção”, como também “não há embasamento jurídico para condenação pelo crime de lavagem de dinheiro”*. Para ele, *“o fato que embasa a condenação do ex-presidente Lula foi definido pelo juiz como a ‘propriedade de fato’ de um apartamento no Guarujá. Diante disso, ele foi condenado por corrupção (porque teria recebido esse apartamento reformado como vantagem indevida do Grupo OAS em razão de contratos com a Petrobras) e lavagem de dinheiro (porque teria ocultado e dissimulado a titularidade desse imóvel)”*.

Moro, na sua sentença, afirmou que *“o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e sua esposa eram PROPRIETÁRIOS DE FATO do apartamento 164-A, tríplice, no Condomínio Solaris, no Guarujá”*. Fez tal afirmação, embora não exista nenhuma testemunha que afirme que Lula ou a sua esposa tenham frequentado o referido imóvel.

O conceito de *“propriedade de fato”*, usado pelo juiz Moro em sua sentença, não existe no ordenamento jurídico brasileiro. E não existe porque é o conceito de Posse que mais se aproximaria de tal situação. O Código Civil Brasileiro dispõe em seu artigo 1.196 que *“Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”*. Em nenhuma parte da sentença o juiz Moro provou que Lula e/ou a sua esposa tenham exercido, plenamente ou não algum dos poderes inerentes à propriedade. Ou seja, **Lula e Dona Marisa nunca foram proprietários e nunca tiveram a posse sobre o referido imóvel** ou, se assim preferir o juiz Moro, nunca tiveram a *“propriedade de fato”* (sic).

Portanto, na sentença não aparece qualquer prova, ou mesmo indício, de que o ex-Presidente ou sua esposa tenham exercido a posse sobre o tal tríplice. O que existe de

fato foi apenas uma visita do casal ao local para conhecer o imóvel. E uma visita não configura posse (*“propriedade de fato”, segundo o juiz*) e, muito menos, propriedade.

Assim, o que temos? Temos uma única visita para que o juiz tenha concluído que Lula detinha a posse sobre o apartamento.

O que é mais curioso (ou seria apenas um descuido do juiz Moro?) é que não foi apresentado nenhum documento sobre possíveis negociações para a compra do imóvel, nenhum registro de propriedade, nenhuma promessa de compra e venda, promessa de doação, nada que possa indicar que Lula e sua esposa tenham obtido ao menos a posse do triplex ou a perspectiva de virem a ser proprietários do mesmo.

Hideo Lacerda também chama a atenção de que a sentença do juiz Moro por pelo menos nove vezes tenha usado matérias do jornal “O Globo” como se fossem provas documentais. Certo, reconhecemos que as Organizações Globo têm um poder especial em relação à todo o processo da chamada “Operação Lava Jato”, sabemos como bem lembrado por alguém que a “Globo fez a diferença”. Mas é ir longe demais dar status de prova documental às reportagens jornalísticas do jornal carioca. Estranho, para não dizer lamentável ou risível.

Esse conjunto de matérias do “O Globo”, que num passe de mágica judicial se transformou em *“provas documentais”*, seria a comprovação de que Lula é o “proprietário de fato” (sic) do apartamento? Como dito antes, estranho, lamentável, risível.

Mas era importante vincular o caso a Petrobras, afinal como justificar que tal julgamento estivesse no âmbito da Operação Lava Jato? O malabarismo judicial não tem limites. Aqui entrou o papel dos delatores de plantão. Um ex-diretor do Grupo OAS, Léo Pinheiro seria a prova testemunhal para comprovar que a propriedade do imóvel e uma reforma realizada seriam resultados das negociatas envolvendo a Petrobras. Devemos lembrar que Léo Pinheiro ofereceu duas versões da sua delação premiada. Na primeira delas, isentou o ex-Presidente Lula. Como a versão original não agradou ao juiz de Curitiba, outra versão da delação foi feita, desmentindo o que havia sido declarado anteriormente.

E onde estão as provas documentais sobre tais afirmações? Nenhum documento. Nada. As únicas coisas que existem são as declarações colhidas através de negociação de acordo de delação premiada. É importante lembrar que aos delatores não se requer que digam a verdade. **Os delatores as oferecem não em nome da justiça ou por elevados princípios éticos ou nobreza dos seus atos, mas sim para tentar negociar uma pena mais branda ou, melhor dizendo, “salvar pele”.**

Também lembramos de outras coisas: que o juiz Moro não considerou na sentença as mais de setenta testemunhas de defesa de Lula; que no decorrer dos julgamentos da Operação Lava Jato foi seletivo ao tratar das delações premiadas, acatando aquelas que poderiam indicar algo contra Lula e descartando as que negavam o seu envolvimento com recebimento de propinas ou, por *“não vir ao caso”*, as que envolviam políticos do PSDB, como o ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso, Aécio Neves etc.

Para o jurista Dalmo Dallari, a condenação do ex-Presidente Lula é ilegal, pois não aponta a prática de nenhum crime. Não tendo fundamento legal, é uma sentença com motivação política, configurando uma conduta inconstitucional do juiz Sérgio Moro, o

que o sujeitaria a responsabilização, podendo chegar à sua punição, pelos órgãos superiores da Magistratura.

Também Dallari percebe que a “*decisão longuíssima*” cita fatos e apresenta argumentos que “*não contêm qualquer comprovação da prática de um crime que teria sido cometido por Lula*”. Conclui que a condenação do acusado se deu sem qualquer base para uma fundamentação legal, portanto sendo uma condenação política, configurando, assim a sua inconstitucionalidade.¹⁸⁰

A sentença leva em consideração a afirmação de que Lula, quando no exercício da Presidência da República, teria recebido um apartamento tríplice no Guarujá em troca de vantagens para o Grupo OAS em contratos com a Petrobras. Segundo Dallari, “*se realmente isso tivesse ocorrido haveria um fundamento jurídico para o enquadramento de Lula como autor de um crime e para sua consequente condenação juridicamente correta. Ocorre, entretanto, que nos registros públicos competentes não consta que Lula tenha sido ou seja proprietário do mencionado apartamento, nem foi exibido qualquer documento em que ele figure como tal, ou mesmo como compromissário comprador*”. Como o ato que fundamentou a condenação de Lula jamais existiu e nenhuma prova foi apresentada para a sua confirmação, a sentença condenatória se baseou num fundamento falso, portanto ilegal.

Por fim, cabe recurso para o Tribunal Regional Federal da 4a.Região (TRF-4), sediado em Porto Alegre. Segundo o jornal “O Estado de S. Paulo”, o TRF-4 já deu provimento a 38% (trinta e oito por cento) dos recursos interpostos contra decisões do Juiz Moro. Espere-se, assim, que aquele tribunal anule a sentença contra o ex-Presidente Lula. É bom lembrar que recentemente, no dia 27 de junho de 2017, o TRF-4 acolheu o recurso de João Vaccari Neto, ex-tesoureiro do PT, condenado por Sérgio Moro a 15 anos e 4 meses de prisão, absolvendo-o dos crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e associação criminosa. Votaram favoravelmente à absolvição os desembargadores Leandro Paulsen e Victor Luiz dos Santos Laus. O único a defender a manutenção da condenação foi o desembargador João Pedro Gebran Neto. O acolhimento do recurso se fundamentou exatamente na falta da apresentação de provas na sentença condenatória do juiz Moro.

O número relevante de sentenças do juiz Sérgio Moro reformadas no TRF-4 pode ser um indicador de uma prática rotineira nas suas decisões sem embasamento legal.

O normal é que os desembargadores considerem a fragilidade das evidências materiais que fundamentaram a sentença e absolvam Lula. No entanto, não vivemos tempos normais e pesa sobre os desembargadores a pressão política para impedir a sua candidatura em 2018. Pressão exercida pelos mesmos setores envolvidos no Golpe de 2016 que, de forma inconstitucional, afastou a Presidenta Dilma Rousseff.

Mais uma vez a lição de Dalmo de Abreu Dallari é esclarecedora:

“O dado fundamental é que a condenação de Lula pelo Juiz Sérgio Moro não teve fundamentação jurídica, restando, então, como justificativa, a motivação política. E aqui vem muito a propósito lembrar que a Constituição brasileira, no artigo 95, parágrafo único, estabelece, textualmente, que aos juízes é vedado : “III. Dedicar-se à atividade

¹⁸⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Condenação de Lula: sem fundamento legal*. Artigo assinado no Jornal do Brasil (digital – www.jb.com.br), de 15 de julho de 2017.

político-partidária”. Evidentemente, essa atividade pode ser exercida, e estará sendo exercida, quando alguém praticar atos tendo por motivação um objetivo político, seja o favorecimento de um candidato ou de uma corrente política, seja a criação de obstáculos para integrantes de uma orientação política contrária às preferências do Juiz. Ora, proferindo uma decisão desprovida de fundamento jurídico, visando criar obstáculos para um político de destaque oposto às suas convicções e aos candidatos de sua preferência, o Juiz está participando de atividade político-partidária. Foi precisamente o que fez o Juiz Sérgio Moro, que, além de proferir sentença desprovida de fundamento jurídico, ofendeu disposição expressa da Constituição.”

Assim, além da falta de provas materiais, a sentença foi emitida sem fundamento legal e com evidente motivação política. Não se tratou de uma sentença fundamentada no direto, mas sim de um julgamento de exceção.

A INCOMPETÊNCIA DA 13ª VARA FEDERAL DE CURITIBA PARA JULGAR O “CASO DO TRIPLEX”

João Victor Esteves Meirelles *

Introdução

Alcançar a maturidade significa atingir um grau de desenvolvimento completo, a fase adulta, o grau de plenitude na arte, no saber ou em habilidade adquirida¹⁸¹.

A maturidade de um indivíduo, ou seja, seu desenvolvimento até a fase adulta, é medida no dia a dia pela forma com que este reage em face das experiências cotidianas. É a partir de suas ações diante dos acontecimentos diários, principalmente daqueles que lhe são desagradáveis que percebe-se, qualitativamente, o seu grau de desenvolvimento. Assim, pela forma com que age, não pelo que afirma, apreende-se o grau de desenvolvimento do indivíduo.

Com a democracia¹⁸² não é diferente. O termômetro de maturidade democrática de uma sociedade que está sob o regime de um estado direito não se apreende por aquilo que declara sua Constituição, pelos enunciados normativos que esta possui, mas sim pela sua efetiva aplicação, pela forma com que trata seus cidadãos diante das experiências cotidianas.

De forma similar com que se mede o desenvolvimento do indivíduo, o estágio de maturidade democrática de uma sociedade se desnuda nos momentos de turbulência, de experiências desagradáveis, muito mais do que nos tempos de normalidade, quando se navega em águas tranquilas, à margem das tempestades.

Nos momentos de turbulência, uma sociedade demonstra seu compromisso com a democracia por meio da manutenção e aplicação das instituições essenciais do estado de direito. Nos momentos conturbados é que se constata se uma democracia constitucional, que prevê os direitos fundamentais das minorias, exerce sua função contramajoritária, contrapondo-se à vontade da incauta e irracional maioria.

Nesse caso, a tarefa árdua de proteção e garantia dos direitos fundamentais contra a barbárie cabe ao Poder Judiciário, o qual jamais pode ceder à pressão social decorrente da opinião pública(da), sob pena de esvaziamento do seu sentido de existência.

O Brasil vive momentos de turbulência, tempos sombrios em que estão sendo colocados à prova os enunciados daquela que outrora fora denominada *Constituição Cidadã*.

* Advogado. Mestrando em Direito Penal pela PUCSP. Pós-graduado em Ciências Criminais pela ESMP. Graduado em Direito PUC-SP.

¹⁸¹ HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, pág. 1259.

¹⁸² Para evitar uma confusão semântica em relação ao conceito de democracia aqui utilizado, vale ressaltar que o termo, neste texto, sempre se refere à democracia constitucional, não à democracia majoritária. O que distingue ambas é que, enquanto na primeira há adoção da vontade da maioria, respeitando-se os direitos fundamentais da minoria, na segunda há uma prevalência ilimitada da vontade da maioria. Pelo fato da democracia majoritária, em verdade, tratar-se de uma ditadura da maioria, o que é incompatível com o estado de direito, sempre que mencionado o termo democracia neste texto, adota-se o sentido de democracia constitucional.

A tempestade, iniciada com o processo e julgamento da ação penal 470 do STF, apelada pelos meios de comunicação social como *Mensalão*, agora atinge seu ápice com a denominada *Operação Lava Jato*, que apura a prática de condutas ilícitas de políticos e grandes empresários.

A operação, presidida na maioria de suas fases pelo juiz Sérgio Moro, que se tornou figura corriqueira no noticiário nacional como suposto emissário da justiça, serve de paradigma dessa tempestade institucional – em especial no recente julgamento do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva – para analisar a força dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Caberia ao referido magistrado, no exercício de sua função contramajoritária, conter as paixões de parcela da população que destina pouco apreço pelos direitos fundamentais, a fim de julgar o caso com imparcialidade, de acordo com a legislação vigente.

Entretanto, muitas decisões do magistrado responsável pela operação – e a leniência das instâncias recursais com esses atos decisórios – parecem anunciar que nossa consciência democrática ainda engatinha e, ao que tudo indica, está longe, muito longe, daquilo que seria uma democracia constitucional.

Premissas acerca da definição da competência criminal

Muitas são as ilegalidades já perpetradas no âmbito da *Operação Lava Jato*, mas uma tem especial gravidade.

Por um lado pela falta de atenção dos tribunais e da opinião pública sobre ela, e, por outro lado, pelo perigo que gera para a manutenção do Estado Democrático de Direito: a (in)competência da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR para processar e julgar os casos originados da operação e, dentre eles, aquele relacionado ao famigerado *triplex* do Guarujá/SP, supostamente entregue pela OAS ao ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva como vantagem indevida.

Em um Estado Democrático de Direito, ao Estado cabe o monopólio para apuração e aplicação de punição nos casos em que houver ofensa ou ameaça ao direito.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, atribui ao Poder Judiciário essa tarefa, ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, diante da suposta prática de crime, emergindo para o Estado o poder-dever de apreciar o fato e punir seu autor, cabe ao Poder Judiciário - e somente a ele - apurar e, se for o caso, aplicar a punição àquele que praticou o delito.

Essa função estatal delegada ao Poder Judiciário é denominada *jurisdição*, que, nas palavras de DE PLÁCIDO E SILVA, “exprime a extensão e limite do *poder de julgar* de um juiz”¹⁸³.

Malgrado exercida por todos os órgãos do Poder Judiciário, por questão de divisão de trabalho e para fins de especialização das atividades, a jurisdição é distribuída em diferentes órgãos, por meio de critérios de fixação de competência.

A competência do juiz, nas palavras de BADARÓ, é “o âmbito legítimo de exercício da jurisdição conferido a cada órgão jurisdicional”¹⁸⁴. Em outras palavras, refere-se ao

¹⁸³ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro, 2007, pág. 802.

¹⁸⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, pág. 146.

limite que o juiz possui para exercer sua jurisdição, ou seja, a parcela da jurisdição que compete ao órgão jurisdicional de acordo com a lei.

A definição da competência para julgar a prática de um delito, conforme estabelece o artigo 69 do Código de Processo Penal, é fixada com base no lugar da infração, domicílio ou residência do acusado, a natureza da infração, a distribuição, a conexão ou continência, a prevenção ou a prerrogativa de função.

Considerando que o objeto deste artigo é analisar a competência da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR para processar e julgar a ação penal relacionada ao *triplex* localizado na cidade do Guarujá/SP, mas cujas premissas são válidas para todos os demais casos da *Operação Lava Jato*, interessa para uma análise do tema os critérios fixadores da competência por *lugar da infração* e pela *conexão*.

O primeiro critério se baseia no local da infração para estabelecer a competência. Assim, tem-se que o juiz competente é aquele do local onde se consumou o fato delituoso.

O segundo critério que interessa é a conexão, prevista no artigo 76, incisos I, II e III, do Código de Processo Penal. A primeira modalidade ocorre nos casos de conexão intersubjetiva, intersubjetiva concursal ou intersubjetiva por reciprocidade, por meio das quais justifica-se o julgamento por um mesmo juiz em decorrência do interesse probatório e do esclarecimento das circunstâncias da conduta.¹⁸⁵ A segunda modalidade de conexão, prevista no inciso II do artigo, trata da conexão objetiva, a qual se vincula com os crimes antecedentes que justificam a atração de um juízo para julgar fato que, a princípio, não seria de sua competência. Por fim, a conexão prevista no inciso III, denominada conexão probatória, refere-se à relevância comunicativa das provas, o que justificaria uma atração do julgamento com o fim de garantir uma visão mais ampla dos fatos pelo julgador.

Por fim, também interessa para o presente estudo mencionar a competência pela prerrogativa de função.

A Constituição define foros especiais para apuração e julgamento de condutas de indivíduos que ocupem determinados cargos públicos, ou seja, o foro é definido em razão da função desempenhada. Assim, estabelece o artigo 102, inciso I, alíneas “b” e “c”, que cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar os crimes comuns supostamente praticados pelo Presidente da República, Vice-Presidente, membros do Congresso Nacional, seus Ministros e o Procurador Geral da República; e os crimes de responsabilidade e comuns supostamente praticados por Ministros de Estados, os Comandantes das Forças Armadas, os membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas de União e os chefes em missão diplomática de caráter permanente.

A definição da competência no caso do Triplex do Guarujá: a origem da investigação e a falácia da conexão

¹⁸⁵ De acordo com Alexandre Morais da Rosa: “Nos termos do art. 76, I, do CPP, se dá a conexão intersubjetiva, em que a conduta criminalizada acontece em paralelo, sem prévio ajuste, mas em condições de justificar o julgamento simultâneo (brigas coletivas, protestos conjuntos, etc.), a intersubjetiva concursal, em que o prévio ajuste para a realização de condutas criminosas guarda liame entre si (fruto de arma e roubo em seguida, p. ex.) ou intersubjetiva por reciprocidade em que as condutas autônomas se vinculam pela situação fática (lesões recíprocas, ameaças)”. In *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, pág. 632.

Ao subsumir esses critérios legais para o caso do *Triplex do Guarujá*, bem como para os demais casos da rumorosa *Operação Lava Jato*, resta indubitável que, em linha de princípio, o juiz Sérgio Moro não possuiria competência para julgar esses processos. Isto porque, salvo raríssima exceção, não há fato ocorrido no Estado do Paraná que justifique sua competência.¹⁸⁶

Ocorre que, de modo sistemático, em cada nova fase da denominada *Operação Lava Jato*, a referida autoridade judicial justifica sua competência em virtude de suposta *conexão* dos novos casos com uma apuração de lavagem de dinheiro consumado em Londrina/PR. Em outras palavras, o juiz Sergio Moro sustenta que a referida lavagem de dinheiro teria relação com o pagamento de vantagens indevidas a partir de contratos da Petrobras com seus fornecedores.

Cumprido, por este motivo, desmascarar uma falácia repetida mil vezes pela autoridade judicial da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, a qual se tornou uma “verdade”, um “fato consumado”.

No caso do *Triplex do Guarujá* não foi diferente. Ao decidir sobre o pedido de buscas e apreensões no bojo da investigação preliminar, a autoridade judicial consignou ser competente, sob o fundamento de haver *conexão* do caso com aquele que apurou a referida lavagem de dinheiro consumada em Londrina/PR.¹⁸⁷

Para que o fundamento do Magistrado se sustentasse, seria necessário demonstrar de forma inequívoca que havia um liame, uma *conexão*, entre o processo nº. 504722977.2014.404.7000 (lavagem de dinheiro em Londrina/PR) e o caso do *Triplex do Guarujá*, de acordo com os critérios expostos acima (incisos do artigo 76 do Código de Processo Penal).

Contudo, de largada, ainda sem entrar na existência de suposta *conexão*, ao contrário do que argumenta o julgador, os elementos do caso de Londrina/PR demonstram que jamais houve relação dessa lavagem de dinheiro com o pagamento de vantagens indevidas a partir de contratos da Petrobras com seus fornecedores, logo, jamais houve competência do juiz Sérgio Moro por prevenção (artigo 78, inciso II, alínea “c”).

Em breve leitura do relatório da ação penal nº. 504722977.2014.404.7000 – mencionada pela autoridade judicial como sendo a apuração de lavagem consumada em Londrina – nota-se que, em verdade, os recursos utilizados na referida lavagem de dinheiro tinham por origem vantagem ilícita recebida pelo ex-Deputado Federal José Janene relacionada aos fatos da ação penal nº. 470 do Supremo Tribunal Federal.¹⁸⁸

¹⁸⁶ De se notar que a 13ª Vara Federal de Curitiba tem competência para processo e julgamento de ações penais que versem sobre lavagem de dinheiro ocorrido no território da Seção Judiciária do Paraná, isto é, no Estado do Paraná.

¹⁸⁷ Vejamos: “2. Tramitam por este Juízo diversos inquéritos, ações penais e processos incidentes relacionados à assim denominada Operação Lava jato. A investigação, com origem nos inquéritos 2009.70000032500 e 2006.70000186628, iniciou-se com a apuração de crime de lavagem consumado em Londrina/PR, sujeito, portanto, à jurisdição desta Vara, tendo o fato originado a ação penal 504722977.2014.404.7000” (Pedido de busca e apreensão criminal nº 500661729.2016.4.04.7000/PR).

¹⁸⁸ Vejamos: “3. Em síntese, segundo a denúncia, os acusados teriam lavado recursos criminosos de titularidade do ex Deputado Federal José Janene para investimentos em empreendimento industrial em Londrina/PR, constituindo a empresa Dunel Indústria. 4. Relata a denúncia que o ex-Deputado José Janene foi denunciado na Ação Penal nº 470 perante o Supremo Tribunal Federal, restando provado naqueles

Jamais houve prova de que o montante utilizado pelo ex-Deputado Federal para investir na empresa Dunel Indústria, localizada em Londrina/PR, tivesse relação com o recebimento de vantagem indevida de contratos de empreiteiras com a Petrobras.

A própria denúncia da ação penal nº. 504722977.2014.404.7000 relaciona tais vantagens indevidas com os fatos apurados na ação penal nº. 470 do Supremo Tribunal Federal.

Em verdade, a autoridade judicial sempre teve plena consciência de que seu Juízo não era competente para processar e julgar qualquer das centenas de casos relacionadas à denominada *Operação Lava Jato*. No entanto, era preciso “criar” algum fundamento para justificar sua competência. Daí que foi pincelado um fato ocorrido em Londrina/PR e, sem maiores preocupações, menciona-se que tal fato tem a capacidade de gerar uma infinita competência por *conexão*, sem qualquer explicação acerca de sua subsunção às hipóteses do art. 76, incisos I a III, do Código de Processo Penal.

Tal artimanha solapa por completo a garantia que todo cidadão tem de ser julgado pelo *juiz natural* do fato.

Ora, em um Estado Democrático de Direito quem define o juiz competente para julgamento de um fato é a lei, apenas a lei. Aliás, a lei prévia, clara e estrita, não o juízo de conveniência do julgador de plantão.

Os fatos descritos adiante revelam como a referida autoridade judicial instaurou uma investigação perpétua contra alvos selecionados, estendendo sua jurisdição para todo o território nacional.

Tudo isso ao longo de uma investigação que se iniciou em julho de 2006 e que, ainda hoje, *não tem data para terminar*.

Note-se que, na origem, não havia qualquer informação que dissesse respeito à Petrobras.

Já passou da hora de se dar um basta a esse estado inconstitucional de coisas.

Os feitos que se multiplicam no bojo da *Operação Lava Jato* deveriam ter sido remetidos aos seus juízes naturais, pois a 13ª Vara Federal de Curitiba não é um juízo universal.

Ocorre que, na ação penal nº. 504722977.2014.404.7000, feito originário da *Operação Lava Jato* e insistentemente utilizado pelo Juiz Federal Sergio Moro para invocar o instituto da conexão processual, houve sim uma escolha dirigida do juiz!

autos o recebimento por ele e por outros deputados do Partido Progressista, por quinze vezes, de propina, no montante de cerca de R\$ 4.100.000,00, no esquema fraudulento conduzido por Marcos Valério Fernandes de Souza. Referido Deputado teria escapado da condenação por ter falecido antes do julgamento. 5. Cerca de R\$ 1.165.600,08 em recursos criminosos, de titularidade de José Janene, teriam, por sua vez, sido investidos subrepticamente em empreendimento industrial em Londrina, especificamente na empresa Dunel Indústria, que seria de Hermes Freitas Magnus e Maria Teodora Silva. Destes, R\$ 537.252,00 seriam originados de transferências bancárias de contas em nome de pessoas interpostas, mas controladas por Carlos Habib Chater, segundo a denúncia, operador do mercado de câmbio negro em Brasília. Destes, R\$ 618434,08 teriam origem na empresa CSA Project Finance Consultoria e Intermediação de Negócios Empresariais Ltda., empresa esta controlada por Alberto Youssef” (Sentença da ação penal nº. 504722977.2014.404.7000).

A partir disso, reiteradamente, usurpou-se a competência de outros órgãos jurisdicionais, inclusive do STF.

Todavia, antes da referida ação, houve o prolongamento das investigações por quase uma década, o que, por si só, é fato de extrema gravidade.

Evidente que a função pública exercida pelo Dr. Sergio Moro não lhe confere a prerrogativa de devassar perpetuamente a vida de cidadãos, tampouco a de usurpar a competência constitucional de outros órgãos jurisdicionais.

A investigação que culminou na deflagração da *Operação Lava Jato* teve início em 2006. Desde então, o titular da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR tem recebido denúncias contra centenas de investigados e autorizado medidas cautelares, além do retombamento dos autos, para avaliar uma investigação eterna, ao seu arbítrio.

Em 14 de julho de 2006, a autoridade policial representou ao titular da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR com o fito de investigar a relação de Alberto Youssef com o falecido Deputado Federal José Janene (fls. 05/10 do IPL nº 2006.70.00.018662-8). Foi então que teve início a burla na distribuição, com a instauração do procedimento diverso nº. 2006.70.00.018662-8 (posteriormente tombado como IPL 714/2009), distribuído por dependência ao processo nº. 2004.70.00.002414-0.

O elemento que a autoridade policial apontou para requerer a instauração do procedimento criminal diverso é uma prova de origem ilícita: a interceptação de diálogos telefônicos mantidos entre o advogado Adolfo Góis e seu cliente Roberto Brasileiro a respeito de depoimento que este último prestaria à Polícia Federal. Não bastasse isso, naquele momento tanto a autoridade policial quanto o titular da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR tinham pleno conhecimento de que o Sr. José Janene ocupava assento no Congresso Nacional, logo, possuía foro por prerrogativa de função perante o STF (arts. 53, *caput* e § 1º, c.c. 102, *caput* e inciso I, “b”, da CRFB).¹⁸⁹

Registre-se que o falecido Sr. José Janene ocupou uma vaga na Câmara dos Deputados na Legislatura compreendida entre os anos de 2003 e 2007:

http://www2.camara.leg.br/deputados/pesquisa/layouts_deputados_biografia?pk=97792&tipo=0.

¹⁸⁹ Eis os exatos termos da representação policial que confirmam esse argumento: “Para corroborar os indícios de que ALBERTO YOUSSEF sabe e participa da quadrilha de lavadores de dinheiro do Deputado JOSE JANENE, entre eles, ROSA, MEHEIDIN e STAEL FERNANDA, no PCD 2006.70.00.012177-4, de interceptação telefônica, constam duas ligações que deixam indícios que ALBERTO YOUSSEF participou, na noite do dia 20.06.2006, de uma reunião na casa de STAEL FERNANDA, no Condomínio ROYAL GOLF RESIDENCE em Londrina, já sequestrada por esta Vara Federal, juntamente com a esposa dele, JOANA DARC, onde além deles participaram: STAEL FERNANDA, ROSA ALICE VALENTE, e MEHEINDIN HUSSEIN JENNANI, Dr. Adolfo Góis, Advogado dos três últimos, e o Deputado JOSÉ JANENE. [...] Assim, demonstrados indícios veementes de que ALBERTO YOUSSEF sabe e participa, juntamente com JOSÉ JANENE, como mentor das artimanhas para lavar dinheiro do Deputado através da esposa dele, STAEL e seus assessores ROSA e MEHEINDIN, é que se REPRESENTA pela instauração de PCD [...] Londrina, 14 de julho de 2006. GERSON MACHADO Delegado de Polícia Federal” (fls. 6-10 do inquérito nº. 2006.70.00.018662-8).

Em 19 de julho de 2006, o juiz Sergio Moro deferiu todos os pedidos da autoridade policial, sem prévia manifestação do MPF e, em seguida, não abriu vista ao órgão ministerial.

A próxima manifestação da autoridade policial nos autos só ocorreu quase um ano mais tarde, em 03 de maio de 2007, apenas para remeter os autos à Vara Federal, que estava sob inspeção geral ordinária (fl. 37 do inquérito nº. 2006.70.00.018662-8).

O primeiro despacho abrindo vista ao MPF só ocorreu em 09 de setembro de 2008, mais de 02 (dois) anos após a abertura da investigação (fl. 47 do inquérito nº. 2006.70.00.018662-8). O conteúdo da manifestação ministerial é sintomático para que se constate a ausência de neutralidade do titular da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR na condução de uma investigação.¹⁹⁰

Dois anos após o início da investigação, o próprio MPF manifestou que as diligências “*restaram infrutíferas*”, razão pela qual requereu a sua remessa à Polícia Federal, a fim de que a autoridade policial especificasse se havia outras diligências pendentes de realização.

Em 06 de janeiro de 2009, quase 120 dias após a manifestação do MPF e sem que a autoridade policial especificasse se havia diligências pendentes de realização, houve a juntada de uma “*denúncia anônima*” sob a forma de *e-mail*, instruída com diversos documentos (extratos bancários e uma minuta de contrato comercial). A referida “*denúncia anônima*” descreveu que os supostos fatos praticados pelo falecido Deputado Federal José Janene e por Alberto Youssef teriam ocorrido na cidade de São Paulo, em um escritório no Bairro Itaim Bibi, utilizado como suposta base de operações da empresa CSA-Project Finance (fls. 54-71 do inquérito nº. 2006.70.00.018662-8). Basta observar que a referida empresa foi apontada pela Polícia Federal como o centro de operações do investigado Alberto Youssef.

O despacho proferido pela autoridade policial logo após a juntada desses documentos é esclarecedor quanto ao local em que ocorreram os fatos do procedimento primitivo da Operação Lava Jato. Menciona-se expressamente que o local dos fatos era a cidade de São Paulo.¹⁹¹

¹⁹⁰ Eis a conclusão do MPF em sua primeira manifestação nos autos: “II. As diligências perpetradas até o presente momento visando à obtenção de provas quanto a eventual vínculo entre Alberto Youssef e José Janene para a prática do delito de lavagem de dinheiro restaram infrutíferas. Ademais, as conversas telefônicas que indicam a atuação de Alberto Youssef no esquema delituoso ocorreram em junho de 2006, não havendo indícios mais recentes quanto à possível conduta delitiva. Desse modo, este órgão ministerial não vislumbra outras diligências a serem realizadas para aprofundamento das investigações. Não obstante isso, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL requer o retorno dos autos à autoridade policial, a fim de que indique se vislumbra outras diligências a serem realizadas no presente feito, especificando-as. Curitiba, 12 de setembro de 2008. Letícia Pohl Martello Procuradora da República” (fl. 50 do inquérito nº. 2006.70.00.018662-8).

¹⁹¹ Eis o despacho do delegado de Polícia Federal nesse sentido: “Que JOSÉ JANENE fica durante a semana, a maior parte do tempo na cidade de São Paulo, especialmente na sede do Partido Progressista, onde exerce de fato e de direito a função de Tesoureiro. [...] Se JANENE passa a maioria dos dias da semana na cidade de São Paulo-PR (sic) e ALBERTO YOUSSEF não é diferente, basta uma investigação das suas ações em São Paulo, que certamente encontrarão as suas ligações com NAGI NAHAS” (fls. 72-76 do inquérito nº. 2006.70.00.018662-8).

Ou seja, em 2006, no início da investigação, diante do foro por prerrogativa de função do falecido Deputado Federal José Janene, o titular da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR violou a competência do STF para conhecer dos fatos. Em 2009, os documentos juntados aos autos da investigação demonstraram que, naquele estágio, deveria ter ocorrido o declínio de competência para uma das Varas Federais Especializadas da Subseção Judiciária de São Paulo, por força dos arts. 70 e seguintes do CPP.

Ainda que fosse procedente o argumento de que a lavagem consumada em Londrina/PR realmente tivesse alguma relação com o recebimento de vantagens indevidas em contratos da Petrobras, o que se admite apenas por amor ao debate, é de se questionar: qual a relação de tal fato com aquilo que foi objeto da denúncia oferecida contra o ex-presidente Lula? Qual a prova da infração apurada na ação penal nº. 504722977.2014.404.7000 ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influi na prova da infração apurada no processo nº. 5046512-94.2016.4.04.7000, ensejando o instituto da competência por conexão?

A resposta é dada por Lênio Luiz Streck: “em um país em que aquele que provoca tumulto em um posto de gasolina Petrobras situado em Agudo ou em Inhambu corre o risco de ser julgado em Curitiba face à competência infinita da operação ‘lava jato’ (...) Como a ‘lava jato’ pode ser competente? Sei lá. Não faço a mínima ideia. Estou apenas metaforizando. Moro sempre dá um jeito de ver e encontrar uma conexão (...) Eis a conexão para levar tudo para Curitiba. Tudo sempre está interligado, como na história do sujeito que dá uma bofetada no outro por tê-lo chamado, por dedução, de ‘corno’. Afinal, o desafeto ofereceu-lhe um pedaço de queijo. Que vem do leite. Que vem da vaca. Que tem chifres. Simples, pois”.¹⁹²

¹⁹² Fonte: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-26/lenio-streck-queijo-ver-escandalo-teles>, acesso em 20/07/17.

PARCIALIDADE E FETICHE: FREUD EXPLICA

Joao Vitor Passuello Smaniotto*

Décio Franco David**

Nós dizemos não: nós nos negamos a aceitar esta mediocridade como destino

- Galeano -

O sistema, definido por Eduardo Galeano como “máquina”, ensina a “aceitar o horror como se aceita o frio no inverno”¹⁹³. Por coincidência, neste inverno de 2017, recebemos a divulgação da sentença condenatória do Ex-presidente Lula, na qual o magistrado federal Sergio Moro o condena pela prática dos delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. As 218 páginas redigidas pelo magistrado demonstram claramente a intenção do processo e sua declinação a um juízo valorativo alheio à realização de uma conduta típica, concentrando-se, exclusivamente, no símbolo representado pela figura do ex-presidente. Aqui, nessa relação entre o sujeito e o objeto é que se torna compreensível o interesse do julgador. Aqui, reside a verdadeira materialização de todo o quadro paranoico instituído e confirmado pelo primado da hipótese sobre o fato¹⁹⁴.

* Doutor em Ciências Jurídicas e Políticas (Universidad Pablo d’Olavide – Sevilha/Espanha). Mestre em Direitos Humanos, interculturalidade e desenvolvimento (Universidad Pablo d’Olavide - Sevilha/Espanha). Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia (Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil). Professor de Ciência Política e Teoria do Estado, Direito Constitucional, Direito do Trabalho, Direito Sindical e Introdução ao Estudo do Direito, pelas Faculdades Integradas do Vale do Iguaçu - Uniguauçu. Advogado.

** Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Substituto de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Direito Penal da Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP). Advogado.

¹⁹³ GALEANO, Eduardo. Dias e noites de amor e de guerra. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2016, p. 83.

¹⁹⁴ CORDERO, Franco. Guida alla procedura penale. Torino: UTET, 1986, p. 51. A constatação de Cordero se dá explicando que o magistrado cria uma hipótese sobre a qual ele busca, ao longo da instrução, apenas fatos ou significantes confirmadores da acusação, dispensando qualquer elemento diverso. O mesmo raciocínio está presente em CORDERO, Franco. Procedura penale; 7. ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 25. Na psicanálise de Freud, encontramos passagem semelhante quando ele trata de afastar o sofrimento da realidade: “Se já neste procedimento é nítida a intenção de tornar-se independente do mundo exterior, buscando suas satisfações em processos internos, psíquicos, as mesmas características surgem mais fortemente no próximo. Nele o vínculo com a realidade é ainda mais frouxo, a satisfação é obtida de ilusões que a pessoa reconhece como tais, sem que a discrepância entre elas e a realidade lhe perturbe a fruição. O âmbito de que se originam tais ilusões é aquele da vida da fantasia; quando ocorreu o desenvolvimento do sentido da realidade e ficou destinado à satisfação de desejos dificilmente concretizáveis. Entre essas satisfações pela fantasia se destaca a fruição de obras de arte, que por intermédio do artista torna acessível também aos que não são eles mesmos criadores. Quem é receptivo à influência da arte nunca a estima demasiadamente como fonte de prazer e consolo para a vida. Mas a suave narcose em que nos induz a arte não consegue produzir mais que um passageiro alheamento às durezas da vida, não sendo forte o bastante para fazer esquecer a miséria real. Mais energético e mais radical é um outro procedimento, que enxerga na realidade o único inimigo, a fonte de todo sofrimento, com a qual é impossível viver e com a qual, portanto, devemos romper todos os laços, para ser feliz em algum sentido. O eremita dá as costas a este mundo, nada quer saber dele. Mas pode-se fazer mais, pode-se tentar refazê-lo, construir outro em seu lugar, no qual os aspectos mais intoleráveis sejam eliminados

Inicialmente, pode-se verificar que em boa parte da decisão, há uma preocupação sincera (ou não!) do magistrado em justificar seus atos, tentando afastar seus valores e opiniões pessoais em uma clara tentativa de afirmar “não ter outra opção a não ser condenar”. Porém, a partir dos estudos freudianos, é sabido que se “costuma dizer mais do que se pretende dizer”¹⁹⁵. Afinal, em todo discurso, o sujeito fala daquilo de que tem consciência, mas, ao mesmo tempo, o inconsciente também se manifesta no discurso, seja pela escolha de palavras, nas associações, nos lapsos de linguagem, na insistência de alguns significantes, etc¹⁹⁶.

Essa interpretação psicanalítica da decisão nos permite compreender e concluir, desde já, que se está diante de um fetiche punitivo e que a construção do conteúdo decisório reforça uma matriz retributiva¹⁹⁷, muito próxima do que em Nietzsche¹⁹⁸ se identifica como espírito de vingança e que, diversamente do que sustenta em sua decisão, o julgador está, sim, influenciado pela mídia e direcionado a uma perseguição política ou, em termos constantes da decisão, “guerra jurídica”¹⁹⁹.

Assim, sabendo que o inconsciente não está tão oculto assim²⁰⁰, a condenação do ex-presidente demonstra claramente a ausência de imparcialidade do julgador. Um sistema processual democrático centraliza sua atuação na inércia e imparcialidade do magistrado²⁰¹. Como bem afirma Rubens Casara, esse pilar da estrutura da função jurisdicional corresponde a um direito público subjetivo, direito fundamental do cidadão, materializado pelo acesso a um juiz independente e imparcial²⁰². Luigi Ferrajoli afirma que a imparcialidade é expressa por três perfis inerentes à atuação jurisdicional: i) *equidistância*: correspondente ao afastamento do juiz dos interesses das partes; ii) *independência*: representada pela exterioridade do magistrado ao sistema político, e; iii) *naturalidade*: representada pela determinação de sua designação e de suas competências²⁰³. A decisão demonstra a infração aos três *perfis* identificados por

e substituídos por outros conformes aos próprios desejos. O indivíduo que, em desesperada revolta, encetar este caminho para a felicidade, normalmente nada alcançará; a realidade é forte demais para ele. Torna-se um louco, que em geral não encontra quem o ajude na execução de seu delírio. Mas diz-se que cada um de nós, em algum ponto, age de modo semelhante ao paranoico, corrigindo algum traço inaceitável de mundo de acordo com o seu desejo e inscrevendo esse delírio na realidade. É de particular importância o caso em que grande número de pessoas empreende conjuntamente a tentativa de assegurar a felicidade e proteger-se do sofrimento através de uma delirante modificação da realidade” (FREUD, Sigmund. Obras Completas, volume 18: O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936). São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 37-38).

¹⁹⁵ CASARA, Rubens. Mitologia Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 100.

¹⁹⁶ Conforme se verifica em FREUD, Sigmund. Obras Completas, volume 16: O eu e o id, “autobiografia” e outros textos (1923-1925). São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 14-21. No mesmo sentido, GOMES, Gilberto. A teoria freudiana da consciência. Psicologia: Teoria e Pesquisa, vol.19, n.2. [online], 2003, pp.118.

¹⁹⁷ Sobre o assunto, DAVID, Décio Franco; SALOMÃO NETO, Antônio. Fetichismo e Pena: Reflexões sobre psicanálise no Direito Penal. Revista O Mal-Estar no Direito, v. 2, n. 2. Set./2016, p. 1-17

¹⁹⁸ NIETZSCHE, Friedrich. A genealogia da moral. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 31 e ss.

¹⁹⁹ Expressão contida nos itens 39, 66, 77, 83, 118, 127, 128, 131, 132, 138 da sentença.

²⁰⁰ “O inconsciente é um conceito forjado no rastro daquilo que opera para construir o sujeito” (...) “O inconsciente é aquilo que dizemos” (LACAN, Jacques. Escritos. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 844).

²⁰¹ Conforme LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 169-171.

²⁰² CASARA, Rubens. *Op. cit.*, p. 144.

²⁰³ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 534.

Ferrajoli. A *naturalidade* foi objeto de reflexão do magistrado ao justificar sua competência para análise do processo (item II.1) e, independentemente do fato de não se concordar com os fundamentos apresentados pelo magistrado, há, ainda, grotesca agressão aos dois outros perfis. É facilmente observado que a *independência* do magistrado é inexistente. Se o sujeito julgador deve ficar alheio ao sistema político (*independência*), como não questionar sua parcialidade ao fato de ter participado de evento político de partido de oposição ao ex-presidente?²⁰⁴ Do mesmo modo, sua atuação como verdadeiro investigador (parte processual ativa) demonstra a ausência de respeito pela equidistância. Por certo, a desejada imparcialidade não se confunde com neutralidade, conforme explica Jacinto Nelson de Miranda Coutinho²⁰⁵. Pelo contrário. É preciso que além de se manter em uma imparcialidade endoprocessual pela equidistância e afastamento da gestão da prova, o magistrado apresente uma imparcialidade subjetiva²⁰⁶, expressão máxima de sua independência. Isso evita a maculação da democracia processual, a qual exige que os sujeitos se assumam ideologicamente²⁰⁷.

A assunção de um posicionamento ideológico deve estar coadunada à estruturação sistemática constitucional democrática. Em outras palavras, se julgo um réu, que eu o julgue como a pessoa digna e cidadã que é e se houver qualquer fator que interfira nesse processo, que eu me afaste dele. Em outras palavras, se meu (in)consciente deseja a punição, antes mesmo da análise das provas, que eu, magistrado, não exerça o ato de julgar! Essa constatação evita a formalização de uma relação fetichista de punir, subvertendo a parte pelo todo²⁰⁸. Essa subversão, no caso em holofote, corresponde à punição de um membro do partido como se estivesse punindo todo o partido em virtude de se ter uma posição contrária à ideologia do coletivo (partido) ou em uma punição falaciosa que acredita restaurar o *status quo*, seja pela privação de liberdade ou pelo bloqueio de bens²⁰⁹.

No entanto, nesse jogo processual, o ex-presidente não foi identificado como sujeito (significante) pelo magistrado, mas, sim, como objeto (subversão da parte em nome do todo) e, por tal razão, abandonou-se a compreensão de um significante²¹⁰ e buscou-se

²⁰⁴ Aqui, uma observação. O fato é notório com imagens, inclusive, de participações do magistrado em eventos do PSBD. Porém, apenas para manter o referencial acadêmico, segue link de reportagem: <http://www.gazetadopovo.com.br/blogs/certas-palavras/sergio-moro-e-o-palanque-do-pre-candidato-do-psdb/>. Além disso, destaca-se a crítica ao fato da decisão conter como substrato condenatório reportagem de site do jornal “O Globo”, como fundamento de seu posicionamento. (item 376 da sentença);

²⁰⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro. Separata ITEC, ano 1, nº 4 – jan/fev/mar 2000, p. 12.

²⁰⁶ Cf. CASARA, Rubens. *Op. cit.*, p. 146.

²⁰⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo Juiz no Processo Penal. Empório do Direito. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>. Acesso em 21 ju. 2017.

²⁰⁸ Essa substituição do todo pela parte, integra as características fetichistas apresentadas por Binet (abstração e exageração). Desta forma, o objeto particular é uma representação ou projeção de uma imagem do todo. Sobre o assunto, SAFATLE, Vladimir. Fetichismo: Colonizar o Outro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 40-41.

²⁰⁹ No mesmo sentido, DAVID, Décio Franco. SALOMÃO NETO, Antonio. *Op. cit.*, p. 10 e ss.

²¹⁰ “Um sujeito é aquilo que pode ser representado por um significante para outro significante” (LACAN, Jacques. O Seminário, livro 16: de um outro ao outro. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 21).

a satisfação (alcançar) do objeto de fetiche (punir). Desde o famoso escrito de Freud²¹¹, o fetiche pode ser compreendido como algo correlato à imagem, símbolo, etc. A projeção sobre o que se espera do objeto pela realização de uma pulsão (ou, até mesmo uma perversão²¹²), desencadeia atos para alcançar o objeto desejado, esquecendo-se o indivíduo de que muitas vezes o objeto desejado não corresponde ao alcançado, justamente por ser um objeto redescoberto²¹³, o que, de certa forma, é representado pela concepção de *imagem fantásmica*²¹⁴. No presente caso isso corresponde a punir alguém para extirpar a corrupção endêmica. Em suma, a *imagem fantásmica* seria o ex-presidente preso, satisfazendo, portanto, o fetichismo punitivo.

Isso é perceptível por expressões vagas e ambíguas e argumentações que denotam uma inclinação antecipada ao juízo condenatório. Em especial, nos itens 106 a 110, a decisão afirma que é possível a realização de escutas indevidas, o que não caracterizaria uma infração pelo fato de que não foi utilizado nenhum conteúdo dessa ilegalidade, como se o direito à vida privada e à intimidade fossem passíveis de relativização pelo simples fato de que não foram utilizadas tais escutas. No item 126, o julgador afirma que a possibilidade de “revisão de decisões judiciais pelas instâncias superiores faz parte do sistema”, o que está correto. Porém, seu posicionamento ideológico não é este. Como é cediço, o julgador defendeu abertamente proposta para reduzir o número de recursos processuais²¹⁵.

Nos itens 242, 243, 244 e 245, a decisão afirma que há confirmação do conteúdo apresentado em delações, porém, ao longo do texto, verifica-se apenas menção aos próprios depoimentos e documentos incapazes de corroborar o juízo acusatório. Além disso, em trechos da decisão, há clara tentativa de inversão do ônus probatório (especialmente nos itens 442, 447, 448, 449 e 450). As menções a contradições apresentadas pelo julgador servem para projetar uma ideia de que o réu deve provar algo, quando, na verdade, como bem define Paulo Rangel, o ônus é exclusivo da acusação²¹⁶. Em outras palavras, ao afirmar que o ex-presidente “não apresentou

²¹¹ FREUD, Sigmund. Obras Completas, volume 17: Inibição, sintoma e angústia, O futuro de uma ilusão e outros textos (1926-1929). São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 302-310.

²¹² Lacan entende que o fetichismo deve ser classificado como uma perversão (LACAN, Jacques. O Seminário, livro 04: a relação de objeto. Rio de Janeiro: Zahar, 1995, p. 157).

²¹³ LACAN, Jacques. O Seminário, livro 04: a relação de objeto. *Op. cit.*, p. 25.

²¹⁴ “Vimos anteriormente como Freud, em um movimento que será bastante implementado por Lacan, abre as portas para a ressonância do sentido mais arcaico da palavra idealização. Trata-se da submissão do objeto ao esquema mental que dele possuímos. Ou seja, trata-se da apreensão do objeto como projeção de um esquema mental que, no caso do fetichismo, é a imagem fantásmica. (...) O que nos explica, por exemplo, por que o fetichista é necessariamente um *cenógrafo* que, através de uma espécie de contrato, constrói situações nas quais ele procura anular toda dissonância presente no corpo do objeto por intermédio da sua conformação perfeita à imagem” (SAFATLE, Vladimir. *Op. cit.*, p. 120-121).

²¹⁵ Sobre o assunto: DAVID, Décio Franco. As “boas intenções” causam mais um terremoto no sistema jurídico-penal. Justificando. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/04/13/as-boas-intencoes-causam-mais-um-terremoto-no-sistema-juridico-penal/>. Acesso em: 20 jul. 2017.

²¹⁶ A título de exemplo, se o Ministério Público narra, na denúncia, o fato chamado “*matar alguém*” com descrição do *modus operandi* e todas as circunstâncias do delito e em seu interrogatório o réu alega que na data e horário do fato encontrava-se em viagem a outro estado ou país, caberá ao Ministério Público provar o que descreveu na denúncia: um fato típico, ilícito e culpável e, conseqüentemente, seu álibi é falso, através dos meios de prova admitidos no ordenamento jurídico. (...) Enfim... o réu alega, mas o ônus da prova, hoje, diante da constituição, é exclusivo do ministério público. Não se confunde o direito que tem o réu de alegar, em sua defesa, o que bem entender, com o ônus da prova. Este é total e

explicação concreta nenhuma” (item 450), o magistrado inverteu o ônus probatório, característica fundamental da presunção de inocência, consignada no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.

Igualmente, nos itens 468, 591, 592, 593, 627, 628, 629, 630, o magistrado afirma a existência de contradições e, ao invés de valorar as argumentações (por ele chamada de provas) sob o filtro do *in dubio pro reo*, ele interpreta em sentido oposto (“*se há incoerência, é culpado!*” – expressão clara da perversão fetichista). Essa disposição prévia à condenação é gritantemente exposta no sopesamento seletivo de depoimentos, conforme se constata nos itens 641, 642, 643 e 644. Nesses, só foram considerados “verdadeiros”, os depoimentos incriminadores do ex-presidente, materializando, portanto, a imagem fantásmica relativa ao objeto de fetiche. O mesmo ocorre com as inúmeras repetições quanto às contradições e a insistência do magistrado em pedir reiteradamente a mesma explicação (basta uma rápida leitura dos trechos do interrogatório que foram transcritos na sentença – item 437).

Um processo penal democrático deve centrar sua estruturação na *compreensão cênica* defendida por Winfried Hassemer²¹⁷, segundo a qual o magistrado, no papel de expectador, assiste às *histórias* dos atores processuais – haja vista inexistirem verdades por convicção²¹⁸ – de modo que ao final do processo de diálogo, chega-se a um juízo sobre o caso produzido (análise de um objeto fugaz²¹⁹). A compreensão cênica, em si, corresponde, a compreensão da relação entre o que já está produzido no enunciado penal (Direito Penal – caso) com o que vai ser preenchido (Direito Processual Penal) na forma (como e quando) que o texto regula (atos, prazos, sujeitos, procedimento, etc.), tudo em conformidade com as regras processuais democráticas. Nesse modelo, o acusado “não é somente participante da compreensão cênica, mas também o objeto: ele é o próprio meio de prova”²²⁰, e, como tal, merece todo o respeito e preservação de suas garantias processuais e materiais. Infelizmente, tanto o processo quanto a sentença não correspondem a esse modelo. Por isso, pode-se falar de uma desenfreada e delirante busca de “felicidade” pela punição²²¹.

Diante de tudo isso, nós negamos a aceitar o *horror como o frio do inverno*. Nesse momento histórico em que as garantias constitucionais penais parecem evaporar diante da fúria punitivista, nos unimos para dizer *não* a esta decisão, e, dizendo *não*, dizemos *sim* à democracia, como bem escreveu Galeano²²²:

exclusivamente do MP. A regra inserta no art. 5º, LVII, da CRFB deve ser vista como inversora total do ônus da prova e qualquer dúvida que restar diante da não comprovação do fato imputado ao réu pelo ministério público deve, obrigatoriamente, ser resolvida em seu favor. Trata-se da aplicação do princípio *in dubio pro reo*. (RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 23. ed. São Paulo: Atlas, p. 507).

²¹⁷ HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do Direito Penal. Porto Alegre: SAFE, Porto Alegre, 2005, p. 172 e ss.

²¹⁸ HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, p. 186.

²¹⁹ A mesma ponderação sobre a relação com objeto que mencionamos acima é feita por Hassemer: “os objetos não existem fora da nossa percepção e fora das nossas declarações sobre eles, de modo que para verificar a verdade do conhecimento se deva apenas comparar as declarações com os objetos. A teoria da correspondência da verdade é ingênua; correta é a “teoria do consenso sobre a verdade”. (HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, p. 186).

²²⁰ HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, p. 200.

²²¹ Vide nota inicial do texto.

²²² GALEANO, Eduardo. Nós dizemos não 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 12-13.

E neste estado de coisas, nós dizemos *não* à neutralidade da palavra humana. Dizemos *não* aos que nos convidam a lavar as mãos perante as cotidianas crucificações que ocorrem ao nosso redor. À aborrecida fascinação de uma arte fria, indiferente, contempladora do espelho, preferimos uma arte quente, que celebra a aventura humana no mundo e nela participa, uma arte irremediavelmente apaixonada e briguenta. Seria bela a beleza se não fosse justa? Seria justa a justiça, se não fosse bela? Nós dizemos *não* ao divórcio entre a beleza e a justiça, porque dizemos *sim* ao seu abraço poderoso e fecundo.

Acontece que nós dizemos *não*, e dizendo *não* estamos dizendo *sim*.

Dizendo *não* às ditaduras, e *não* às ditaduras disfarçadas de democracias, nós estamos dizendo *sim* à luta pela democracia verdadeira, que a ninguém negará o pão e a palavra, e que será bela e perigosa como um poema de Neruda ou uma canção de Violeta Parra.²²³

²²³ Referências

- CASARA, Rubens. Mitologia Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CORDERO, Franco. Guida alla procedura penale. Torino: UTET, 1986.
- _____. Procedura penale; 7. ed. Milano: Giuffrè, 2003.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro. Separata ITEC, ano 1, nº 4 – jan/fev/mar 2000, p. 3-57.
- _____. O papel do novo Juiz no Processo Penal. Empório do Direito. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>. Acesso em 21 ju. 2017.
- DAVID, Décio Franco. As "boas intenções" causam mais um terremoto no sistema jurídico-penal. Justificando. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/04/13/as-boas-intencoes-causam-mais-um-terremoto-no-sistema-juridico-penal/>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- _____; SALOMÃO NETO, Antônio. Fetichismo e Pena: Reflexões sobre psicanálise no Direito Penal. Revista O Mal-Estar no Direito, v. 2, n. 2. Set./2016, p. 1-17
- FREUD, Sigmund. Obras Completas, volume 16: O eu e o id, "autobiografia" e outros textos (1923-1925). São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- _____. Obras Completas, volume 17: Inibição, sintoma e angústia, O futuro de uma ilusão e outros textos (1926-1929). São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- _____. Obras Completas, volume 18: O mal-estar na civilização, novas conferências introdutória à psicanálise e outros textos (1930-1936). São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GALEANO, Eduardo. Dias e noites de amor e de guerra. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2016.
- _____. Nós dizemos não 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 12-13.
- GOMES, Gilberto. A teoria freudiana da consciência. Psicologia: Teoria e Pesquisa, vol.19, n.2. [online], 2003, pp.117-125.
- LACAN, Jacques. Escritos. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- _____. O Seminário, livro 04: a relação de objeto. Rio de Janeiro: Zahar, 1995.
- _____. O Seminário, livro 16: de um outro ao outro. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NIETZSCHE, Friedrich. A genealogia da moral. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.
- RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 23. ed. São Paulo: Atlas
- SAFATLE, Vladimir. Fetichismo: Colonizar o Outro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

A DOSIMETRIA DA PENA APLICADA A LULA: ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DA CIÊNCIA PENAL MODERNA

Jorge Bheron Rocha *

Muitos são os princípios fundamentais que se referem às garantias do indivíduo na seara penal diante do *jus puniendi* estatal, a fim de promover a proteção da pessoa face ao poderio incontrastável do Estado – *das kälteste aller kalten Ungeheuer*²²⁴ – para a limitação à (e legitimação da) imposição da sanção penal.

Dentre estes princípios que se relacionam à sanção penal, destacamos o da intransmissibilidade da pena e o da individualização da pena, sob cujas luzes das conceituações modernas, e eventuais consequências, será analisada a sentença em que o Juiz Sergio Fernando Moro impôs ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva pena privativa de liberdade de 9 (nove) anos e 6 (seis) meses pela condenação nos crimes de corrupção passiva (art. 317, Código Penal – CP) e de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/98), especificamente no que se refere à incorreção da fixação da sanção, abstraindo-se das questões atinentes à ausência de materialidade e atipicidade dos delitos imputados, matéria, certamente, que será objeto de análise de outros artigos.

A fixação da pena - ou dosimetria da pena - no Brasil adota um critério trifásico²²⁵, afastando o sistema de penas fixas implementadas pelo legislador ou a discricionariedade plena do julgador, promovendo, ao contrário, uma repartição de funções entre um e outro, na medida em que aquele elege patamares mínimos e máximos da pena e parâmetros de dosagem, e este determina a sanção no caso concreto a partir dos critérios legais²²⁶.

Na sentença ora analisada, na primeira fase, o juiz entendeu por valorar negativamente as circunstâncias e consequências do crime e a culpabilidade do agente em relação à corrupção passiva e a culpabilidade em relação à lavagem de dinheiro, a nosso ver, de forma equivocada, pois feriu os Princípios da Intransmissibilidade da Responsabilidade Penal e da Individualização da Pena.

O denominado Princípio da Intransmissibilidade ou Intranscendência da Pena é previsto textualmente na Constituição de 1988 no art. 5º, inciso XLV, que determina que

* Doutorando em Direito Constitucional (Unifor) e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais (FDUC- Portugal). Professor de Direito e Processo Penal. Defensor Público.

²²⁴ NIETZSCHE, Friedrich. “Also sprach Zarathustra: Ein Buch für Alle und Keinen ” iBooks. Epub. Project Gutenberg, p. 97

²²⁵ A primeira fase da dosimetria analisa as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 (culpabilidade, conduta social, personalidade e antecedentes do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima) e estabelece a pena base. Na segunda fase são analisadas as circunstâncias agravantes e atenuantes a fim de encontrar a pena provisória ou intermediária. Por fim, a pena definitiva é alcançada na terceira fase com a análise de eventuais causas de aumento (majorantes) ou causa de diminuição (minorantes).

²²⁶ “Repartição de tarefas e dever de cooperação, jurídico-constitucionalmente vinculada, que existe entre o legislador e o julgador para a individualização e aplicação da pena”. DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal português: as consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra Editora. 2005, p. 193.

*nenhuma pena passará da pessoa do condenado, não podendo atingir – diretamente*²²⁷ - outras pessoas. Na verdade, em respeito às categorias dogmáticas da Ciência Penal, não só a pena, mas todos os elementos que compõem a responsabilidade penal são insusceptíveis de transmissão, o que conduz a inúmeras *refrações* do princípio da intranscendência²²⁸, de forma que *“são intransmissíveis a conduta, a culpa, a pena e, até, as razões de política criminal que levaram à escolha dos instrumentos eficazes para a punição e a prevenção da criminalidade”*²²⁹.

É neste sentido que o Constituinte derivado português substituiu a fórmula original que se referia à intransmissibilidade da pena por uma fórmula mais ampla, ao prescrever a intransmissibilidade da responsabilidade penal²³⁰, de forma a abarcar a todos os demais sentidos aptos à integral proteção da pessoa frente ao Estado, dando-se a devida extensão e conceituação à intranscendência.

Na sentença, o magistrado valora negativamente as circunstâncias do crime porque supostamente a *prática da corrupção envolveu a destinação de dezesseis milhões de reais a agentes políticos do Partido dos Trabalhadores - PT* e as consequências do crime em razão de *o custo da propina ter sido repassado à Petrobras, através da cobrança de preço superior à estimativa, tendo a estatal arcado com o prejuízo no valor equivalente*, conflitando, contudo, com premissa da mesma sentença (parágrafo 862) de que *“há crime de corrupção se há pagamento de vantagem indevida a agente público em razão do cargo por ele ocupado”*, fixando esta vantagem, no caso específico, como o valor de R\$ 2.252.472,96²³¹. Teria, para o magistrado, a corrupção passiva do ex-presidente sido caracterizada pelo pagamento deste valor como vantagem indevida, valor este muito inferior aos supostamente apurados *dezesseis milhões de reais* pagos a agentes políticos do PT, havendo, portanto, uma nítida transposição de responsabilidade penal ao atribuir

²²⁷ Os efeitos indiretos da prisão ocorrem, naturalmente, e são inclusive reconhecidos pelo Estado, quando prevê, por exemplo, a concessão de auxílio-reclusão à família do preso. Neste sentido: *“não resta a menor dúvida de que o motorista profissional, condenado a esta última punição, teria muita dificuldade para o sustento da família, a qual acabaria por ser indiretamente atingida”*. SHECAIRA, Sergio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier. 2011, pp. 92/93; *“la multa se impone ao padre de familia repercute sobre la capacidad económica del grupo familiar”*. ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Valência: Editorial Tirant lo Blanch, 2008, p. 163.

²²⁸ CANOTILHO e MOREIRA exemplificam: *“(a) extinção da pena (qualquer que seja) e do procedimento criminal com a morte do agente; (b) proibição da transmissão da pena para familiares, parentes ou terceiros; (c) impossibilidade de sub-rogação no cumprimento das penas.”* CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 504.

²²⁹ ROCHA, Jorge Bheron. A (In)Transmissibilidade da Responsabilidade Penal da Pessoa Coletiva. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p.9.

²³⁰ Art. 13º.: O n. 3 do artigo 30º da Constituição: *“(as penas são intransmissíveis)”* é substituído por: *«3. A responsabilidade penal é insusceptível de transmissão.»*. Lei Constitucional n.º 1/97 de 20 de setembro (quarta revisão constitucional).

²³¹ R\$ 1.147.770,96 referentes à *“diferença entre o preço pago para aquisição pelo ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e por sua esposa pelo apartamento simples 141 e o preço do apartamento 164-A, triplex, no Condomínio Solaris, no Guarujá”* (parágrafo 845) e o valor de R\$ 1.104.702,00 relativamente ao *“custo das reformas efetuadas em 2014 no apartamento 164-A, triplex, no Condomínio Solaris, no Guarujá”* (parágrafo 846).

o montante total destinado a inúmeras pessoas para um único indivíduo, como forma de valoração negativa das circunstâncias e das consequências do crime.

Ademais, salienta o magistrado em inúmeras passagens, especialmente na fundamentação, que *“para o julgamento do presente caso, basta verificar se existe prova de sua participação [Lula] nos crimes de corrupção e lavagem narrados na denúncia”* (parágrafo 807), ou seja, a responsabilidade individual do acusado, entretanto em choque com o dispositivo da sentença que utiliza as argumentações de que *“o crime foi praticado em um esquema criminoso mais amplo no qual o pagamento de propinas havia se tornado rotina”* e de que a *“estatal ainda arcou com o prejuízo no valor equivalente”* para a negatização das moduladoras das circunstâncias e das consequências. Perceba-se, portanto, que na sentença analisada houve uma transmissibilidade inaceitável da responsabilidade penal apurada no processo em que houve a condenação.

Assim, relativamente ao ex-Presidente Lula, não se estava diante da apuração da ocorrência geral do desvio de propinas, mas da apuração da responsabilidade penal no crime de corrupção passiva, que supostamente envolvia, em relação a ele especificamente, o montante de R\$ 2.252.472,96, e, neste ponto, a Intranscendência da responsabilidade penal - sob a forma específica das circunstâncias e consequências do crime - está intimamente ligada ao Princípio da Individualização da Pena²³², no sentido de que a fixação da pena a ser imposta ao indivíduo deve ter como condicionantes apenas os fatos que se configurem como em circunstâncias e consequências próprias, que lhes são imputados, e não fatos alheios.

Por outro lado, concretamente, as citadas moduladoras que o magistrado reputa como delimitadas na acusação e supostamente provadas por esta, são inerentes ao próprio tipo penal aplicado, e, portanto, já punidos por esta, configurando *bis in idem* sua utilização como circunstâncias judiciais do art. 59, CP, insubsistente, portanto, a possibilidade de se valorá-las negativamente.

Perceba-se que em relação à condenação da lavagem de dinheiro o magistrado reputa as circunstâncias como neutras, o que ainda mais demonstra a total irrazoabilidade da aferição desfavorável da moduladora na condenação do crime de corrupção passiva.

Na análise da última moduladora - a da culpabilidade, registramos que a sentença confunde os conceitos de personalidade e culpabilidade como critérios para fixação da pena base. Ora, ou se está a verificar as questões presentes nos autos relativas à culpabilidade, ou se está a analisar as questões atinentes à personalidade.

Como dito, não se admite a transmissão, para além da pena, das ações e omissões de um indivíduo a outro, ou da culpa penalmente relevante de uma pessoa para outra. Neste último aspecto, registre-se o entendimento de que a culpabilidade tem dupla função na hodierna categorização penal. Por um lado, entende-se que a culpa é – ao

²³² *“desde o momento de discussão, elaboração, votação e aprovação das normas penais incriminadoras, em cujas previsões se encontram as penas abstratamente aplicáveis, em razão de exigência de legalidade e anterioridade aos crimes ocorridos após sua entrada em vigor, passando pelo momento da apuração do crime, da constituição dos arguidos, instrução criminal, da sentença condenatória, o período de cumprimento da pena e a sua extinção, mais para além ainda, na regulamentação da reabilitação, regras de reincidência e registo criminal.”*ROCHA, Jorge Bheron, op. Cit.. p9

lado da tipicidade e da ilicitude²³³ – uma categoria dogmática essencial à imputação de qualquer delito a uma pessoa, seja ela individual ou coletiva, não podendo conceber-se a ideia de perpetração de um crime sem que o agente tenha agido com culpabilidade²³⁴. Um dos princípios basilares do Direito Penal reside na compreensão de que a culpa se constitui em suporte axiológico-normativo inafastável da pena (seu fundamento), expressa também através do brocardo em latim *nulla poena sine culpa*. Por outro ângulo, a culpa ou, melhor dizendo, a medida da culpa, constitui um limite intransponível da pena²³⁵.

Formulando de outra maneira: a culpa caracteriza a responsabilidade penal – o próprio crime – juntamente com a tipicidade e a antijuridicidade, e é medida da pena, no que não se pode permitir a transmissibilidade da culpabilidade, quer para caracterizar a existência de crime, quer para valorar o *quantum* de pena aplicado.

Do fato de a culpabilidade ser medida da sanção, decorre que a individualização da pena dá-se através da individualização da culpa, pois esta fornece critérios para a determinação da medida concreta da pena²³⁶, tendo especial relevo no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que o CP prevê como uma das moduladoras da pena base – primeira das três fases da dosimetria da pena – a culpabilidade. Ressalte-se que é sobre a pena base que incidem as demais fases, podendo, portanto, em decorrência de uma má análise, impor uma pena injusta e inadequada, não apenas em relação ao *quantum*, mas, v.g., impossibilitando a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos; a suspensão daquela; ou, ainda, a imposição de um regime mais gravoso.

Para o juiz Sérgio Moro, a culpabilidade de Lula seria elevada, e daí ser negativamente valorada, porque “o condenado recebeu vantagem indevida em decorrência do cargo de Presidente da República”. E, ainda, porque o “crime se insere em um contexto mais amplo, de um esquema de corrupção sistêmica na Petrobras e de uma relação espúria”. Esta última fundamentação se insere no contexto da proibição da transmissibilidade de fatos alheios, anteriormente demonstrado como incompatível com o tecido constitucional, pois transportam ao condenado a culpabilidade que lhe não é imputada, mas imputada a vários outros agentes que participavam de um esquema de corrupção.

A fundamentação da valoração negativa ligada ao cargo de Presidente da República, se aproxima de um ultrapassado e esdrúxulo conceito de culpabilidade do autor, em detrimento do hodierno conceito de culpabilidade do fato. Isso explica muito bem a

²³³ CORREIA, Eduardo. Direito Criminal. Vol. II. Almedina. Coimbra. 1996, P. p. 23

²³⁴ Neste sentido: “estudiemos los elementos intelectuales del dolo se verá que ellos son el conocimiento de los hechos y de su significación. Estos elementos intelectuales se reputan por muchos penalistas de nombrarla como problema general de la culpabilidad. Sea así, o, como nosotros creemos, tan sólo contenido del dolo, es lo cierto que sin tal conocimiento fáctico o antijurídico, la culpabilidad no puede edificarse; al menos no puede construirse en su más distintiva especie. Las personas morales no son capaces del conocimiento de los hechos y de su significación injiísta, y en consecuencia no pueden ser culpables. Si la culpabilidad es una de las características básicas de la infracción penal, es obvio que las sociedades no pueden perpetrar delitos.” ASÚA, Luis Jimenez De. Derecho Penal. Ob. cit., p. 211

²³⁵ é expresso na fórmula adotada pelo art. 40º, nº 2 do Código Penal português, que afirma que “em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa”.

²³⁶ OLIVEIRA, Francisco da Costa. Crime Negligente e Culpa na dogmática penal e na prática judiciária. Coimbra: Almedina, 2010, p. 26

afirmação do magistrado de que a culpabilidade negativa da forma com que foi por ele analisada “*também poderia ser enquadrada como negativa a título de personalidade*”.

Frise-se que o Estado Democrático de Direito fundamentado na dignidade da pessoa humana rechaça a existência de uma culpabilidade de autor, aceitando-se, tão-somente, uma culpabilidade do fato. É que a primeira reprova o agente pelo seu suposto caráter, e não julga ou avalia o homem pelo o que ele fez, mas, sim, por questões que se encontram estreitamente ligadas à sua trajetória de vida²³⁷, estendendo-se ao conjunto da personalidade do autor e ao seu desenvolvimento. Ora, o juízo de culpabilidade deve incidir sobre o cometimento de um delito em concreto, por ação ou omissão, que infrinja uma determinação imposta pelo ordenamento jurídico, não pelo modo de vida ou pelo modo de ser de um agente. O objeto do juízo de censura é a conduta humana, devendo ser considerado fator juridicamente reprovável a atitude vinculada à ação típica, na medida em que existia uma possibilidade de autodeterminação diversa no caso concreto.

Assim, não há se admitir que da existência de um esquema de corrupção sistêmica, envolvendo inúmeros agentes políticos, decorra o acréscimo de culpabilidade de um só destes agentes, ao qual seria transplantada a culpabilidade dos demais e teria que suportar um correspondente acréscimo de pena.

Por outro lado, não há como se verificar a ocorrência da (ou o *quantum* a ser fixado na) moduladora da culpabilidade em razão do cargo ocupado ou das responsabilidades atinentes a este cargo, por absoluta impossibilidade de se graduar desde o estagiário – servidor público para os efeitos penais, conforme o art. 327, CP – até o Presidente da República, passando por técnicos, analistas, engenheiros, médicos, advogados públicos, magistrados, promotores, defensores, ministros, prefeitos e governadores. Na verdade, o ocupar cargo público é premissa da caracterização do tipo penal abstrato, e, o ocupar a Presidência da República é a premissa da caracterização do tipo penal no caso concreto, haja vista que sua participação na nomeação de pessoas para a diretoria da Petrobras é atribuição imanente do cargo.

Por fim, importa salientar que, não obstante as circunstâncias judiciais e as agravantes/atenuantes não possuam um valor objetivo de fixação de aumento ou redução na legislação, doutrinadores e julgadores tem buscado parâmetros razoáveis. Nesta toada, a quantificação da moduladora da culpabilidade no crime de lavagem de dinheiro ultrapassa o montante a que normalmente orientam as Cortes Superiores, de que alcance 1/8 da diferença entre a pena máxima e a mínima. Por outro lado, houve desproporcional fixação do valor da atenuação em decorrência de o condenado ser maior de 70 (setenta) anos na data da sentença, em razão de a doutrina²³⁸ e

²³⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Quinta Edición. Corregida y Ampliada. Granada: Comares Editorial, 2002, pp. 453/454.

²³⁸ “... A VARIAÇÃO DESSAS CIRCUNSTÂNCIAS (ATENUANTES e agravantes) não deve chegar até o limite mínimo das majorantes e minorantes, que É FIXADO EM UM SEXTO. Caso contrário, as agravantes e as atenuantes se equiparariam àquelas causas modificadoras da pena que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes). Em outros termos, coerentemente, o nosso Código Penal adota uma escala valorativa para agravante, majorante e qualificadora, que são distinguidas, umas das outras, exatamente pelo grau de gravidade que

jurisprudência²³⁹ terem fixado este *quantum* em 1/6 da pena base – a fim de diferenciá-las de minorantes e majorantes -, o que resultaria em uma atenuação de 10 meses no crime de corrupção passiva, e de 8 meses no crime de lavagem de dinheiro.

representam...” (Tratado de direito penal: parte geral I. 22ª ed. Rev. Amp. e atual. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 783)

²³⁹ Mutatis mutandi: “Apesar de a lei penal não fixar parâmetro específico para o aumento na segunda fase da dosimetria da pena, o magistrado deve se pautar pelo princípio da razoabilidade, não se podendo dar às circunstâncias agravantes maior expressão quantitativa que às próprias causas de aumentos, que variam de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços). Portanto, via de regra, deve se respeitar o limite de 1/6 (um sexto)”. (HC 282.593/RR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 15/08/2014). Neste sentido: “alterada a pena-base, o aumento de 1/6 (um sexto), na segunda fase da dosimetria, em razão da reincidência, implica no redimensionamento da pena para 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.” (STF - HC 131945 PB, DJe-010 01/02/2016)

CONDENAÇÃO SEM PROVAS E JUÍZO DE EXCEÇÃO COMO AMEAÇA À DEMOCRACIA - UMA NÓDOA A SER SUPERADA

José Carlos Moreira da Silva Filho *

I

A sentença publicada no dia 12 de julho de 2017 pelo juiz titular da 13ª Vara Federal de Curitiba condenando o Ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva a nove anos e meio de reclusão pela prática dos crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro representa uma grave ameaça ao Estado Democrático de Direito. Já é sedimentado no âmbito do pensamento crítico a respeito da realidade do Judiciário nacional que boa parte da magistratura brasileira, especialmente no âmbito criminal, pratica ilegalidades, arbitrariedades e violações claras dos princípios e regras constitucionais relativos à matéria, e que o alvo dessas violações não raro é a população mais vulnerável: jovens, pobres e negros.

Há quem diga que as violações, arbitrariedades e abusos praticados pelo juiz de Curitiba em sua sentença contra Lula seria apenas mais uma variação dessa lamentável tendência, mas agora direcionada a um estrato social que não costuma ser alvejado pelo que se poderia qualificar de um verdadeiro estado de exceção na democracia. Pensar desse modo, no entanto, revela um grande erro de cálculo. Lula representa a imagem do trabalhador brasileiro, torneiro mecânico de profissão, sem diploma de curso superior, sobrevivente da fome no nordeste, dirigente sindical aguerrido, que se comunica tão bem com o povo mais simples do país justamente porque dele faz parte. Presidente da República que mais longe foi no combate à desigualdade e na promoção da distribuição de renda no Brasil. Maior liderança do maior partido de esquerda da América Latina.

Não é à toa que a malfadada sentença que o condenou foi prolatada um dia após o Congresso Nacional aprovar projeto de lei que fez terra arrasada dos direitos trabalhistas e das conquistas históricas representadas pela CLT. A criminalização de Lula, praticada de modo seletivo, arbitrário e sem provas significa a criminalização das esquerdas, o desmonte do Estado Social e, de modo especial, das bases mínimas do jogo democrático, estabelecidas pela Constituição. Assim como ocorreu com o golpe de Estado aplicado em 2016 no Brasil, com a deposição da Presidenta legítima, eleita por mais de 54 milhões de votos, mediante um impeachment fraudulento, a ameaça de que o Ex-Presidente Lula não possa concorrer às eleições de 2018, caso se concretize²⁴⁰, representará uma grave e grosseira fraude ao processo democrático, tornando a sociedade brasileira cada vez mais refém do poder despótico das altas burocracias estatais e das elites que a elas têm mais acesso e influência.

* *Professor da Escola de Direito da PUCRS (Graduação e Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais)*

²⁴⁰ Em virtude da Lei da Ficha Limpa, a Lei Complementar N°135/2010, qualquer pessoa que venha a ser condenada por órgão judicial colegiado, ainda que cabendo recurso, tornar-se-á inelegível. Caso a sentença condenatória contra Lula venha a ser confirmada no Tribunal Regional Federal da 4ª Região até antes da formalização das chapas para o pleito de 2018, Lula terá a sua candidatura impedida.

Assim como a concretização de um impeachment sem crime de responsabilidade fragiliza a única fonte legítima do poder em um Estado Democrático, alijando o cidadão do processo decisório na esfera pública e causando uma avassaladora onda de instabilidade, ilegitimidade e insegurança institucional, o impedimento judicial ilegal e arbitrário da candidatura do Ex-Presidente Lula, franco favorito, às próximas eleições para o cargo político máximo do país, será, caso ocorra, uma intromissão inadmissível nas liberdades democráticas de toda a sociedade.

O propósito deste breve artigo, capítulo desta obra histórica, é o de indicar alguns aspectos reveladores das ilegalidades e arbitrariedades da sentença condenatória produzida pelo juiz de Curitiba contra o Ex-Presidente Lula, sem a pretensão de esgotá-las, mesmo porque outros capítulos do presente livro se encarregarão de abordar a grande amplitude de aspectos dessa natureza.

II

O que está em jogo nesta ação penal envolvendo o Ex-Presidente Lula como réu não é necessariamente se ele tem ou não a propriedade de um apartamento triplex, mas sim se ele praticou o crime de corrupção passiva, da qual a pretensa propriedade seria a prova. A tese central da acusação, encampada parcialmente pelo juiz federal²⁴¹, é a de que Lula teria recebido propina na forma da diferença entre um apartamento triplex e um apartamento comum do mesmo edifício²⁴², acrescida ainda dos valores relativos a uma ampla reforma realizada no apartamento triplex²⁴³ no ano de 2014.

Esses valores representariam vantagens indevidas porque supostamente seriam provenientes de uma conta geral de propina administrada pelo Presidente do Grupo OAS, Léo Pinheiro (também réu no processo), e abastecida, entre outros, por um esquema de corrupção na Petrobras do qual Lula faria parte. A participação do Ex-Presidente consistiria em indicar nomes ao Conselho Administrativo da Petrobras para ocuparem cargos de Direção da empresa, sabendo que tais pessoas teriam a incumbência de cobrar propinas de empreiteiras como condição para a realização de contratos com a empresa.

Sem querer me alongar muito no ponto relativo à existência ou não da titularidade de propriedade que o Ex-Presidente Lula teria em relação a um triplex reformado, basta dizer que: o imóvel jamais esteve em seu nome, que ele jamais esteve na posse do imóvel, que não existe qualquer documento válido que comprove sequer a intenção definida de pelo menos vir a ser proprietário ou possuidor do imóvel ou de ter nele solicitado reformas das quais viesse a usufruir no futuro, e, finalmente, de que a Defesa do Ex-Presidente fez a prova de que a titularidade do imóvel pertence à OAS. Disso vem a inevitável conclusão de que o Ex-Presidente Lula jamais praticou as ações descritas no

²⁴¹ O juiz não deferiu o pedido de condenação relativa ao pagamento pela OAS de contrato com a empresa Granero para armazenamento do acervo presidencial recebido pelo Ex-Presidente Lula.

²⁴² O edifício em questão é o Condomínio Solaris, localizado à beira da praia no município paulista do Guarujá, cujo empreendimento e construção foi iniciado pela Bancoop (Cooperativa Habitacional dos Bancários) em 2005 e continuado e completado pelo Grupo OAS a partir de 2009. A falecida esposa do Ex-Presidente Lula, Dona Marisa Letícia Lula da Silva, iniciou o pagamento parcelado de uma cota para um apartamento comum neste edifício em 2005, chegando a integralizar cinquenta de setenta prestações, no total de R\$ 179.650,80..

²⁴³ Para se ter uma ideia, a estimativa feita na denúncia quanto à diferença entre o que foi pago pelo apartamento comum e os valores do triplex e da reforma atingiria o valor de R\$ 2.424.991,00.

tipo penal da corrupção passiva (Art. 317 do Código Penal), quais sejam: receber ou solicitar vantagem indevida. Apesar disso, o juiz federal conclui que o Ex-Presidente Lula teria recebido a "propriedade de fato" do imóvel. Saliente-se que "propriedade de fato" é um conceito inexistente no Direito Civil, que talvez pudesse se aproximar ao de posse, mas que também não se aplica, pois Lula esteve no apartamento apenas uma única vez realizando uma visita.

O juiz federal conclui que o apartamento foi "concedido" ao Ex-Presidente, entendendo aí repousar o aspecto central do processo. Nesse ponto, já se pode detectar uma grave distorção praticada pelo magistrado, *in verbis*:

302. Essa é a questão crucial neste processo, pois, se determinado que o apartamento foi de fato concedido ao ex-Presidente pelo Grupo OAS, sem pagamento do preço correspondente, sequer das reformas, haverá prova da concessão pelo Grupo OAS a ele de um benefício patrimonial considerável, estimado em R\$ 2.424.991,00 e para o qual não haveria uma causa ou explicação lícita.

303. Ao contrário, se determinado que isso não ocorreu, ou seja, que o apartamento jamais foi concedido ao ex-Presidente, a acusação deverá ser julgada improcedente.

Reforçando o modo distorcido pelo qual o juiz apresentou a questão, encontramos o seguinte parágrafo situado mais ao final da decisão, já em sede conclusiva, *in verbis*:

852. Definido que o apartamento 164-A, triplex, era de fato do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e que as reformas o beneficiavam, não há no alibi do acusado Luiz Inácio Lula da Silva o apontamento de uma causa lícita para a concessão a ele de tais benefícios materiais pela OAS Empreendimentos, restando nos autos, como explicação única, somente o acerto de corrupção decorrente em parte dos contratos com a Petrobras.

Analisando os trechos acima transcritos, nota-se que uma das arbitrariedades presentes na construção do raciocínio do juiz é o de situar o cerne do processo na existência ou não da suposta propriedade, quando na verdade o ponto decisivo desse processo é saber e comprovar se esse suposto benefício seria um pagamento ao Ex-Presidente pela sua suposta participação em esquemas de corrupção da Petrobras. Explicando com outras palavras, seria perfeitamente possível e provável que o Ex-Presidente fosse apresentado pela empreiteira com um apartamento mais valioso do que o efetivamente pago e já com reformas realizadas. Como já afirmado acima, não há qualquer comprovação de recebimento do suposto presente, ou sequer de que este presente existisse, mas para efeito da argumentação aqui pretendida, vamos considerar que ele existia.

A única explicação para isto seria a contrapartida na participação de um ato de corrupção? Absolutamente não. E não precisamos sair do texto da sentença para encontrar essas outras possíveis razões. Destaco e comento três passagens da sentença neste sentido, *in verbis*:

914. Sem que haja melhor prova de que os executivos tinham ciência de que a manutenção do imóvel indevidamente em nome da OAS Empreendimentos e de que a realização das reformas com ocultação do real beneficiário tinham origem em um acerto de corrupção, não podem eles responder por crimes de lavagem.

915. Não reputo aqui pertinente as construções em torno da doutrina da cegueira deliberada no crime de lavagem dinheiro e da responsabilização por dolo eventual, pois

elas também exigem a presença de um contexto que torne pelo menos de elevada probabilidade o conhecimento da origem criminosa dos recursos utilizados em uma transação de lavagem. Considerando as peculiaridades do caso, com o repasse da vantagem indevida através de negócios imobiliários, é possível que tenham cogitado outras hipóteses razoáveis para justificar as ordens recebidas de José Adelmário Pinheiro Filho, até mesmo de que se tratava de um presente do Grupo OAS para o ex-Presidente.

Aqui o juiz federal justifica a absolvição dos outros réus do processo que eram funcionários do Grupo OAS, entendendo que eles poderiam ter "cogitado outras hipóteses razoáveis" para procederem às reformas no triplex, e entre elas "até mesmo que se tratava de um presente do Grupo OAS para o ex-Presidente". Veja-se, portanto, que quando o juiz retira a convicção (sem provas) de que existe um acerto de corrupção no qual o Ex-Presidente estaria envolvido, subitamente surgem "outras hipóteses razoáveis" para justificar as vantagens em torno de uma futura e suposta propriedade de um triplex reformado.

Mas ainda caberia a pergunta: afinal, por que presentear o ex-Presidente? No próprio texto da sentença iremos encontrar dois motivos que poderiam integrar o rol das "hipóteses razoáveis" invocadas pelo juiz para absolver alguns réus no processo. Nos parágrafos 502 e 503 da sentença o juiz faz referência ao depoimento de José Afonso Pinheiro, pessoa que teria trabalhado como zelador do prédio em questão entre novembro de 2013 e abril de 2016. O objetivo do juiz com a transcrição de parte deste depoimento era utilizá-lo como evidência de que o triplex pertenceria ao Ex-Presidente. Transcrevo aqui trecho da parte deste depoimento que consta no parágrafo 503 da sentença:

Defesa:- Os condôminos diziam ao senhor que o ex-presidente Lula tinha um apartamento no Condomínio Solaris?

José Afonso Pinheiro:- Inclusive tinham corretores que faziam as vendas de apartamentos no Condomínio Solaris, exatamente pessoas compravam porque achavam que o ex-presidente tinha um apartamento lá, os corretores mesmo faziam a propaganda do apartamento.

Defesa:- Faziam propaganda dizendo que o ex-presidente Lula tinha um apartamento lá?

José Afonso Pinheiro:- Exato, que ele tinha, que ele tem, né. Defesa:- Isso era usado na propaganda de venda, então?

José Afonso Pinheiro:- É, porque tinha corretor que falava Olha, aqui é o prédio que o presidente Lula tem um apartamento'."

Ora, segundo o depoimento do então zelador do edifício, os corretores invocavam a presença de Lula no prédio como proprietário com o objetivo de que esta informação servisse para estimular a venda das outras unidades do prédio aos potenciais compradores. Em outras palavras, seria vantajoso para os negócios da empresa que um dos apartamentos por ela construído e empreendido fosse destinado a figura tão ilustre e famosa. Pode-se acrescentar que isto poderia também ser propaganda para a venda de outros empreendimentos. Algo do tipo: "compre um apartamento construído pelo Grupo OAS, assim como o fez o Ex-Presidente Lula".

Por fim, é possível identificar ainda, no próprio texto da sentença, outro motivo razoável para o alegado presente. Tão razoável que convenceu o juiz a absolver o Ex-Presidente Lula e o Presidente do Grupo OAS, Léo Pinheiro, quanto a outros crimes pelos quais eram denunciados no mesmo processo, o de corrupção e lavagem de dinheiro pela realização de contrato de armazenamento e transporte com a empresa Granero tendo em vista o acervo presidencial. No parágrafo 934 da sentença está parte do depoimento prestado em juízo por Léo Pinheiro. Transcrevo aqui trecho da parte deste depoimento:

Juiz Federal:- Então para esses pagamentos o senhor não entende que havia alguma espécie de ilicitude ou vantagem indevida envolvida?

José Adelmário Pinheiro Filho:- Eu achei que não, e continuo achando que não.

Juiz Federal:- Certo. Foi solicitada alguma contrapartida, algum benefício à empresa por conta desse pagamento da Granero?

José Adelmário Pinheiro Filho:- Não, diretamente não, é claro que nós tínhamos uma intenção porque eu já tinha conhecimento do que o presidente pretendia fazer quando saísse da presidência e assumisse o instituto, e nós tínhamos muito interesse em estreitar mais ainda essas relações sobretudo por causa do mercado internacional."

Em seguida, o juiz apresenta a sua interpretação sobre tais declarações:

935. As declarações do acusado, de que não vislumbrou ilicitude ou que não houve débito da conta geral de propinas, afastam o crime de corrupção. A parte final, com a menção de que o pagamento tinha por propósito o estreitamento de laços, não basta para caracterizar corrupção, uma vez que não envolveu pagamento em decorrência do cargo presidencial ou de acertos envolvendo contratos públicos.

O juiz considerou, portanto, lícito e razoável que a OAS fornecesse este serviço de contratar o armazenamento do acervo presidencial em troca do estreitamento de laços, já que interessaria à empresa o mercado internacional. Em outras palavras, seria vantajoso para os negócios internacionais e as pretensões de expansão da empresa que ela tivesse entre os seus clientes e beneficiados o Ex-Presidente Lula, especialmente pela reputação internacional que ele conquistou de modo particularmente intenso durante os seus dois mandatos como Presidente da República do Brasil.

Ora, este também não poderia ser um bom motivo para favorecer o Ex-Presidente ao se pretender entregar a ele um triplex reformado em vez de um apartamento comum sem cobrar a diferença? Então por que o juiz federal afirma em sua sentença que não haveria uma explicação lícita para essa suposta vantagem? A resposta é que o juiz federal tem a convicção (sem provas) de que o dinheiro para pagar a diferença entre o triplex reformado e o apartamento comum vinha de uma conta geral de propinas da OAS destinada a atender ao Partido dos Trabalhadores, e administrada exclusivamente por Léo Pinheiro. E, para além das convicções do juiz federal, qual é a prova que existe sobre: a existência dessa conta, de ela ser abastecida com propinas oriundas de contratos com a Petrobras²⁴⁴, de ela ser reservada para se fazer pagamentos a campanhas de políticos

²⁴⁴ Sem espaço aqui para entrar no debate sobre a questionável competência universal assumida pelo hoje titular da 13a Vara Federal de Curitiba na condução da Operação Lava Jato. No entanto, mesmo que se entendesse que tal competência devesse ser admitida nas situações envolvendo a Petrobrás, é preciso notar que se não há a mínima comprovação da relação entre a compra/doação do apartamento

do PT, e de que dela teriam saído os recursos para o pagamento da diferença e das reformas feitas?

O único elemento probatório nessa direção são os depoimentos de Léo Pinheiro e de Agenor Franklin Magalhães Medeiros, respectivamente Presidente e Diretor de Obras do Grupo OAS. Em síntese, Léo Pinheiro declara que teve uma conversa com João Vaccari Neto, então Tesoureiro do PT, na qual este afirmou que os valores relativos à diferença entre um apartamento comum e o triplex reformado destinado ao Ex-Presidente Lula poderiam ser abatidos da já mencionada conta geral de propinas, mas que no entanto não teria provas dessa conversa porque em momento posterior no qual encontrou-se pessoalmente com o Ex-Presidente Lula, este o teria orientado a destruir essas provas. Agenor Franklin, por sua vez, mencionou que Léo Pinheiro teria comentado com ele sobre esse suposto acerto com o João Vaccari, mas que como essa conversa foi em meio a uma viagem internacional não haveria mais nenhuma outra testemunha desse diálogo entre ele, Agenor, e o Léo Pinheiro.

Frise-se que além de não existir nenhuma prova desse acerto de corrupção e dessa conversa com João Vaccari Neto, os depoimentos em questão, que vieram à tona depois de mais de ano de prisão e que até então negavam os fatos alegados, não foram homologados como delação premiada. Talvez, é possível especular, porque não puderam ser comprovados por nenhuma outra prova, afinal a lei da delação premiada é clara ao dizer que a mera delação não é prova suficiente para a condenação, necessitando ser corroborada por outros meios probatórios. Apesar disso, o juiz decidiu conceder um expressivo benefício ao acusado Léo Pinheiro, e que quiçá possa ser denominado de "prêmio informal", permitindo que ele possa obter a progressão do regime após dois anos e meio de regime fechado, considerando a totalidade das penas relativas a todos os outros processos nos quais é réu na operação lava-jato, sem a necessidade da condição da completa reparação dos danos causados pelos crimes praticados e podendo abater desse tempo aquele no qual já esteve preso (quase o tempo todo exigido para a progressão de regime). A justificativa para tanta bondade? Transcrevo diretamente do dispositivo da sentença relativo a Léo Pinheiro (parágrafo 946), *in verbis*:

Ainda que tardia e sem o acordo de colaboração, é forçoso reconhecer que o condenado José Adelmário Pinheiro Filho contribuiu, nesta ação penal, para o esclarecimento da verdade, prestando depoimento e fornecendo documentos.

Envolvendo o caso crimes praticados pelo mais alto mandatário da República, não é possível ignorar a relevância do depoimento de José Adelmário Pinheiro Filho.

Sendo seu depoimento consistente com o restante do quadro probatório,

construído pela OAS e situado no Estado de São Paulo e os esquemas de corrupção envolvendo a Petrobrás, mesmo pelos critérios de competência praticados pelo juízo, esse processo jamais deveria ter existido ou sido julgado por um juiz federal de Curitiba. Espantoso é que em sede de Embargos de Declaração a esta sentença o juiz de Curitiba chega a afirmar que: "Este juízo jamais afirmou na sentença, ou em lugar algum, que os valores obtidos pela Construtora OAS nos contratos com a Petrobrás foram utilizados para pagamento da vantagem indevida para o Ex-Presidente." Não satisfeito ainda afirma logo em seguida: "Nem a corrupção, nem a lavagem, tendo por crime antecedente a corrupção, exigem ou exigiriam que os valores pagos ou ocultados fossem originários especificamente dos contratos da Petrobrás".

especialmente com as provas documentais produzidas e tendo ele, o depoimento, relevância probatória para o julgamento, justifica-se a concessão a ele de benefícios legais.

O fato é que para além da inexistência de prova de que houve alguma vantagem (já que o apartamento não foi recebido nem como propriedade nem como posse), também não há qualquer prova de que se tal vantagem existisse ela seria indevida. E isto porque não há provas de que Lula ao indicar nomes para a Diretoria da Petrobras ao Conselho de Administração da empresa soubesse que tais pessoas estariam envolvidas em esquemas de corrupção lesivos à empresa²⁴⁵. Também não há provas de que tenha havido qualquer ordem de pagamento das diferenças entre um apartamento comum e um triplex reformado que devesse sair de uma suposta conta geral de propinas, e de que esta conta fosse abastecida por um esquema de corrupção na Petrobras do qual o Ex-Presidente tivesse ciência.

Talvez por isto é que o juiz federal tenha decidido avaliar como prova principal do processo, apta a justificar a decisão pela privação da liberdade de um Ex-Presidente da República, o depoimento isolado de um réu confesso que está preso há mais de dois anos e que luta desesperadamente pela sua liberdade em troca de uma delação premiada, ainda que informal. A justificativa para se dar tamanha importância a este depoimento, obtido nas circunstâncias já descritas, é a de que se ele tivesse mentido sobre o triplex com a intenção de comprometer o Ex-Presidente deveria também ter mentido para comprometer o Ex-Presidente sobre o contrato para armazenamento do acervo presidencial, *in verbis*:

936. As declarações de José Adelmário Pinheiro Filho soam críveis. Considerando sua manifesta intenção de colaborar, não se vislumbra por qual motivo admitiria a prática de um crime de corrupção e negaria o outro. Caso sua intenção fosse mentir em Juízo em favor próprio e do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, negaria ambos os crimes. Caso a intenção fosse mentir em Juízo somente para obter benefícios legais, afirmaria os dois crimes. Considerando que a sua narrativa envolvendo o apartamento triplex encontra apoio e corroboração em ampla prova documental, é o caso de igualmente dar-lhe crédito em seu relato sobre o armazenamento do acervo presidencial.

Seja para inocentar ou para condenar, a palavra de Léo Pinheiro foi para juiz de Curitiba o fiel da balança, talvez porque o magistrado não tenha conseguido "vislumbrar" outro motivo para que Léo Pinheiro tivesse mentido em juízo, quem sabe. Bem, aqui vai uma possível sugestão a ser vislumbrada: uma mentira é muito mais convincente se ela vier acompanhada de uma verdade. Uma maneira de reforçar uma mentira é cercá-la de muitas verdades. Justamente pela dificuldade em se saber se a palavra de um delator (formal ou informal) deve ser admitida como prova de um crime praticado por outrem, é que a lei exige que seja corroborada por outras provas inequívocas.

Como ficou evidente, o depoimento que incrimina o Ex-Presidente foi o bilhete premiado de Léo Pinheiro para ser alcançado pela generosidade do juiz diante da sua crucial "colaboração". Não era necessário que o Ex-Presidente fosse condenado em

²⁴⁵ Para além da já famigerada e inválida juridicamente justificativa, também utilizada pelo juiz federal, de que "não teria como o Presidente da República não saber", há nos autos o depoimento do Ex-Senador Delcídio do Amaral no qual este afirma que Lula sabia de tudo, mas que nunca havia conversado pessoalmente com o Ex-Presidente sobre isso (sic).

relação à guarda do acervo presidencial também. Para alcançar os nove anos e meio de prisão e dar azo ao sequestro de todo o seu patrimônio e meios de subsistência, atingindo o final esperado pela narrativa construída pela força tarefa e adotada em muitas demonstrações de parcialidade do juiz ao longo de todo o processo e mesmo antes dele, bastava que Lula fosse condenado em relação ao triplex.

III

Na sentença há muitos outros aspectos absurdos, ilegais e arbitrários, que estão sendo analisados pelos outros artigos que integram a presente obra. O espaço é curto para tanta exceção. Listo rapidamente algumas outras:

- O juiz tem por "comprovada" a "propriedade de fato" do triplex, mesmo sem a titularidade ou a posse, e pune o Ex-Presidente porque ao não ter a titularidade nem a posse, ou não admitir a tal "propriedade de fato" ele estaria ocultando uma vantagem indevida. Então como se não bastasse ser condenado por corrupção é também condenado por lavagem de dinheiro. Só nos resta perguntar: como ele pode ter lavado um dinheiro que nunca teve através da titularidade de um apartamento que nunca foi seu ou do qual nunca teve a posse? Se Franz Kafka estivesse vivo talvez ele pudesse explicar.

- A comprovação de que Lula não teria "como negar conhecimento do esquema criminoso" da Petrobras, como argumenta o juiz de Curitiba no parágrafo 890 da sentença, é o fato de que ele teria sido "beneficiado materialmente de parte de propina decorrentes de acerto de corrupção em contratos da Petrobras, ainda que através de uma conta geral de propinas". Aqui temos espantosamente dois fatos não comprovados (afirmados apenas em delações de delatores presos, sendo algumas informais) que servem, na lógica do juiz, de comprovação um para o outro.

- No parágrafo 958 o juiz afirma que a queixa crime proposta contra si pela Defesa do Ex-Presidente Lula em virtude de o juiz ter divulgado à imprensa e exposto à subsequente execração pública conversas particulares do Ex-Presidente e da sua família, assim como conversa gravada ilegalmente entre a Presidenta da República e o Ex-Presidente, representa uma tentativa de intimidação do juízo. A mesma avaliação é feita com relação à propositura de ações de indenização por crimes contra a honra movidas pela Defesa de Lula contra os Procuradores (por conta do já conhecido e notório espetáculo do power point exibido em pleno Jornal Nacional) e contra Delegado da Polícia Federal. Neste parágrafo é possível perceber com toda a nitidez o elevado nível de parcialidade e arbitrariedade do juiz em face do réu que condenou implacavelmente e sem provas, visto que transforma o legítimo exercício do direito de defesa e do direito de ação, em atos condenáveis. Avançando no nível de arbitrariedade, o juiz afirma no parágrafo seguinte (o 959), que a propositura de tais ações somada à suposta destruição de provas que teria sido ordenada pelo Ex-Presidente (fato não provado), ensejaria a decretação da sua prisão preventiva, mas que não o faria para evitar "traumas" e por "prudência". A pergunta que se deve fazer aqui é: quem está intimidando quem?

- Do parágrafo 793 ao 796 faz considerações tão subjetivas quanto desnecessárias sobre o que o Ex-Presidente Lula fez ou não fez de correto quanto ao tema do combate à corrupção quando foi Presidente. E no parágrafo 795 chega a afirmar que Lula deveria ter agido para "reverter" jurisprudência do STF quanto à impossibilidade de prisão antes do trânsito em julgado, ou seja, de que ele deveria (sabe-se lá como) ter influenciado os

Ministros e Ministras do STF a decidirem (como infelizmente vieram a fazer em fevereiro de 2016) pela violação de uma cláusula pétrea da Constituição de 1988.

- Sintomático que o juiz de Curitiba gasta grande parte da sentença tentando justificar-se quanto às suas ações abusivas contra o Ex-Presidente Lula praticadas antes e durante o processo. Tais justificativas contudo estão longe de serem convincentes. Cito uma delas. Na tentativa de justificar a condução coercitiva à qual o Ex-Presidente foi submetido em março de 2016 sem prévia intimação, e na qual teve sua imagem exposta nessa condição em verdadeiro carnaval midiático com cobertura vinte e quatro horas pela principal emissora do país, o magistrado disse na sentença que havia fundamentos ocultos para a coercitiva presentes em conversas telefônicas interceptadas, e que davam conta de organização da militância para protestar contra a busca e apreensão que se pretendia fazer na residência do Ex-Presidente. O juiz afirma que a coercitiva teria sido invocada para a "proteção" dos agentes policiais (sic) diante das "ameaças" de mobilização da militância. Curioso é que a justificativa que o juiz federal forneceu à época dos fatos foi a de que a coercitiva teria sido autorizada para a proteção do Ex-Presidente Lula...Deplorável é que o magistrado considere a legítima e pacífica manifestação da militância política, ocorrida também quando do depoimento em juízo do Ex-Presidente em maio de 2017, uma ameaça ou uma violência. É mesmo muito medo da democracia.

Há muito mais, mas o espaço é curto. Espera-se que esta decisão não seja confirmada por outras instâncias do judiciário brasileiro e não venha ser nada além de uma nódoa de triste memória em nossa história institucional. Caso o Poder Judiciário brasileiro convalide esse verdadeiro juízo de exceção, teremos voltado de modo completo às origens autoritárias desse Poder, tão bem representadas pela história de conivência, por vezes laudatória, por vezes silenciosa, mas indubitavelmente institucional entre o Judiciário e a ditadura civil-militar brasileira.

VIVENDO O DIREITO

José Eduardo Martins Cardozo*

Há muitos anos pensei em largar o estudo do direito. Corriam soltos os anos finais da década de 70. Vivíamos o período da ditadura militar, e eu jovem comecei a ver desmoronar um conjunto de crenças que haviam me motivado a ingressar na faculdade de direito. Na Constituição de 1967, estavam estabelecidos direitos que a realidade social e política negava de forma violenta. Na periferia da minha cidade, onde me engajei em um trabalho de atendimento jurídico voluntário da população carente, percebi que em relação aos mais pobres a isonomia não passava de um mito retoricamente ensinado nos nossos manuais. Como no mandamento expresso por Orwell, no seu *Animal Farm*, constatei que embora pela Constituição todos devam ser “iguais” perante a lei, na realidade da vida, alguns sempre eram considerados “mais iguais que os outros”.

A leitura de um texto que sustentava a tese de que era impossível ser jurista e contestador, desencadeou de vez a crise no jovem de quase vinte anos de idade. Vou ser um profissional que atua no mundo da farsa, da hipocrisia, do autoritarismo encoberto pela retórica? Vou ajudar na manutenção de um *status quo* que repudio, vendendo falsas ilusões de que pelo direito se faz justiça?

A angústia me fez devorar livros que pudessem me dar uma resposta definitiva sobre o que fazer da minha vida profissional. Provavelmente tenha sido aí que aprendi a gostar definitivamente de Filosofia do Direito, cadeira em que tive a oportunidade de lecionar anos depois na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. E também foi a partir daí que decidi mergulhar de vez no mundo acadêmico e atuar profissionalmente na área do direito, como uma opção de fé e de vida. Percebi que um profissional do direito, se souber captar sem ingenuidade, dogmatismo, ou tecnicismo exacerbado, a dimensão histórica do fenômeno normativo, pode usar o direito para desmascarar a farsa jurídica, a injustiça, o autoritarismo, e ser uma importante linha auxiliar na construção da utopia em que acredita. Percebi que um advogado pode e deve falar alto quando o julgador não quer ouvi-lo, sem transgredir as regras processuais, para que a sociedade ouça, fora da sala de audiência, a injustiça ou o arbítrio que se comete. Percebi, finalmente, que é possível ser um operador do direito, e utilizar o próprio direito para colocar em cheque o *status quo* e as relações de poder existentes em uma sociedade injusta, arbitrária, intolerante e excludente.

Foi nos livros e na experiência cotidiana que aprendi também que o direito e o poder são realidades indissociáveis. Não existe direito sem um poder que o garanta, do mesmo modo que não existe poder duradouro sem um direito que de alguma forma o legitime. Também aprendi que tanto o cientista, como o operador do direito, jamais serão neutros. Seres humanos nunca são neutros. Pensam e agem, nas suas vidas cotidianas e no seu exercício profissional, de acordo com as suas paixões, sua psique, sua visão de mundo, suas concepções políticas, e a própria visão ideológica que envolve seu pensar. E por mais que alguns não queiram assumir essa condição amesquinhada e falível, por

* Advogado e Professor de Direito. Ex-Ministro de Estado da Justiça e Ex-Advogado-Geral da União

se julgarem habitantes do Olimpo, operadores do direito serão sempre seres humanos. A menos que algum dia, em uma sociedade autoritária, robôs os substituam.

Foi também nesse período que aprendi que embora não sendo neutros, juízes não podem ser parciais. “Neutralidade” e “parcialidade” são coisas distintas. O ser “neutro” equivale a ter uma forma de pensar asséptica do ponto de vista axiológico, o que é incompatível com a mente humana. O ser “parcial” é assumir um lado, uma bandeira. É ter uma posição estruturada e definida no campo em que se trava uma disputa.

Um advogado, por exemplo, será sempre “parcial”. A ele caberá assumir a defesa de uma parte em um conflito de interesses. Ele sempre terá “lado”. Naturalmente, a sua forma de ser, de ver o mundo, a sua não-neutralidade”, enfim, marcará a forma pela qual ele parcialmente defenderá os interesses da parte que representa. Já um juiz, embora não seja neutro, jamais poderá ser “parcial”. Ele não exerce a sua função em apoio a uma parte, para condenar ou absolver. Ele não deve buscar, com as suas decisões, os aplausos da multidão, ou a consagração pelos meios de comunicação. Com a sua “não-neutralidade” cognoscitiva, ele tem o dever funcional de examinar a realidade objetiva para “dizer o direito”, não de acordo com o que quer ou com o que o senso comum deseja, mas aplicando objetivamente aquilo que os representantes eleitos pelo povo aprovaram. É assim que deve ser nos Estados Democráticos de Direito.

É claro que um juiz mais humanista tenderá a valorar, com tintas mais fortes, os direitos e as garantias dadas pela ordem jurídica. É evidente que um juiz de matizes ditatoriais e autoritárias pensará o direito sem tantas “garantias” e “direitos subjetivos” outorgados aos cidadãos. Isso é próprio dos seres humanos. O que não é próprio, todavia, de um juiz, é a imposição da sua concepção, com a negação de fatos e normas, como se a lei nada dissesse, e só a sua verdade pessoal devesse prevalecer. Interpretar valorativamente é próprio de quem não é neutro, por ser humano. Construir fatos e juízos de “dever ser” para além do que diz a lei, criando realidades que nenhuma interpretação valorativa justifica, é próprio de quem é arbitrário e abusa do seu poder.

Com esse aprendizado, me tornei advogado, professor e atuei na vida pública. Imaginei que com a Constituição de 1988, nosso país tinha atingido um outro patamar civilizatório. Embora a realidade precisasse sair do papel, imaginei que passaríamos a viver em um autêntico Estado Democrático de Direito, sem mais incorrer em retrocessos.

Por isso, talvez ainda por uma certa dose de ingenuidade histórica e política, me surpreendi com o *impeachment* de Dilma Rousseff e agora com a sentença condenatória do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. No *impeachment*, vi um golpe de Estado, construído sem armas ou baionetas caladas, mas com uma retórica jurídica ridícula que uniu os neoliberais derrotados na eleição de 2014, aos que desejavam a qualquer preço a transgressão das leis e a violação de princípios jurídicos e éticos para evitar a “sangria da classe política brasileira”. No julgamento de Lula vi uma sentença condenatória dura, fundada em provas inexistentes, e ainda em uma retórica que procura encobrir o fato de que quem deveria julgar com imparcialidade, atuou como acusador. Uma sentença, enfim, em que as “convicções” substituíram as “provas”.

O *impeachment* de Dilma Rousseff e a sentença condenatória do ex-Presidente Lula tem, de fato, muita coisa em comum. Em ambos os processos, os julgadores ficaram surdos e já sabiam de antemão que iriam condenar, independentemente das provas que

fossem produzidas. Em ambos os processos, os aplausos do senso comum, a intolerância ideológica incentivada por setores expressivos da mídia conservadora ou paga por conservadores, e o desapego a direitos consagrados na Constituição e nas leis foram uma realidade. Em ambos os processos, enfim, se vê a mão cinza e tortuosa de um Estado de Exceção lapidado por punhos de renda.

Muitas vezes, como advogado de Dilma Rousseff, no processo de *impeachment*, com a cabeça no travesseiro, voltei à mesma indagação que me fazia aos 20 anos. Agi certo ao escolher essa profissão e essa área acadêmica de estudos, onde reina a hipocrisia e a canonização de arbitrários que fazem da prepotência a sua virtude? O mesmo volto a pensar agora, ao ler a sentença condenatória do ex-Presidente Lula, no caso do apartamento “tríplex”.

É fato que desde a minha juventude Luiz Inácio Lula da Silva é um mito. Um mito que construiu um partido ao qual aderi desde a fundação, e que se revestiu da condição de ser o primeiro Presidente da República que encarnou, no exercício do poder, o respeito à democracia, a transformação social e o combate à exclusão social, como um ponto de partida e de chegada. Por isso, reconheço, não sou neutro em relação a ele e à sua história. Mas essa ausência de neutralidade não me distorce a visão, a ponto de fantasiar a realidade, ou de construir visões falsas sobre o que não existe. A sentença que o condenou é objetivamente infundada, e juridicamente construída com um evidente *animus* condenatório. Não existem provas suficientes para que um *decisum* condenatório seja afirmado nesse processo, apresentando-se a sentença desajustada à própria denúncia oferecida pelo Ministério Público. Os argumentos retóricos e infundados, buscam dar uma aparência de “legitimidade”, a uma condenação absolutamente arbitrária.

Mesmo uma pessoa que odeie o ex-Presidente Lula, e o execre com todas as forças da sua alma, poderá perceber isso se conseguir afastar do seu cérebro a paixão que turva a razão e adotar o bom-senso como parâmetro de reflexão.

Mais uma vez retorno à pergunta dos meus 20 anos, e chego, novamente, à mesma resposta. No momento em que vive hoje o Brasil, há um importante papel a ser cumprido, na defesa da democracia e do Estado de Direito. É indispensável que nós advogados, membros do Ministério Público, magistrados, defensores públicos, delegados de polícia, operadores do direito em geral, mostremos o nosso compromisso com a verdade e com a justiça, lutando por ele. Não se pode admitir que um ex-Presidente da República seja afastada do seu cargo, pela acusação de crimes de responsabilidade inexistentes e invocados como pretextos retóricos para a consumação de um golpe de Estado. Não se pode admitir que um cidadão, ex-Presidente da República ou não, seja condenado sem provas, independentemente da razão que motiva o julgador, ou das suas “crenças” e “convicções”. É nosso papel desmascarar, com coragem e ousadia, os falsos argumentos jurídicos que recobrem intenções “não-jurídicas” descompassadas com os valores consagrados na nossa Constituição e que representam o nosso atual estágio de evolução humana e civilizatória. É nosso papel denunciar que, nas condenações criminais, convicções, paixões ou intenções, jamais poderão substituir o papel das provas.

Por isso, mais de 30 anos depois das dúvidas e da angústia que me assaltaram nos bancos universitários, olho para o passado, para o presente e para o futuro, e digo que

não me arrependo da opção que fiz. Há muito ainda a fazer. Continuemos gritando forte, para que nossos gritos pelo Estado de Direito e pela justiça sejam ouvidos fora da sala de audiência, sempre que um julgador, parlamentar ou juiz, não queira nos ouvir. Continuemos a construir, com garra e perseverança, a nossa utopia.

DELAÇÃO, NOTÍCIA DE JORNAL, CONDENAÇÃO: ELEMENTAR, MEU CARO WATSON!

José Francisco Siqueira Neto*

A Sentença da Ação Penal 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, em trâmite na 13ª Vara Criminal da Justiça Federal de Curitiba, proferida em 12 de julho de 2017, encerra uma importante fase da mais longa novela com enredo jurídico da maior rede de televisão do Brasil.

A partir de Delação de um doleiro já conhecido de outras passagens da autoridade judiciária que proferiu a sentença em comento, foi desenvolvida uma trama artilosa, indutora de comportamentos sociais de arredios a agressivos, escandalosamente destinada à desestabilização política do País, com claro protagonismo dos “*inquisidores do bem*” de Curitiba, por meio de uma unidade de ação entre polícia federal, ministério público e magistratura nunca antes ocorrida na história dos países civilizados e verdadeiramente democráticos.

Mesmo sem dizer ou assumir claramente, olhando em retrospectiva, não resta dúvida que muito antes do oferecimento da denúncia específica, o alvo sempre foi LULA. Não foram poucos —do início da operação até a denúncia— os comentários laterais no rádio e na televisão, enxurradas de mensagens nas redes sociais enviadas por robôs virtuais e humanos alimentando a expectativa de chegar a LULA com frases referência como “*ir a fundo*”, “*passar o país a limpo*”, “*atingir os poderosos*”.

Esse clima de laboratório foi meticulosamente montado, executado e monitorado pelo noticiário impresso, radiofônico e televisivo, com suporte substancial das redes sociais.

Tudo foi encaminhado de modo a “*naturalizar*” o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, anunciada em coletiva de imprensa em luxuoso Hotel, cujo ápice foi a apresentação do inesquecível *power point* com sinalizadores de todas as laterais em direção ao centro com a identificação de LULA.

Esse peculiar documento, contudo, é um infográfico sintetizador das informações decorrentes de papéis e gravações organizadas para conferir uma visão estruturada desse acúmulo. O resultado é a aparência, a sensação de muita evidência e prova de comportamento anormal. É o resultado máximo esperado pelos condutores das investigações e denúncias, porque causa evidente impacto.

O cenário e o ambiente estava montado para finalmente “*o personagem mocinho-acadêmico-palestrante-ativista social-juiz*” atuar.

A partir da denúncia começou a ser estudada a possibilidade de gerar a tecnologia de interpretação apresentada neste artigo com aplicação na Sentença da Ação Penal 5046512-94.2016.4.04.7000/PR.

Dentre as inúmeras situações e circunstâncias desse episódio que coloca em xeque a consciência jurídica do país ao desprezar os mais elementares fundamentos do Estado Democrático e Social de Direito, um aspecto —inicialmente— lateral em relação a essas

* Advogado, Mestre (PUC-SP) e Doutor (USP) em Direito, Professor Titular de Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito.

agressões substanciais ao ordenamento jurídico me intrigava: a quantidade de papéis, depoimentos, gravações de voz e imagens geradas pelas apurações, vazadas ou fornecidas com precisão cirúrgica de narrativa, de maneira a manter a coerência do enredo do começo ao fim.

Observando com maior concentração esse movimento constatei que a acusação trabalha com suporte considerável de um computador muito poderoso²⁴⁶ no tratamento de muitos documentos para conferir a eles certa racionalidade discursiva.

Estava explicado como os protagonistas judiciários com intensa vida social conseguiam exibir tão eloquente produtividade.

Com esse referencial, comecei um percurso de conversas com físicos e matemáticos ligados a tecnologia sobre a possibilidade de responder ao robô da acusação, no intuito de **checar a consistência da convicção do Ministério Público com os fatos**.

Após uma longa rodada de nivelamento de informações, checagem de linguagem e experimentos, a ferramenta ficou pronta, testada e aprovada, um mês antes da prolação da Sentença do caso LULA.

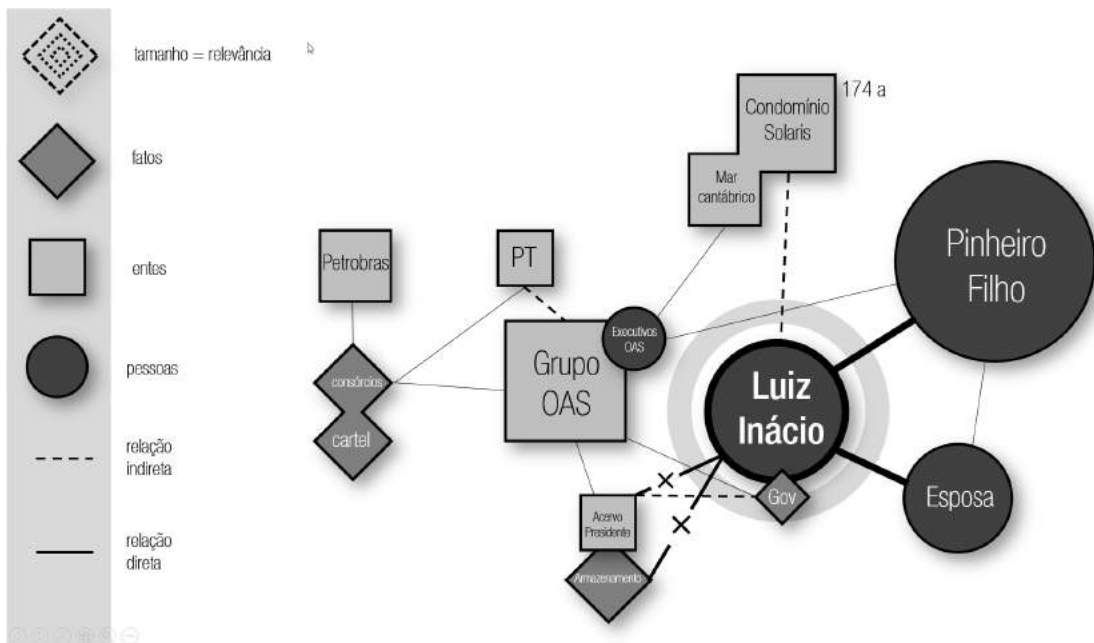
Essa tecnologia (legal reading) é um algoritmo de inteligência artificial (deep learning) para interpretação de textos com propriedade intelectual exclusiva, registrada em 60 países. Por isso, fácil de ser **auditada**.

A tecnologia extrai de grandes volumes de textos, relações de causas e efeitos dos temas, conexões entre fatos, pessoas e entes que necessitariam grandes equipes, dispêndio de tempo —muitas vezes incompatíveis com os prazos processuais— e análise sujeitas a equívocos naturais de interpretação.

Essa tecnologia permite ler em segundos milhares de textos e criar uma estrutura hierárquica entre assuntos e sub assuntos, organizando todas as suas partes. Além de organizar textos, permite encontrar a relação causal entre pessoas, entes e fatos, suas conexões diretas ou indiretas, assim como o respectivo peso dado à cada uma das partes. Ao final, ela cria um mapa visual interativo (organograma) que permite em segundos a compreensão geral do conteúdo. Permite, portanto, analisar a tese lógica formulada pela parte, MP ou Juiz, para validar se o racional de suas conclusões está ancorado em fatos, hipótese ou ilações. O organograma feito pelo robô, similar ao *power point*, ajuda a conduzir a linha de pensamento e a tese na interpretação do magistrado.

Aplicando essa tecnologia na longa —238 páginas, 29.567 palavras— Sentença da Ação Penal 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, encontramos o seguinte quadro de relações diretas e indiretas:

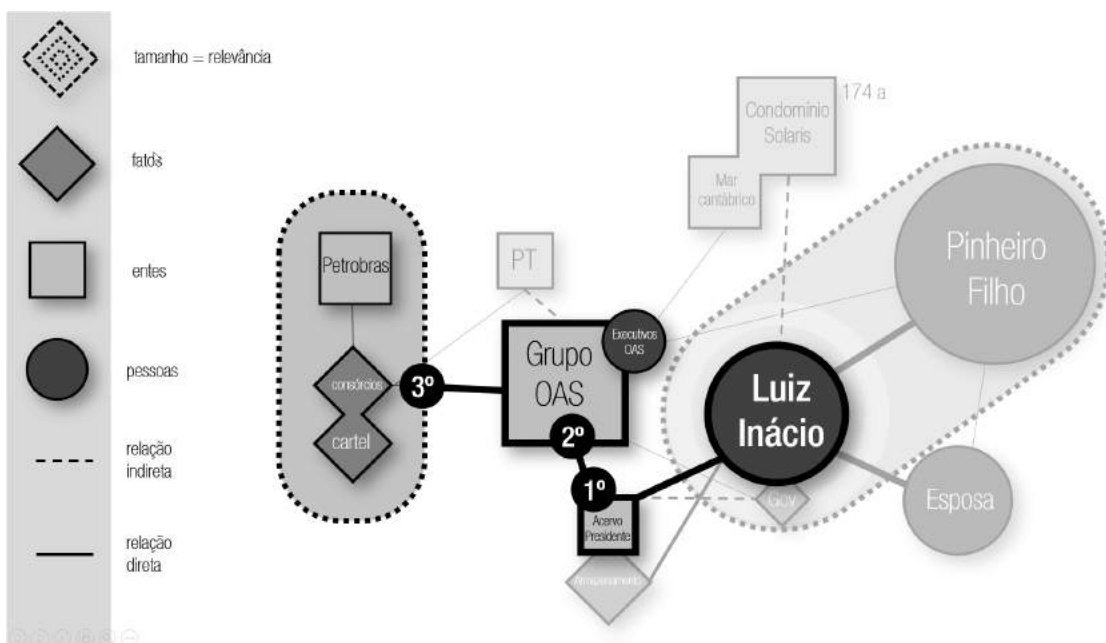
²⁴⁶ Da IBM, de nome Watson.



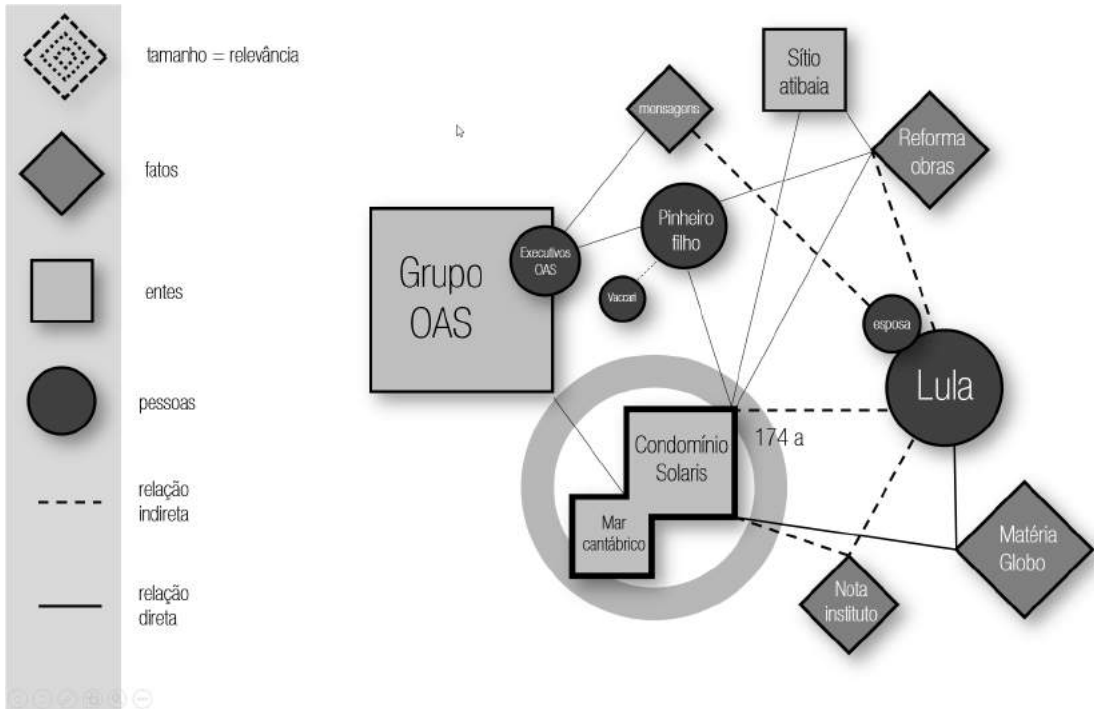
Como se vê, em que pese o disfarce das páginas excessivas, a sentença não consegue estabelecer vínculo direto de LULA com nada, senão com o Delator. A relação direta com o Acervo Presidencial e seu Armazenamento foi descartada pelo próprio juiz por falta de provas.

Outro aspecto que merece destaque, diz respeito a Volumetria da Sentença, isto é, a proporção de citações. A Petrobras foi citada 252 vezes, o Condomínio Solaris 75, Lula 395, Leo Pinheiro 156 e o Grupo OAS 367. Ou seja, Grupo OAS e Leo Pinheiro correspondem a 523 citações, 132% acima de Lula.

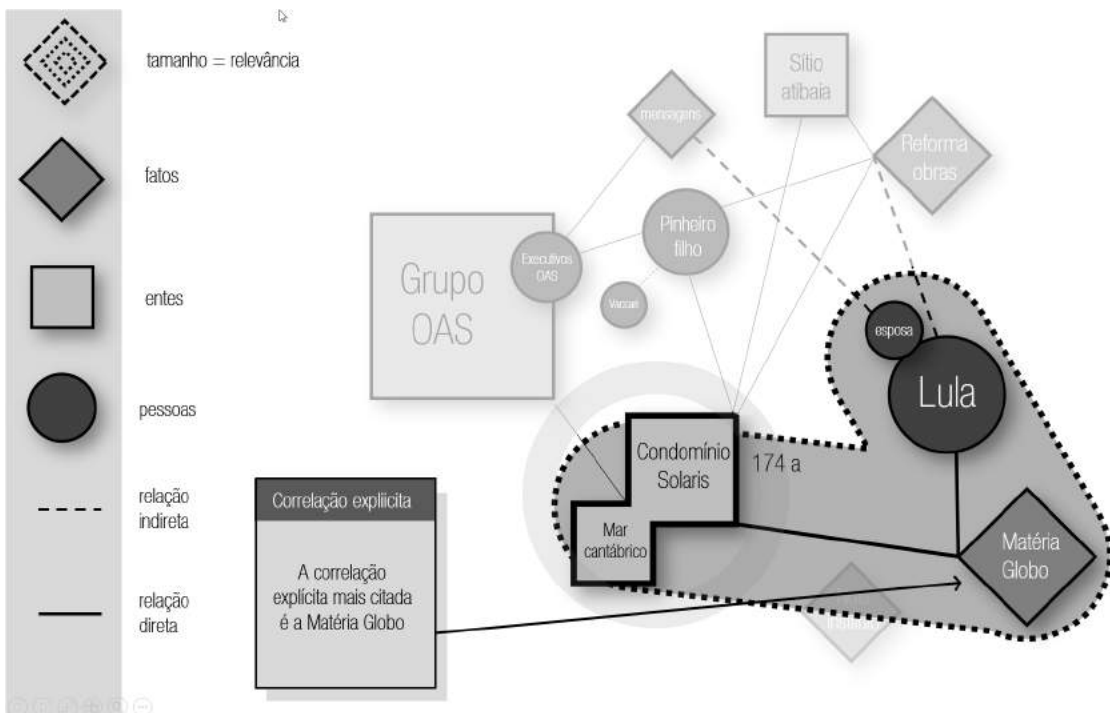
No que se refere a correlações de grupos, a Sentença enfatiza que a conexão com a Petrobras, **no menor caminho** se dá em nível terciário, predominando o nível quaternário, o que evidencia a incompetência da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba para julgamento do caso.



Com a relação da Petrobras caracterizada preponderantemente de forma quaternária, a identificação de única imputação direta com a Delação —cuja legislação de regência impede sua admissão como única prova—, restou à autoridade judicial a busca de prova para afastar-se deste óbice. A saída encontrada no cipoal de floreios foi fundamentar a condenação em matéria jornalística mencionada 8 (oito) vezes na decisão. Ou seja, **em prova nenhuma**. Eis a representação geral:



E a específica por relevância de evidência:



A Sentença é tecnicamente frágil, em que pese a ostentação. Algumas particularidades, entretanto, devem ser destacadas. A decisão, como frisado, tem 238 páginas. O relatório

vai da página 2 a 10, a fundamentação —lastreada na matéria de jornal— da página 10 a 225, o dispositivo, as demais páginas.

O curioso e verdadeiramente inacreditável é a autoridade judicial consumir aproximadamente 20% da Sentença (da página 10 à 55) para ataques políticos e ideológicos ao Réu e seus advogados de defesa, em evidente demonstração de perda completa e absoluta da imprescindível imparcialidade do julgador, sabidamente indispensável requisito do julgamento justo nos moldes preconizados pelas mais expressivas manifestações de Direito Internacional.²⁴⁷

As nulidades e defeitos processuais no caso em referência são evidentes, mas o que sustenta o movimento frequente do moinho que dá curso permanente ao noticiário para abafar as transgressões jurídicas estruturais do Estado Democrático e Social de Direito é a manipulação de matrizes tecnológicas de inteligência artificial que asseguram ao final de cada dia a vitória sobre a narrativa do processo. Assim, com fundamento em matéria de jornal condena-se LULA.

²⁴⁷ Artigo X, da Declaração Universal de Direitos Humanos e Artigos 9.1. e 14.1. do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

A SENTENÇA ILEGAL DO JUIZ MORO CONTRA LULA

Juarez Cirino dos Santos*

A sentença condenatória do Juiz Moro contra o ex-Presidente LULA é incompatível com o Direito Penal do **fato** e da **culpabilidade** do Estado Democrático de Direito. Primeiro, a sentença não demonstra a existência do **fato imputado** como tipo de injusto de *corrupção passiva* produzido por ações reais do acusado; segundo, a sentença não demonstra a **culpabilidade** do autor fundada no *conhecimento do injusto* de ações praticadas no exercício regular da Presidência da República. A consequência lógica da inexistência do **fato** definido como *corrupção passiva* é a impossibilidade do segundo **fato** de *lavagem de dinheiro*: se não existe o crime de *corrupção passiva* como *fato antecedente*, não existe o crime de *lavagem de dinheiro*, que pressupõe a existência de crime anterior – porque, além disso, por mais que o Juiz Moro considere “*estranho*” que LULA desconheça as vantagens indevidas (quando a PETROBRAS declara perdas contábeis de 6 bilhões de reais), ou que não tenha reprovado agentes públicos e políticos pelo esquema criminoso, a dedução judicial da *conivência* de LULA é um mero ato psíquico, porque não existe prova de conhecimento desses fatos.

Decisões judiciais incompatíveis com o Direito Penal do **fato** e da **culpabilidade** são decisões judiciais inválidas, porque carecem dos fundamentos centrais da justiça criminal: o princípio da legalidade, configurado na realização concreta de um *tipo de crime*, e o princípio da culpabilidade, verificado no conhecimento da *natureza criminosa* da ação realizada. A prolixa sentença judicial de 218 páginas não contém um capítulo, nem mesmo um parágrafo, ou sequer uma linha dedicada à demonstração desses fundamentos do sistema punitivo, sem os quais é impossível aplicar penas criminais. Logo, a condenação criminal do ex-Presidente LULA constitui a **recepção judicial** da atitude político-partidária da *Força Tarefa* do MPF atuante na *Operação Lava Jato*, manifestada naquela cômica apresentação pública em cadeia de televisão, resumida na proposição: *não temos prova, mas temos convicção*. Esse é o perfil da mais célebre decisão da história da jurisprudência brasileira: um ato judicial ilegal, em contraste com a postura democrático-legalista da justiça criminal brasileira.

Os componentes de *tipo de injusto* e de *culpabilidade* do fato punível podem ser apresentados em linguagem acessível ao público, mas a crítica da sentença do Juiz Moro se limita ao exame sumário da imputação de *corrupção passiva*, e apenas do ponto de vista do **tipo de injusto**, por força do limite de 10 mil caracteres (ou 5 páginas) deste artigo. A dimensão objetiva do fato punível é examinada do ponto de vista da *relação de causalidade* entre **ação** e **resultado** (com exclusão da imputação do resultado) e a dimensão subjetiva do fato punível é examinada do ponto de vista do **dolo** (com exclusão da **intenção especial** de enriquecimento com a *vantagem indevida* obtida em razão do cargo). Essas questões – e outros aspectos da sentença do Juiz Moro – serão objeto de artigo maior, a ser publicado em breve.

* Advogado.

1. A dimensão objetiva do crime de *corrupção passiva*

1.1. A denúncia do MPF imputou ao ex-Presidente LULA as ações alternativas de *solicitar*, ou de *aceitar promessa*, ou de *receber* vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão do cargo (art. 317, Código Penal), mas **não descreveu** as ações imputadas *com todas as suas circunstâncias*, limitando-se a reproduzir as palavras da lei, com infração do art. 41, do Código de Processo Penal). A sentença do Juiz Moro, que deveria indicar os *motivos de fato e de direito* da decisão (art. 381, III, do Código de Processo Penal), consegue ser pior do que a denúncia: não demonstra as circunstâncias concretas de *meios* ou de *modos* de realização do fato imputado (*como?*), de *lugar* de realização do fato imputado (*onde?*), ou de *tempo* de realização do fato imputado (*quando?*) em relação às ações típicas de *solicitar*, ou de *aceitar promessa*, ou de *receber* (para si ou para outrem) vantagem indevida, em razão do cargo – em violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF). Na verdade, a leitura da sentença não permite nem mesmo saber se o crime de *corrupção passiva* teria sido realizado pela ação de *solicitar*, ou pela ação de *aceitar promessa*, ou pela ação de *receber* vantagem indevida em razão do cargo – as únicas ações pelas quais o crime de *corrupção passiva* pode ser realizado.

1.2. Assim, em relação aos modos ou meios de realizar as ações incriminadas, a sentença do Juiz Moro tem as seguintes falhas: **a)** não indica se a ação de *solicitar* vantagem indevida teria ocorrido pelo modo sonoro da palavra falada em situação presencial, por meio telefônico ou por mensagem eletrônica, ou pela forma gráfica de documento físico, de documento eletrônico transmitido por *WhatsApp* ou por outra forma de comunicação a distância em rede social; **b)** não indica se a ação de *aceitar promessa* de vantagem indevida teria ocorrido pelas formas verbais, escritas ou eletrônicas acima referidas, ou por sinais, gestos ou outros procedimentos mímicos de comunicação social; **c)** enfim, não indica como teria ocorrido a ação de *receber* a vantagem indevida definida pelo bizarro conceito de *propriedade de fato* do imóvel identificado pelo Ap. 164-A, do Edifício Solaris, porque a sentença exclui a forma civil de aquisição da propriedade pela transcrição no registro imobiliário, ou porque os dados fáticos excluem a posse do imóvel por LULA ou familiares.

1.3. Como se sabe, as ações humanas existem em **determinados** momentos históricos e acontecem em **determinados** lugares do mundo real. Mas as ações imputadas ao ex-Presidente LULA não parecem existir desse modo: a ação de *solicitar* vantagem indevida, ou de *aceitar promessa* de vantagem indevida, ou de *receber* vantagem indevida pela aberrante *propriedade fática* do Ap. 164-A do Edifício Solaris, teriam sido realizadas em **lugar indeterminado** do espaço físico da vida social, bem como teriam ocorrido em **tempo indeterminado** de um calendário compreendido entre **11/10/2006** a **23/01/2012**, ou seja, dentro do período de **5 anos, 3 meses e 12 dias**, ou em um dia qualquer do lapso temporal de **1.927 dias**. Assim, as ações imputadas não têm **momento histórico determinado** de existência **temporal**, nem **lugar físico determinado** de existência **espacial** como fato criminoso.

1.4. A consequência processual da **indeterminação temporal** ou **espacial** do fato imputado é a atribuição de uma **prova impossível** ao acusado: a **prova negativa** de que *não solicitou* vantagem indevida, ou *não aceitou promessa* de vantagem indevida, ou *não recebeu* vantagem indevida em **nenhum** daqueles **1.927 dias** e em **nenhum** lugar do Brasil ou do Mundo. Ao contrário, a determinação do tempo, do lugar, dos meios ou

do modo de realização do fato imputado – como exige a lei processual –, teria permitido uma **prova positiva** de que o fato imputado não poderia ter ocorrido do modo ou pelo meio indicados, ou no tempo, ou no lugar determinados, possível em condenações criminais conforme os critérios legais, rompidos pela sentença.

1.5. A indeterminação das ações incriminadas significa que a dimensão objetiva do tipo de injusto de *corrupção passiva* não se caracteriza – portanto, a denúncia deveria ser julgada improcedente, com absolvição do ex-Presidente LULA por ausência de tipicidade das ações imputadas. Afinal, **se** não estão demonstradas as ações imputadas ao ex-Presidente LULA, **então** não existe o polo causal da relação de causalidade entre **ação** e **resultado**: as ações típicas, que deveriam ser as *causas* do resultado de *vantagem indevida*, não estão demonstradas e, assim, nenhum resultado típico pode ser imputado ao ex-Presidente LULA, nos termos do art. 13, do Código Penal. Como se sabe, em processos judiciais funciona a lógica formal do silogismo jurídico: **se** a premissa maior (norma penal) se realiza na premissa menor (ação humana), **então** segue a conclusão de aplicação da pena criminal – mas, inversamente, **se** a premissa maior da norma não se realiza na premissa menor da ação humana, **então** a conclusão inevitável é a absolvição do acusado. Como se vê, em relação ao **elemento objetivo** do fato imputado, a sentença do Juiz Moro é omissa.

1.6. Além disso, a sentença do Juiz Moro ignora solenemente a tese de defesa do ex-Presidente LULA, definida pela **negativa de autoria** das ações imputadas. A sentença preferiu refutar pretensos *álibis* de LULA, atribuídos como simples artifícios retóricos ou hipóteses argumentativas, na linha das razões do lobo da fábula: a) a propriedade do imóvel não seria do titular do registro formal, utilizado apenas para ocultar a *propriedade de fato* do imóvel; b) a hipoteca do imóvel em favor de *Planer Trustee* não implicaria propriedade da OAS, mas operação neutra de financiamento com garantia imobiliária; c) os custos de reforma do imóvel seriam em benefício de LULA, porque as notas fiscais teriam sido abatidas de uma *conta geral de propinas* – uma hipótese psíquica indemonstrada, mas útil para o discurso punitivo; d) as auditorias externas e internas da Petrobras não teriam revelado os ilícitos por causa de seus poderes limitados, incapazes de investigar crimes secretos com propinas pagas no exterior; e) a aquisição de direitos contratuais por Marisa Letícia comunicaria a propriedade pelo regime de *comunhão de bens*, cujos dispêndios foram declarados por LULA no Imposto de Renda; f) além disso, LULA visitou o imóvel, o projeto de reforma teria sido submetido a LULA, a diferença de preços e os custos da reforma teriam sido abatidos da *conta corrente de propinas* etc. Eis como a hipótese abstrata de uma imaginária *conta corrente de propinas*, sempre falada mas nunca provada, é usada e abusada como **arma para todos os fins** na ilegal sentença do Juiz Moro. Nunca um processo criminal foi construído com tamanha ferocidade para demonstrar uma hipótese judicial preconcebida.

2. A dimensão subjetiva do crime de *corrupção passiva*

2.1. As ações alternativas de *solicitar*, ou de *aceitar promessa*, ou de *receber* vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão do cargo, devem ser produzidas por **dolo**, como vontade consciente de realizar um tipo de crime. Mas a **imputação de fato**, do ponto de vista da formação psíquico-emocional do crime – o chamado tipo subjetivo – revela problemas igualmente graves: a singela descrição da atitude pessoal atribuída ao ex-Presidente **LULA**, no suposto papel de **autor** das ações incriminadas, definidas como realizadas “*de modo consciente e voluntário*” na denúncia, constitui simples **rótulo**

burocrático, destituído do conteúdo intelectual e emocional do conceito de **dolo** e, assim, é inútil para demonstrar a existência do elemento subjetivo do dolo, necessário para configurar o tipo de crime imputado.

2.2. Ou, de forma didática: em lugar de **etiquetas formais** destituídas de significado real, a sentença deveria demonstrar (a) a forma pela qual o acusado LULA teria tido *conhecimento* dos componentes objetivos do crime imputado, que configura o *elemento intelectual* do **dolo**, e (b) de que modo esses elementos objetivos do crime teriam sido abrangidos pela *vontade* do autor, que configura o elemento emocional da estrutura psíquico-afetiva do **dolo**. Assim, também em relação à dimensão subjetiva do crime, a sentença do Juiz Moro é omissa.

3. Conclusão: uma condenação sem crime

As falhas substanciais da sentença judicial permitem concluir que LULA foi condenado por fato atípico – ou seja, LULA foi condenado sem cometer crime.

3.1. A maior aproximação da sentença quanto à tipicidade do crime imputado é a tese de que LULA seria responsável pela *nomeação* e *manutenção* dos diretores de Serviços e de Abastecimento da PETROBRAS, condenados por corrupção pelo próprio Juiz Moro. Mas essa tese desconsidera a **natureza pessoal** da responsabilidade penal por ações típicas, além de introduzir a ideia troglodita da **responsabilidade penal objetiva**. Nenhuma nação civilizada admite a responsabilidade penal de Presidentes da República pela conduta pessoal, sexual ou patrimonial de funcionários públicos nomeados e mantidos no cargo, como Ministros, Diretores de empresas públicas ou funcionários públicos inferiores – assim como ninguém pensaria em condenar o Papa pela conduta pessoal, sexual ou patrimonial de cardeais, bispos ou padres.

3.2. Enfim, a convicção judicial parece confinada à hipótese de que seria desnecessário saber se LULA é o maior responsável pelo *esquema criminoso*, porque bastaria a prova de sua *participação* na corrupção (e na lavagem), diz a sentença – precisamente a prova que a decisão judicial não faz. Em definitivo, a sentença do Juiz Moro não dignifica a Justiça criminal brasileira.

O CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA NA VISÃO DO STF E A SENTENÇA QUE VIOLA O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Juarez Tavares *

Ademar Borges **

A interpretação correta do conteúdo do injusto penal do crime de corrupção passiva (art. 317, CP), apesar de consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do entendimento uníssono da doutrina jurídica, vem novamente à tona em face da recentíssima sentença que condenou o ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva. Essa sentença poderia ser discutida, sob o prisma da sua legitimidade, a partir de inúmeras perspectivas dogmáticas: (i) o indisfarçável desprezo pela máxima segundo a qual a legitimidade da condenação penal, sob o aspecto probatório, depende de um convencimento judicial motivado – a partir da prova produzida pela acusação – da existência do fato criminoso para além de qualquer dúvida razoável (ou, na fórmula evocativa anglo-saxã, *beyond a reasonable doubt*); (ii) as múltiplas violações ao princípio acusatório decorrentes da reiterada violação ao art. 212 do CPP em razão da postura excessivamente ativa do juiz na produção da prova oral²⁴⁸; (iii) a escancarada afronta ao princípio do juiz natural decorrente da indevida ampliação da competência do magistrado prolator da sentença, tantas vezes denunciada pela doutrina²⁴⁹, entre tantas outras, muitas delas debatidas em outros brilhantes trabalhos reunidos na presente obra.

A escolha do tema deste breve ensaio – a análise do alcance do delito de corrupção passiva no direito brasileiro – se deve, fundamentalmente, a três razões: (i) a compreensão acerca dos requisitos exigidos para a configuração do crime de corrupção passiva manifestada na sentença condenatória afronta claramente a orientação jurisprudencial do plenário do Supremo Tribunal Federal; (ii) o equívoco cometido pelo magistrado, por si só, afasta por completo a possibilidade de caracterização do crime de corrupção passiva no caso examinado; (iii) a inexistência do delito de corrupção passiva afastaria, por consequência, qualquer possibilidade de condenação pelo delito de lavagem de dinheiro, já que não haveria crime antecedente. O grave equívoco em que

* Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Visitante na Universidade de Frankfurt am Main, na Universidade de Buenos Aires e na Universidade Pablo D’Olavide (Sevilha). Professor Honorário da Universidade de San Martín (Peru). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Subprocurador-Geral da República aposentado. Advogado.

** Doutorando em Direito Público pela UERJ. Mestre em Direito Constitucional pela UFF. Procurador do Município de Belo Horizonte. Advogado.

²⁴⁸ A Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008, alterou a redação do art. 212 do Código de Processo Penal, passando-se a adotar o procedimento do Direito Norte-Americano, chamado *cross-examination*, no qual as testemunhas são questionadas diretamente pela parte que as arrolou, facultada à parte contrária, a seguir, sua inquirição (exame direto e cruzado), e ao juiz, os esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização.

²⁴⁹ A questão foi definitivamente solucionada pelo Professor Gustavo Badaró em excelente trabalho doutrinário: “A conexão no processo penal, segundo o princípio do juiz natural, e sua aplicação nos processos da Operação Lava Jato”, disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servico_s_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/122.07.PDF.

incorreu a sentença ao interpretar o alcance do delito de corrupção passiva no direito brasileiro pode ser demonstrado sem maiores dificuldades, à luz não apenas da dogmática jurídica como também – e principalmente – sob a ótica da jurisprudência do STF.

A sentença afirmou que *“na jurisprudência brasileira, a questão é ainda objeto de debates, mas os julgados mais recentes inclinam-se no sentido de que a configuração do crime de corrupção não depende da prática do ato de ofício e que não há necessidade de uma determinação precisa dele”*. Prosseguir afirmando que, *“na Ação Penal 470, julgada pelo Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal (AP 470/MG, Relator Min. Joaquim Barbosa, por maioria, j. 17/12/2012), a questão foi discutida, mas, na interpretação deste Juízo, não há uma afirmação conclusiva a respeito dela, pelo menos expressa, nos fundamentos do julgado”*. A conclusão da sentença a propósito do entendimento do STF a respeito do tema está objetiva e integralmente equivocada.

O Supremo Tribunal Federal discutiu de modo particularmente profundo a questão dos requisitos exigidos para a configuração do delito de corrupção passiva no julgamento da AP 470. Debateu-se amplamente, àquela altura, sobre a necessidade de comprovação do objeto da barganha da função pública – ato de ofício – que motivou a aceitação ou solicitação de uma vantagem indevida como condição para a configuração do crime de corrupção passiva. Ao problema – já complexo sob o prisma dogmático – soma-se, sob a ótica da jurisprudência do STF, a conhecida dificuldade em extrair as teses jurídicas majoritárias dos seus julgamentos num contexto em que a dinâmica de deliberação sugere que o acórdão resulta da reunião de votos particulares, sem que se chegue a um consenso em relação às controvérsias centrais do debate²⁵⁰. Deve-se procurar, entretanto, identificar com clareza o alcance da norma penal incriminadora prevista no art. 317 do Código Penal a partir da jurisprudência do plenário do STF²⁵¹. É que o sentido da proibição penal da prática da conduta tipificada pela lei depende inevitavelmente da atividade interpretativa realizada pelos Tribunais, notadamente pelo STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro²⁵².

O debate atual sobre o conteúdo normativo do delito de corrupção passiva exige do intérprete o desenvolvimento de um raciocínio assim encadeado logicamente: (i) a jurisprudência determina o sentido final da norma penal incriminadora, pois, ao interpretar o texto da lei, estabelece o campo de conduta (proibida) penalmente relevante; (ii) o STF discutiu exaustivamente, no julgamento da AP 470, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a configuração do delito de corrupção passiva no direito brasileiro; (iii) o sentido normativo atribuído à lei incriminadora pela

²⁵⁰ Para entender de modo adequado os graves problemas deliberativos enfrentados atualmente pelo STF: V. SILVA, Virgílio Afonso da. (2006) O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. Revista de Direito Administrativo nº 250. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio. pp. 197 a 227.

²⁵¹ Para identificar a posição prevalecente do STF, utilizou-se o critério segundo o qual a jurisprudência dele coincide com a orientação firmada pelo órgão competente por uniformizar o entendimento dos órgãos fracionários: no caso do Supremo Tribunal Federal, seu Plenário. Precedente isolados de órgãos fracionários (Turmas) contrários à diretriz jurisprudencial do órgão uniformizador do Tribunal (Plenário do STF) foram conscientemente excluídos da análise presentemente empreendida.

²⁵² Embora ao STF não incumba, em princípio, uniformizar a interpretação das leis penais incriminadoras (infraconstitucionais), acaba afirmando a palavra final sobre o sentido e alcance das leis penais examinadas no julgamento de ações penais originárias. É que o critério hierárquico implica a necessidade de garantir a prevalência da interpretação do STF sobre as normas penais infraconstitucionais.

jurisprudência do STF integra o próprio conteúdo do injusto penal, vinculando normativamente não apenas os julgamentos futuros, mas também o próprio destinatário da lei penal. Daí porque o exame da tipicidade da conduta imputada ao denunciado exige a prévia identificação do sentido atribuído pelo Plenário do STF ao art. 317 do CP²⁵³. De fato, valores essenciais em um Estado de direito democrático²⁵⁴ – tais como a racionalidade e a legitimidade das decisões judiciais, a segurança jurídica e a isonomia – recomendam a aplicação ao presente caso da recente jurisprudência do Plenário do STF a propósito do sentido e alcance da norma penal prevista no art. 317 do CP.

Há muito se discute no Brasil acerca do exato sentido da norma incriminadora prevista no art. 317 do CP. As principais controvérsias podem ser assim resumidas: (i) a corrupção passiva exige que a aceitação ou solicitação de uma vantagem indevida tenha sido motivada pela barganha da função pública exercida pelo agente? (ii) a consumação do delito exige a comprovação de que a aceitação ou solicitação de uma vantagem indevida decorra de um específico ato de ofício colocado pelo funcionário público à disposição do particular? (iii) a corrupção passiva exige a comprovação da prática concreta do ato de ofício na esfera de atribuições do agente corrompido?

Essas questões suscitam pelo menos dois planos de argumentação distintos: (i) o primeiro consiste em saber se a consumação do delito de corrupção passiva exige a demonstração da vinculação entre a vantagem indevida (solicitada ou recebida) e o exercício da função pública, o que demanda perscrutar se há um nexo de causalidade entre essa vantagem indevida e um ato de ofício, ainda que apenas potencialmente considerado; (ii) o segundo reside na questão concernente à necessidade, para a configuração do delito, de demonstração da efetiva prática (comissiva ou omissiva) do ato de ofício. O primeiro plano argumentativo sugere o problema da necessidade de demonstração da vinculação causal, ainda que potencial, entre a vantagem indevida e um ato de ofício (que pretensamente esteja dentro da esfera de atribuições do agente). Já o segundo plano argumentativo põe em debate a questão concernente à exigência de demonstração da concreta atuação do funcionário público em benefício do particular como condição da consumação do delito de corrupção passiva.

STF respondeu a todas essas questões no conhecido julgamento da AP 470, ocasião em que se definiu com maior precisão o sentido da norma penal incriminadora (art. 317 do CP). Para que se tenha uma ideia da extensão do problema no que diz respeito à tentativa de encontrar os elementos objetivos do delito de corrupção passiva, convém rememorar algumas passagens do julgamento da conhecida AP 470, oportunidade em

²⁵³ Firmado pelo Plenário do STF uma diretriz jurisprudencial precisa a propósito dos requisitos exigidos para a configuração do delito de corrupção passiva – o que ocorreu no julgamento da AP 470 –, não há dúvida quanto à necessidade de aplicar o mesmo entendimento ao caso presentemente examinado. Da fecunda densidade normativa do princípio constitucional da isonomia se extrai primordialmente o dever do Judiciário de dar tratamento jurisdicional igual para as situações iguais (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 16a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1999, p. 221; BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Ediouro, 1996, p. 25; CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, p. 380; SILVA, Celso de Albuquerque. Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação, cit., p. 85).

²⁵⁴ Como afirmou o Ministro Edson Fachin, “é parte do *munus público* de uma Corte Constitucional a construção de uma narrativa de precedentes, que oriente todo o sistema judicial” (ADI 1046, Relator Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2015).

que a composição plenária do Tribunal tencionou, em alentado julgamento de mérito, delimitar o alcance desse tipo penal. O quadro abaixo apresenta uma breve síntese do modo como o STF definiu o sentido da exigência de demonstração de ato de ofício para a configuração do delito de corrupção passiva:

	Réus: João Paulo Cunha e Henrique Pizzolato (fase inicial do julgamento da AP 470)	Réus: outros Parlamentares (fase final do julgamento da AP 470)
Min. Joaquim Barbosa	Assim, está comprovado que o réu HENRIQUE PIZZOLATO recebeu vantagem indevida, oriunda da DNA Propaganda, para determiná-lo a praticar atos de ofício, consistentes nos repasses antecipados de recursos do Banco do Brasil à DNA Propaganda, sem previsão contratual e sem controle sobre o emprego dos recursos.	Além da doutrina e da jurisprudência uníssonas, o próprio tipo penal explicita a natureza formal desse crime – sua consumação independe, até mesmo, da ocorrência do pagamento, bastando a mera solicitação/recebimento em razão do cargo, vinculada à possibilidade de praticar os atos de ofício oferecidos em contrapartida. Não se exige, sequer, que haja a prática efetiva do mencionado ato de ofício. Esta prática configura causa de aumento de pena.
Min. Ricardo Lewandowski	Para a caracterização da corrupção passiva, deve ser apontado o ato de ofício do funcionário, configurador de transação ou comércio com o cargo por ele exercido. (...) o Ministério Público não apontou, nem sequer minimamente, o ato de ofício contrário à lei praticado pelo réu [João Paulo Cunha].	O Plenário desta Corte, todavia, por sua doura maioria, ao apreciar a mesma matéria nesta AP 470, externou um entendimento mais abrangente, assentando ser suficiente, para a configuração do tipo previsto no art. 317 do Código Penal o mero recebimento de vantagem indevida, por funcionário público, dispensando-se a precisa identificação do ato de ofício. E mais: dispensou, também, a necessidade de indicação da relação entre o recebimento da vantagem por parte do servidor e a prática de determinado ato funcional. Até porque, no caso do delito de corrupção passiva, a consumação delitativa se deu no momento da aceitação da vantagem indevida e não no momento do saque do valor. Basta, pois, segundo entende a Corte, para a caracterização do delito de corrupção passiva, que se demonstre o recebimento de vantagem indevida, subentendendo-se a possibilidade ou a perspectiva da prática de um ato comissivo ou omissivo, não identificado, presente ou futuro, atual ou potencial, desde que este esteja na esfera de atribuições do funcionário público.

Min. Rosa Weber	A indicação do ato de ofício não integra o tipo legal da corrupção passiva. Basta que o agente público que recebe a vantagem indevida tenha o poder de praticar atos de ofício para que se possa consumir o crime do artigo 317 do Código Penal. (...) Ou seja, exige-se que a vantagem seja ofertada e aceita por conta do ato de ofício, e não que este seja efetivamente praticado.	<p>A maioria, porém, pelo voto condutor do Ministro Ilmar Galvão, entendeu que a tipicidade exigia fosse, a vantagem indevida, solicitada ou recebida em vista de ato de ofício entre as atribuições funcionais do agente corrompido.</p> <p>Naquele caso, a denúncia não identificava ato algum de ofício realizado ou mesmo pretendido a motivar o pagamento de vantagem ao então Presidente da República.</p> <p>Na espécie, porém, paga a vantagem indevida, aos parlamentares corrompidos, para angariar-lhes o apoio político ao Governo Federal.</p>
Min. Luiz Fux	... a prática de algum ato de ofício em razão da vantagem recebida não é necessária para a caracterização do delito. Basta que a causa da vantagem seja a titularidade de função pública. (...) o crime de corrupção passiva configura-se com a simples solicitação ou o mero recebimento de vantagem indevida (ou de sua promessa), por agente público, em razão das suas funções, ou seja, pela simples possibilidade de que o recebimento da propina venha a influir na prática de ato de ofício.	Como já exaustivamente demonstrado, a prática de algum ato de ofício em razão da vantagem recebida não é necessária para a caracterização do delito. Basta que a causa da vantagem seja a titularidade de função pública. (...) Por isso, é mesmo dispensável a indicação de um ato de ofício concreto praticado em contrapartida ao benefício auferido, bastando a potencialidade de interferência no exercício da função pública. A comprovação da prática, omissão ou retardamento do ato de ofício é apenas uma majorante, prevista no § 2o do art. 317 do Código Penal.
Min. Dias Toffoli		Como já decidido por este Plenário em capítulo anterior, no que inclusive fiquei vencido, a corrente majoritária formou-se no sentido de ser despicienda a existência do ato de ofício para a tipificação do crime de corrupção passiva, bastando, para tanto, que a vantagem seja oferecida em razão do exercício de cargo público. A partir desta premissa, curvo-me a essa orientação e, doravante, passo a orientar o teor deste meu voto nesse sentido.

Min. Cármen Lúcia	... tinha, no rol de suas atribuições, o controle do processo licitatório, cabendo-lhe, entre outros atos, a nomeação da comissão de licitação, a anulação ou revogação do certame, a assinatura do contrato com a empresa vencedora e o acompanhamento de sua execução.	Provou-se, no processo, ter sido garantida vantagem indevida a Roberto Jefferson, Romeu Queiroz, deputados federais do Partido Trabalhista Brasileiro, e Emerson Eloy Palmieri com a específica finalidade de se obter deles apoio político consubstanciado em ações positivas para aprovação e sustentação dos projetos e atos de interesse do Governo Federal.
Min. Cezar Peluso	Quanto aos atos de ofício que João Paulo Cunha poderia ter realizado, bastaria a existência de nexos causal entre a conduta do funcionário público e a prática de ato funcional de sua competência, ou a perspectiva de o praticar.	
Min. Gilmar Mendes	“a ação que a lei incrimina consiste em solicitar (pedir) ou receber (aceitar) vantagem indevida em razão da função, ou aceitar promessa de tal vantagem. A ação deve necessariamente relacionar-se com o exercício da função pública que o agente exerce ou que virá a exercer (se ainda não a tiver assumido), pois é próprio da corrupção a vantagem solicitada, recebida ou aceita em troca de um ato de ofício. O agente aqui mercadeja com sua função. O ato a que visa a corrupção praticada não deve necessariamente constituir uma violação do dever de ofício (...) Deve, todavia, o ato ser de competência do agente ou estar relacionado com o exercício de sua função (...)”.	Insisto nesta reafirmação, Sr. Presidente, mormente em face da observação do eminente Ministro Revisor de que a Corte reviu seu posicionamento e abandonou a exigência do ato de ofício. Não é esta minha compreensão. Penso que é muito importante assentar as bases teóricas deste julgamento, inclusive pela repercussão dos precedentes da Corte nas demais esferas do Poder Judiciário. A Jurisprudência firmada na AP 307 permanece, portanto, inalterada: é indispensável ato de ofício em potencial para configuração do crime de corrupção passiva, apesar de não ser necessária sua efetiva prática pelo corrupto.
Min. Marco Aurélio	Então, proclamo, Presidente, e assento como ideia básica que o ato de ofício, o implemento do ato de ofício está ligado, à forma, que diria, qualificada ou à causa de aumento de uma das espécies de corrupção, mesmo porque, quanto à passiva, pode ocorrer quando o servidor já esteja inclusive fora da função, e até mesmo antes de assumi-la.	Basicamente acompanhou o Relator, não entrou na discussão quanto ao ato de ofício.

Min. Celso de Mello	Sem que o agente, executando qualquer das ações realizadoras do tipo penal constante do art. 317, “caput”, do Código Penal, venha a adotar comportamento funcional necessariamente vinculado à prática ou à abstenção de qualquer ato de seu ofício – ou sem que ao menos atue na perspectiva de um ato enquadrável no conjunto de suas atribuições legais –, não se poderá, ausente a indispensável referência a determinado ato de ofício, atribuir-lhe a prática do delito de corrupção passiva.	Torna-se imprescindível reconhecer, portanto, para o específico efeito da configuração jurídica do delito de corrupção passiva tipificado no art. 317, “caput”, do Código Penal, a necessária existência de uma relação entre o fato imputado ao servidor público e o desempenho concreto de ato de ofício pertencente à esfera de suas atribuições funcionais.
Min. Ayres Britto	Basta apenas que se possa deduzir com clareza qual a classe de atos em troca dos quais se solicita ou se recebe a vantagem indevida – isto é, a natureza do ato objeto da corrupção.	(...) nos crimes de corrupção, o ato de ofício não pode deixar de fazer parte da respectiva cadeia causal ou vínculo funcional. Mas à expressão legal “ato de ofício” deve corresponder o sentido coloquial de “ato do ofício” a cargo do agente público corrompido. E ato de ofício, parlamentarmente falando, é ato de legislar, fiscalizar, julgar (nos casos excepcionais de que trata a Constituição Federal).

O voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes bem representa os pontos de consenso no julgamento acima referido acerca dos requisitos exigidos para a configuração do delito de corrupção passiva: (i) *“a ação que a lei incrimina consiste em solicitar (pedir) ou receber (aceitar) vantagem indevida em razão da função, ou aceitar promessa de tal vantagem”*²⁵⁵; (ii) *“a ação deve necessariamente relacionar-se com o exercício da função pública que o agente exerce ou que virá a exercer (se ainda não a tiver assumido), pois é próprio da corrupção a vantagem solicitada, recebida ou aceita em troca de um ato de ofício”,* uma vez que *“o agente aqui mercadeja com sua função”*; (iii) *“o ato a que visa a corrupção praticada não deve necessariamente constituir uma violação do dever de ofício”*; (iv) *“deve, todavia, o ato ser de competência do agente ou estar relacionado com o exercício de sua função (...)”*²⁵⁶; (iv) *“a exigência de determinação do ato funcional está*

²⁵⁵ “Colhe-se na doutrina que ‘a ação que a lei incrimina consiste em solicitar (pedir) ou receber (aceitar) vantagem indevida em razão da função, ou aceitar promessa de tal vantagem. A ação deve necessariamente relacionar-se com o exercício da função pública que o agente exerce ou que virá a exercer (se ainda não a tiver assumido), pois é próprio da corrupção a vantagem solicitada, recebida ou aceita em troca de um ato de ofício. O agente aqui mercadeja com sua função. O ato a que visa a corrupção praticada não deve necessariamente constituir uma violação do dever de ofício (...) Deve, todavia, o ato ser de competência do agente ou estar relacionado com o exercício de sua função (...)’ (Rui Stoco, Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, RT, 4a edição, p. 1647).” (fl. 2300/2301)

²⁵⁶ Como anteriormente afirmado, esta Corte sufragou entendimento no sentido de que “o ato ou abstenção a que a corrupção se refere deve ser da competência do intraneus, isto é, deve estar compreendido nas suas específicas atribuições funcionais, pois só neste caso pode deparar-se com um

relacionada à imprescindível conexão entre o ato e a função pública e não, propriamente, ao ato materializado, pois é indiferente para a consumação do delito que o ato funcional venha a ser praticado ou não". Em síntese, afirmou o Ministro Gilmar Mendes que a jurisprudência firmada na AP 307 permaneceu, no julgamento da AP 470, inalterada: é indispensável ato de ofício em potencial para configuração do crime de corrupção passiva, apesar de não ser necessária sua efetiva prática pelo corrupto.

Na mesma linha de entendimento, o voto do Ministro Celso de Mello reafirmou a tese de que *"sem que o agente, executando qualquer das ações realizadoras do tipo penal constante do art. 317, caput, do Código Penal, venha a adotar comportamento funcional necessariamente vinculado à prática ou à abstenção de qualquer ato de ofício – ou sem que ao menos atue na perspectiva de um ato enquadrável no conjunto de suas atribuições legais –, não se poderá, ausente a indispensável referência a determinado ato de ofício, atribuir-lhe a prática do delito de corrupção passiva"*. Outros trechos do voto do Ministro Celso de Mello deixam ainda mais claro o entendimento do STF de que a consumação do delito de corrupção passiva exige que o agente público negocie (solicitando ou recebendo vantagem indevida) ato de ofício inserido nas suas atribuições legais:

Para a integral realização da estrutura típica constante do art. 317, "caput", do Código Penal, é de rigor, ante a indispensabilidade que assume esse pressuposto essencial do preceito primário incriminador consubstanciado na norma penal referida, a existência de uma relação da conduta do agente – que solicita, ou que recebe, ou que aceita a promessa de vantagem indevida – com a prática, que até pode não ocorrer, de um ato determinado de seu ofício.

Não custa insistir, desse modo, e tendo presente a objetividade jurídica da infração delituosa definida no art. 317, "caput", do Código Penal, que constitui elemento indispensável – em face do caráter necessário de que se reveste esse requisito típico – a existência de um vínculo que associe o fato atribuído ao agente estatal (solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida) com a mera perspectiva da prática (ou abstenção) de um ato de ofício vinculado ao âmbito das funções inerentes ao cargo desse mesmo servidor público.

Basta, assim, e para efeito de integral realização do tipo penal, que a conduta do agente – quando não venha ele a concretizar, desde logo, a prática (ou abstenção) de um ato de seu próprio ofício – tenha sido motivada pela perspectiva da efetivação ulterior de um determinado ato funcional.

Sem a necessária referência ou vinculação do comportamento material do servidor público a um ato de ofício – ato este que deve obrigatoriamente incluir-se no complexo de suas atribuições funcionais (RT 390/100 – RT 526/356 – RT 538/324) –, revela-se inviável qualquer cogitação jurídica em torno da caracterização típica do crime de corrupção passiva definido no "caput" do art. 317 do Código Penal.

Daí o magistério da doutrina penal (MAGALHÃES NORONHA, "Direito Penal", vol. 4/244, item n. 1.320, 17a ed., 1986, Saraiva), que salienta, na análise do tema, que o comércio da função pública, caracterizador do gravíssimo delito de corrupção passiva, reclama,

dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração" (Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal, pg. 369).

dentre os diversos elementos que tipificam essa modalidade delituosa, um requisito de ordem objetiva consistente em “haver relação entre o ato executado ou a executar e a coisa ou utilidade” oferecida, entregue ou meramente prometida ao servidor público.

Definitivo, sob esse aspecto, é o magistério doutrinário de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (“Lições de Direito Penal”, vol. II/438, 1980, Forense), para quem o delito de corrupção passiva, tal como tipificado no “caput” do art. 317 do Código Penal, “está na perspectiva de um ato de ofício, que à acusação cabe apontar na denúncia e demonstrar no curso do processo” (grifei). (...)

O eminente Relator, ao destacar esse aspecto pertinente ao ato de ofício, afirmou—lhe a existência e confirmou a referência, ao mencionado ato de ofício, na própria denúncia, o que se mostra essencial à configuração típica do delito de corrupção e ao reconhecimento da prática efetiva, por parte dos réus em questão, dessa modalidade de crime contra a Administração Pública, cuja ocorrência restou demonstrada – segundo registrou o Relator da causa em seu douto voto – mediante prova idônea e válida, corroborada, em juízo, sob o crivo do contraditório.” (fls. 2442/ 2446)

Em outra passagem do mesmo acórdão, o Ministro Celso de Mello torna a esclarecer com precisão os contornos dogmáticos do delito de corrupção passiva, explicitando que a jurisprudência do STF nunca afastou a necessidade de demonstração da vinculação da vantagem indevida às funções atribuídas por lei ao agente público. Ao contrário, o Ministro Celso de Mello demonstrou com clareza que a jurisprudência do STF entende necessário para a configuração desse delito que o agente tenha solicitado ou recebido vantagem indevida a pretexto de praticar ato de ofício inserido no seu âmbito de competências legais, *in verbis*:

Não constitui demasia enfatizar, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal, neste julgamento, não está procedendo à revisão de sua jurisprudência nem alterando formulações conceituais já consolidadas nem flexibilizando direitos e garantias fundamentais, o que seria incompatível, absolutamente incompatível, com as diretrizes que sempre representaram, como ainda continuam a representar, vetores relevantes que orientam a atuação isenta desta Suprema Corte em qualquer processo, quaisquer que sejam os réus, qualquer que seja a natureza dos delitos.

(...)

Devo registrar, Senhor Presidente, no que concerne à questão do ato de ofício como requisito indispensável à plena configuração típica do crime de corrupção passiva, tal como vem este delito definido pelo art. 317, “caput”, do Código Penal, e na linha do que fiz consignar em voto anterior proferido, neste caso, em 29/08/2012, que dele não se pode prescindir no exame da subsunção de determinado comportamento ao preceito de incriminação constante da norma penal referida.

Sem que o agente, executando qualquer das ações realizadoras do tipo penal constante do art. 317, “caput”, do Código Penal, venha a agir ao menos na perspectiva de um ato enquadrável no conjunto de suas atribuições legais, não se poderá, ausente essa vinculação ao ato de ofício, atribuir-lhe a prática do delito de corrupção passiva.

Para a integral realização da estrutura típica constante do art. 317, “caput”, do Código Penal, é de rigor a existência de uma relação entre a conduta do agente – que solicita,

ou que recebe, ou que aceita a promessa de vantagem indevida – e a prática, que até pode não ocorrer, de um ato determinado de seu ofício.

Torna-se imprescindível reconhecer, portanto, para o específico efeito da configuração jurídica do delito de corrupção passiva tipificado no art. 317, “caput”, do Código Penal, a necessária existência de uma relação entre o fato imputado ao servidor público e o desempenho concreto de ato de ofício pertencente à esfera de suas atribuições funcionais.

Não custa insistir, desse modo, e tendo presente a objetividade jurídica da infração delituosa definida no art. 317, “caput”, do Código Penal, que constitui elemento indispensável – em face do caráter necessário de que se reveste esse requisito típico – a existência de vínculo que associe o comportamento atribuído ao agente estatal (solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida) à mera perspectiva da prática (ou abstenção) de um ato de ofício pertinente ao âmbito das funções inerentes ao cargo desse mesmo servidor público.

Mostra-se suficiente, assim, e para efeito de integral realização do tipo penal, que a conduta do agente – quando não venha ele a concretizar, desde logo, a prática (ou abstenção) de um ato de seu próprio ofício – tenha sido motivada pela perspectiva da efetivação ulterior de um determinado ato funcional.

(...)

Orienta-se, nesse mesmo sentido – exigindo como essencial à caracterização da figura típica da corrupção passiva a existência de conduta do agente vinculada a atos de seu ofício –, a jurisprudência dos Tribunais, cujo magistério destaca que o crime de corrupção passiva se perfaz quando se evidencia, como pressuposto indispensável que é, que o servidor público, na concreção de seu comportamento venal, agiu na perspectiva de um ato de ofício inscrito em sua esfera de atribuições funcionais (RT 374/164 – RT 388/200 – RT 390/100 – RT 526/356 – RT 538/324).

O eminente Relator, ao assinalar esse aspecto pertinente ao ato de ofício, afirmou-lhe a existência e confirmou a referência que a própria denúncia fez a esse elemento essencial de configuração do crime de corrupção passiva, vinculando-o, causalmente, à percepção de indevida vantagem e destacando, ainda, o reconhecimento de que houve prática efetiva, por parte dos réus em questão, dessa modalidade gravíssima de crime contra a Administração Pública.

Cabe reiterar, neste ponto, até mesmo para afastar dúvidas infundadas a respeito da matéria, nos exatos termos do voto que proferi na sessão plenária de 06/09/2012, que a orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou a propósito do denominado “ato de ofício”, no julgamento da Ação Penal 307/DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, permanece íntegra, não tendo sofrido qualquer modificação.

Uma simples análise comparativa entre a decisão plenária proferida na AP 307/DF e o presente julgamento revela que o Ministério Público, neste caso (AP 470/MG), ao contrário do que sucedeu no “Caso Collor”, formulou acusação na qual corretamente descreveu a existência de um vínculo entre a prática de ato de ofício e a percepção de indevida vantagem.

Cumprе rememorar que, no já mencionado “Caso Collor”, o ex-Presidente da República foi absolvido com fundamento no art. 386, III, do CPP (“não constituir o fato infração

penal”) em razão de falha na denúncia, “por não haver sido apontado ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido”.

No presente caso, ora em julgamento, o Ministério Público não incidiu nessa mesma falha, pois descreveu, de modo claro, a existência desse necessário liame entre o ato de ofício e o comércio da função pública por parte dos réus, tal como resulta claro da peça acusatória em questão.

Vê-se, portanto, que esta Corte mantém-se fiel à diretriz jurisprudencial que estabeleceu, em torno do “ato de ofício”, no precedente fundado no julgamento da AP 307/DF.

Em suma, Senhor Presidente: diversamente do que sucedeu no “Caso Collor” – em que o Ministério Público deixou de descrever que a conduta do ex-Presidente da República (percepção de indevida vantagem) estaria causalmente vinculada a um determinado ato de seu ofício –, o Senhor Procurador-Geral da República, neste processo (AP 470/MG), procedeu à exata e precisa narração dos elementos essenciais inerentes ao tipo previsto no art. 317, “caput” do CP, apontando o nexo de causalidade entre o ato de ofício e o recebimento de indevida vantagem por parte dos réus acusados da prática do crime de corrupção passiva.

Até mesmo o Relator, Ministro Joaquim Barbosa, foi assertivo ao registrar que a consumação do delito de corrupção passiva exige que a solicitação ou recebimento da vantagem indevida estejam vinculados à possibilidade de praticar os atos de ofício oferecidos em contrapartida. (Cf. trecho do voto à fl. 3.675.) O Ministro Ricardo Lewandowski, já na fase final do julgamento, depois de identificar o entendimento majoritário acerca do tema, concluiu que para a caracterização do delito de corrupção passiva é necessário que se demonstre o recebimento ou solicitação de vantagem indevida, subentendendo-se a possibilidade ou a perspectiva da prática de um ato comissivo ou omissivo, não identificado, presente ou futuro, atual ou potencial, desde que este esteja na esfera de atribuições do funcionário público. (cf. trecho do voto às fls. 3.729-3.730.)

Os parlamentares federais condenados por corrupção passiva no julgamento da AP 470 receberam vantagem indevida, segundo a visão majoritária do Tribunal, como contrapartida ao oferecimento de seus votos para a aprovação de projetos de interesse do Governo na Câmara dos Deputados, o que, sem dúvida configura ato incluído na esfera de suas atribuições, como funcionários públicos. A caracterização do crime de corrupção passiva por parte dos congressistas levou em consideração, portanto, o fato de que se demonstrou o ato de ofício – voto parlamentar para aprovação de projetos de lei apontados na denúncia – em razão do qual teriam recebido vantagem indevida. A condenação dos deputados federais àquela altura denunciados se deu em razão da comprovação de que eles teriam recebido dinheiro para votar favoravelmente à aprovação de projetos de lei (ato de ofício) de interesse dos corruptores. Essa conclusão está baseada nos votos que formaram a corrente majoritária do julgamento:

Ministra Rosa Weber

Na espécie, porém, paga a vantagem indevida, aos parlamentares corrompidos, para angariar-lhes o apoio político ao Governo Federal. Tal apoio político é passível de se consubstanciar em diversos atos, entre eles o voto parlamentar de apoio aos projetos

de atos normativos no Congresso. E restou provado não só que os partidos em questão e os ora acusados beneficiários apoiaram o Governo, como também que votaram no Parlamento a favor de suas propostas, especialmente nas reformas tributária e previdenciárias. Isso é suficiente para caracterizar o “ato de ofício” pretendido com a vantagem indevida, inseridas as votações entre as atribuições do parlamentar.

Ministro Joaquim Barbosa

Os parlamentares beneficiados pelos pagamentos de dinheiro em espécie eram responsáveis pela condução de votos de vários outros correligionários, contando com o especial papel atribuído aos líderes de bancadas de parlamentares na Câmara dos Deputados.

Como visto, os pagamentos de dinheiro em espécie tiveram o poder de influenciar importantíssimos atos de ofício, formando uma base de apoio alinhada ao Partido dos Trabalhadores na Câmara, que conferiu facilmente maiorias favoráveis aos interesses dos corruptores. (fl. 3498)

(...) Considerada a bilateralidade, no caso em análise, da corrupção passiva e da corrupção ativa, pode-se afirmar que os autores dos pagamentos tinham conhecimento atual dos elementos do tipo objetivo, vale dizer, de que beneficiavam parlamentares, no exercício da função, e tinham por fim influenciar a prática de atos de ofício de seu interesse, pois esta era a principal vantagem que os parlamentares beneficiários poderiam lhes conceder em troca dos pagamentos.

Por sua vez, os parlamentares acusados solicitaram dinheiro para si ou para seus partidos, porque sabiam do interesse do Partido dos Trabalhadores em sua fidelidade na Câmara dos Deputados, ofertando-lhe, assim, a prática de atos de ofício favoráveis ao Governo. (fl. 3678)

Ministro Dias Toffoli

Como já decidido por este Plenário em capítulo anterior, no que inclusive fiquei vencido, a corrente majoritária formou-se no sentido de ser despicienda a existência do ato de ofício para a tipificação do crime de corrupção passiva, bastando, para tanto, que a vantagem seja oferecida em razão do exercício de cargo público. A partir desta premissa, curvo-me a essa orientação e, doravante, passo a orientar o teor deste meu voto nesse sentido. (fl. 4225)

(...)

Note-se que a conduta descrita, na interpretação agora dominante perante o Supremo Tribunal Federal (a orientar o comportamento de todos os agentes públicos e políticos indistintamente), se adéqua ao tipo imputado aos parlamentares, na medida em que a solicitação da vantagem, na espécie, estaria motivada pela função pública por eles exercida, o que basta para configurar a relação de causalidade entre ela e o fato imputado. (fl. 4229)

Ministra Cármen Lúcia

Demonstrou-se, nos autos, que os parlamentares José Janene (falecido), Pedro Henry e Pedro Correa receberam, indevidamente, R\$ 2.905.000,00 (dois milhões e novecentos e cinco mil reais) para a prática de ato de ofício consistente em garantir, por meio de ações políticas na Câmara dos Deputados, apoio ao Governo Federal.

A prática de ações políticas legislativas é o ofício dos parlamentares, seja para apoiar seja para se contrapor às diretrizes e ações governamentais. Pela sua atuação o parlamentar recebe subsídios, na forma constitucionalmente fixada. Qualquer recebimento para essa atuação, máxime em se cuidando de prática que conduza a ação como entrega contrapesada pela aceitação da promessa ou vantagem indevida que seja oferecida, constitui conduta penalmente ilícita. (fls.1952/1953)

(...)

Provou-se, no processo, ter sido garantida vantagem indevida a Roberto Jefferson, Romeu Queiroz, deputados federais do Partido Trabalhista Brasileiro, e Emerson Eloy Palmieri com a específica finalidade de se obter deles apoio político consubstanciado em ações positivas para aprovação e sustentação dos projetos e atos de interesse do Governo Federal. (fls. 1990/1991)

(...)

As provas dos autos patenteiam que Roberto Jefferson, auxiliado por Emerson Eloy Palmieri e Romeu Queiroz, recebeu R\$ 4.545.000,00 (quatro milhões e quinhentos e quarenta e cinco mil reais), vantagem indevida a ele destinada “para votar a favor de matérias do interesse do Governo Federal” (fl. 45.424, alegações finais do Ministério Público Federal). (fl. 1994)

Ministro Celso de Mello

O eminente Relator, ao assinalar esse aspecto pertinente ao ato de ofício, afirmou-lhe a existência e confirmou a referência que a própria denúncia fez a esse elemento essencial de configuração do crime de corrupção passiva, vinculando-o, causalmente, à percepção de indevida vantagem e destacando, ainda, o reconhecimento de que houve prática efetiva, por parte dos réus em questão, dessa modalidade gravíssima de crime contra a Administração Pública.

(...)

No presente caso, ora em julgamento, o Ministério Público não incidiu nessa mesma falha, pois descreveu, de modo claro, a existência desse necessário liame entre o ato de ofício e o comércio da função pública por parte dos réus, tal como resulta claro da peça acusatória em questão.

Vê-se, portanto, que esta Corte mantém-se fiel à diretriz jurisprudencial que estabeleceu em torno do “ato de ofício”, no precedente fundado no julgamento da AP 307/DF.

Em suma, Senhor Presidente: diversamente do que sucedeu no “Caso Collor” – em que o Ministério Público deixou de descrever que a conduta do ex-Presidente da República (percepção de indevida vantagem) estaria causalmente vinculada a um determinado ato de seu ofício –, o Senhor Procurador-Geral da República, neste processo (AP 470/MG), procedeu à exata e precisa narração dos elementos essenciais inerentes ao tipo previsto no art. 317, “caput” do CP, apontando o nexo de causalidade entre o ato de ofício e o recebimento de indevida vantagem por parte dos réus acusados da prática do crime de corrupção passiva.

Cabe enfatizar, de outro lado, no exame do delito de corrupção passiva atribuído aos réus, que o ato de ofício indicado no presente caso compreende, tal como bem assinalou

o eminente Ministro Relator, não só o ato de votação parlamentar como os demais encargos de ordem institucional e regimental que se incluem no complexo de seus poderes, de suas funções e de suas atribuições no âmbito do Congresso Nacional.

De qualquer maneira, no entanto, cumpre observar que a votação parlamentar traduz, de modo expressivo, exemplo conspícuo e clássico de ato de ofício por excelência. (fls. 4475/4482)

Ministro Ayres Britto

(...) nos crimes de corrupção, o ato de ofício não pode deixar de fazer parte da respectiva cadeia causal ou vínculo funcional. Mas à expressão legal “ato de ofício” deve corresponder o sentido coloquial de “ato do ofício” a cargo do agente público corrompido. E ato de ofício, parlamentarmente falando, é ato de legislar, fiscalizar, julgar (nos casos excepcionais de que trata a Constituição Federal). (fl. 4505)

(...)

Dito de outro modo, o emaranhado de fatos apurados nesta ação penal permite o juízo mental de que Pedro Henry e Pedro Corrêa, auxiliados por João Cláudio Genu, solicitaram e receberam vantagem indevida a pretexto da prática de ato de ofício. (fl. 4516)

A jurisprudência do STF firmou-se, portanto, no sentido de que a caracterização do delito de corrupção passiva depende da existência de nexo causal entre a vantagem indevida (solicitada ou recebida) e um ato funcional da competência do funcionário público (ato que pode ou não ser efetivamente praticado²⁵⁷). Como afirmou o Ministro Celso de Mello no julgamento da AP 307 – conclusão reafirmada no julgamento da AP 470 –, “[n]ão custa insistir, desse modo, e tendo presente a objetividade jurídica da infração delituosa definida no art. 317, caput, do Código Penal, que constitui elemento indispensável - em face do caráter necessário de que se reveste este requisito típico – a existência de um vínculo que associe o fato atribuído ao agente estatal (solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida) e com a perspectiva da prática (ou abstenção) de um ato de ofício vinculado ao âmbito das funções inerentes ao cargo desse mesmo servidor público”.

No julgamento da AP 307, a corrente majoritária afirmou que a tipicidade exigia fosse a vantagem indevida solicitada ou recebida em função de ato de ofício incluído entre as atribuições funcionais do agente corrompido²⁵⁸. Em debate levado a efeito pelos

²⁵⁷ Releve-se que à tipificação do crime escusa até que o ato de ofício seja praticado, sendo suficiente a perspectiva da sua prática: “Para a integral realização da estrutura típica constante do art. 317, caput, do Código Penal, é de rigor, ante a indispensabilidade que assume esse pressuposto essencial do preceito primário incriminador consubstanciado na norma penal referida, a existência de uma relação da conduta do agente – que solicita, que recebe, ou que aceita a promessa de vantagem indevida – com a prática, que até pode não ocorrer, de um ato determinado de seu ofício.” (STF - Ação Penal no 307/DF – RTJ 162/264 – Ministro Celso de Mello).

²⁵⁸ Transcreva-se, a seguir, naquilo que interessa à questão da inteligência dos tipos penais em questão, partes do voto condutor do acórdão do Supremo Tribunal Federal, que teve como Relator o Ministro Ilmar Galvão: “De assinalar-se, por fim, que para verificar-se o crime de corrupção passiva, não basta que a solicitação, recebimento ou aceitação da promessa de vantagem se faça pelo funcionário público em razão do exercício da função, ainda que fora dela ou antes de seu início. Indispensável se torna a existência de nexo de causalidade entre a conduta do funcionário e a realização de ato funcional de sua

Ministros no julgamento da AP 470, conclui-se que o entendimento firmado nesse processo não destoava do precedente firmado na AP 307²⁵⁹. A esse respeito, ressaltou o Ministro Gilmar Mendes:

“Da mesma forma, tem-se falado muito, Presidente, que violamos a jurisprudência da célebre AP no 307, sobre o ato de ofício; pode ter havido aqui ou acolá algum tipo de manifestação. Agora, o julgamento majoritário apontou – no caso de corrupção – a existência, a configuração de ato de ofício. Em suma, há uma certa confusão em torno desse assunto e, como nós temos essas lendas urbanas que vão se consolidando, é muito importante que isso fique bem claro.” (fl. 2912)

No mesmo sentido, a precisa advertência feita pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da AP 470:

Desejo enfatizar, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal, neste julgamento, não está rompendo nem contrariando os seus próprios critérios jurisprudenciais estabelecidos, dentre outros precedentes, no julgamento da AP 307/DF.

Cabe esclarecer, neste ponto, até mesmo para afastar dúvidas infundadas a respeito da matéria, que a orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou a propósito do denominado “ato de ofício”, no julgamento da Ação Penal 307/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, permanece íntegra, não tendo sofrido qualquer modificação.

Uma simples análise comparativa entre a decisão plenária proferida na AP 307/DF e o presente julgamento revela que o Ministério Público, neste caso (AP 470/MG), ao contrário do que sucedeu no “Caso Collor”, formulou acusação na qual corretamente descreveu a existência de um vínculo entre a prática de ato de ofício e a percepção de indevida vantagem. (fls. 2912/2913)

Em síntese, a jurisprudência atual do STF firmou-se no sentido de que, para a configuração do crime de corrupção passiva, é indispensável a comprovação da prática (potencial ou efetiva) de ato de ofício, *i.e.*, de competência do agente ou relacionado com o exercício de sua função. A sentença, ao afirmar que “na Ação Penal 470, (...) a

competência”.

²⁵⁹ Retorna o Relator, Ministro Ilmar Galvão, ao tema da seguinte maneira: “Recorrendo à interpretação histórica, o parecerista invoca o testemunho de Nelson Hungria, segundo o qual, o legislador pátrio, quanto ao delito em referência, 'inspirou-se no Código suíço, a quem vieram também aderir a lei francesa de 8.2.1945, e o Código espanhol de 1944 (Comentários ao Código Penal, 2ª ed., Rio, Forense, 1959, v. 9, p. 367)', aduzindo, verbis: 'E o Código suíço prevê exatamente as formas simples e qualificada da corrupção passiva, em tipos diversos, atendendo nesta última a maior gravidade do fato por ter o agente, omitido ou retardado o fato ou tê-lo praticado infringindo o dever funcional. Assim, no art. 316 prevê a corrupção do funcionário que, para realizar um ato não contrário a seus deveres e de acordo com suas funções ('pour procéder à un acte non contraire à leurs devoirs et renttrand dans leurs fonctions') solicita ou aceita vantagem indevida (corrupção imprópria, da qual se originou o art. 327, caput, do Código Penal brasileiro). No art. 315 prevê a conduta daquele que para praticar um ato que implique uma violação dos deveres de seu cargo ('pour faire un acte impliquant une violation des devoir de leurs charge') solicita ou aceita a vantagem indevida (corrupção própria, da qual se originou o art. 317, parágrafo 1º, do Código Penal brasileiro). No referido Código, portanto, é de rigor a relação do fato com o ato de ofício em ambas as hipóteses.'”E conclui: 'Diante do testemunho do emérito doutrinador, a conclusão só pode ser uma: se o Código suíço foi o modelo em que se inspirou o legislador brasileiro para a definição do crime de corrupção passiva em suas modalidades, não há dúvida de que, na lei pátria, exige-se a relação do fato com ato de ofício do servidor para a caracterização de tal ilícito, mesmo na ação descrita no caput do art. 317 do Código Penal brasileiro”.

questão foi discutida, mas, na interpretação deste Juízo, não há uma afirmação conclusiva a respeito dela, pelo menos expressa, nos fundamentos do julgado”, está claramente equivocada.

O desrespeito por parte da sentença à orientação jurisprudencial do plenário do STF certamente será objeto de impugnações recursais, sempre cercadas de novos debates doutrinários. Diante desse contexto, duas perguntas fundamentais deverão, em algum momento, ser respondidas pelo próprio STF: (i) o entendimento sobre os requisitos exigidos para a configuração do delito de corrupção passiva firmado no julgamento da AP 470 será mantido? (ii) eventual mudança de jurisprudência – ampliando o alcance do injusto penal pelo afastamento da exigência de comprovação da prática (potencial ou efetiva) de ato de ofício – poderia ter eficácia retroativa?

O efetivo respeito ao princípio da legalidade em matéria penal exige – senão a manutenção da jurisprudência atual –, no mínimo, o reconhecimento da irretroatividade de eventual alteração *in malam partem* da jurisprudência do STF. A propósito, observou com precisão o Ministro Teori Zavascki em recente precedente do STF²⁶⁰:

Com efeito, pouco adiantaria sustentar a garantia constitucional de necessidade de edição de lei penal e impedir sua retroatividade maléfica se os acusados afetados não pudessem identificar com segurança o quadro normativo que lhes é exigido a partir dos textos legislados. Aliás, a importância de tratar dos efeitos, no tempo, de lei considerada não recepcionada pela CF/88 vem sendo ressaltada por esta Corte, a exemplo do que tem ocorrido em inúmeros julgamentos em que se tem modulado os efeitos temporais de suas decisões: INQ 687/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, DJ de 09/11/2001; CC 7.204/MG, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJ de 09/12/2005; MS 26.604/DF (Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJ de 03/10/2008; RE 560.626/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe de 05/12/2008; RE 637.485/RJ Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe 21/05/2013; RE 630.733/DF, Min. Gilmar Mendes, DJe de 20.11.13.

(...)

Com maior razão, parece importante que, dada sua consequência de agravar a situação jurídica do réu, seja dada eficácia apenas prospectiva a eventual modificação da jurisprudência que venha a considerar como não recepcionado pela Constituição de 1988 o art. 225 do CP, na redação da época.

Exatamente na mesma direção, o voto proferido no mesmo julgamento (HC123.971) pelo Ministro Edson Fachin:

Não desconheço, igualmente, entendimentos doutrinários que, fundados no princípio da segurança jurídica, sustentam que os entendimentos jurisprudenciais consolidados em favor do réu, quando alterados, devem ter vigência meramente prospectiva.

Entretanto, tais posicionamentos visam a assegurar que a prática de uma determinada conduta, considerada na data do fato pela jurisprudência majoritária como atípica, possa ser objeto de punição por parte do Estado, em razão de uma guinada *in pejus* do entendimento jurisprudencial consolidado no momento em que o ato foi praticado.

²⁶⁰ Cf. HC 123971, Relator Min. Teori Zavascki, Relator p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 25/02/2016.

Nessas situações, faz sentido afirmar a impossibilidade de retroatividade *in pejus* das alterações jurisprudenciais. Afinal, o cidadão quando pratica uma conduta, pode nutrir em sua consciência a ideia de que ela não é criminosa em razão de esse ser o entendimento dominante nos tribunais.

Em conclusão, não há dúvida de que a jurisprudência do plenário do STF tem como indispensável, para a configuração do delito de corrupção passiva, a comprovação da prática (potencial ou efetiva) de ato de ofício. Por outro lado, em passado muito recente, o atual relator da *operação lava jato* no STF, o Ministro Edson Fachin, afirmou que alterações jurisprudenciais desfavoráveis ao réu – tornando típica conduta que o Tribunal considerava atípica – não pode ter eficácia retroativa. Portanto, mesmo que o STF altere seu entendimento, essa alteração não pode retroagir para consolidar uma sentença que viola o princípio da legalidade.

CAPTURA DA SOBERANIA POPULAR, ESTADO DE EXCEÇÃO E JURIDICINISMO

Juliana Neuenschwander e Marcus Giraldes*

No dia 12 de julho de 2017 o cidadão Luís Inácio Lula da Silva foi condenado à pena de nove anos e meio de prisão pela suposta prática de crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Enquanto isso, as pesquisas eleitorais, divulgadas amplamente, apontam o político Lula, que foi duas vezes Presidente da República, como favorito ao pleito presidencial que deverá se realizar em 2018. A sentença proferida pelo juiz federal Sérgio Moro peca por inúmeros vícios processuais e materiais: incompetência do juízo, ausência de valor probatório das chamadas “delações premiadas”, o fato de Lula não ter nem o título de propriedade e nem a posse do famoso triplex do Guarujá, de não existir nexos causal entre atos de ofício praticados por Lula enquanto Presidente da República e os contratos celebrados entre Petrobras e a empreiteira OAS. Finalmente, é absolutamente esdrúxula a condenação por lavagem de dinheiro sem que exista a indicação de qual dinheiro teria sido lavado. Por tudo isso, mas também porque não é consistente nem coerente, a decisão proferida contra Lula não é correta, não é reta, não é justa. Sobram-lhe curvas, tergiversações, desvios. Pode-se dizer mesmo que ela é circular e tautológica.

Uma tautologia facilmente observável, por exemplo, na utilização de matérias de jornal como prova, o que apenas se justifica, na sua artificialidade, pelo fato da condenação de Lula ser desprovida de provas. É impactante o número de matérias veiculadas nos últimos anos em grandes jornais e revistas semanais que atacam diretamente o ex-Presidente, o número de capas de revistas que fazem associações extremamente negativas de sua imagem, a descarada manipulação midiática em torno de seu nome, sobretudo se contrastadas com a quase absoluta desconsideração de denúncias análogas, ou até piores, feitas a seus adversários políticos. Esse tipo de manipulação midiática, com tratamento artificial e deformado da informação, tem cumprido a função de (de)formar a opinião pública que, nos regimes que se descrevem como democracias, é o caldo no qual se produzem as decisões coletivamente vinculantes. Como tem sido verificado, essa função claramente político-manipulatória dos meios empresariais de comunicação de massa transborda dos processos ditos democráticos de escolha dos representantes políticos e passa a atuar e interferir mais diretamente no processamento de demandas dirigidas ao Judiciário. Quando isso acontece, o processo deixa de ser o percurso jurídico que pretende alcançar uma decisão minimamente correta ou justa, para ser o palco disfarçado de uma batalha que já não é mais jurídica, mas essencialmente política.

Desde 2010, o jornal O Globo tem publicado reportagens referentes à suposta compra, pelo ex-presidente Lula, de um triplex no balneário paulista Guarujá. Esse mesmo jornal, e o grupo econômico do qual faz parte, apoiou desde o início a chamada Operação Lava Jato e a atuação espetaculosa do Juiz Sérgio Moro nos processos vinculados à 13ª Vara Federal de Curitiba. Em março de 2015, início de grandes manifestações de massa midiaticamente convocadas contra o governo de Dilma Rousseff, o jornal O Globo entregou ao referido juiz o prêmio “Faz a Diferença”, outorgando-lhe o título de

* Professora Titular da UFRJ / Advogado e analista da FIOCRUZ.

“Personalidade do Ano”. Esse mesmo Juiz utilizou, na decisão contra Lula, as matérias desse mesmo jornal como “prova” para sua condenação. Eis a circularidade: as provas são criadas pelo jornal, que premia o juiz da causa, que utiliza as provas criadas pelo jornal. A referência ao Globo é feita sete vezes ao longo da sentença. Nessa confusão alucinatória que é resultado da circulação de imagens e aparências fabricadas empresarialmente pelo oligopólio midiático, não surpreende que o próprio papel de julgador venha a ser objeto de trocas, embora muitos acreditem nos mitos de heróis.

Se observarmos o processo de Lula sob esse prisma, vemos que a eventual inocência ou culpa de Lula é irrelevante e pouco interessa à decisão final, pois também as provas colhidas pela defesa foram ignoradas. O processo de Lula é paradigmático, pois traz à luz as complexas relações entre direito e política no Brasil atual. O tempo de uma política desarticulada em meio às denúncias de corrupção juridicamente ativadas e midiaticamente selecionadas para serem esquecidas ou amplificadas. Nesse contexto o direito já não é capaz de conter a força dos ímpetos políticos, cedendo às suas lutas e operando a partir de referências políticas, e não mais jurídicas.

A confusão entre as funções política e jurídica e o desarranjo institucional dela decorrente, fenômeno que vem derrotando o sufrágio popular e a constituição brasileira, tem o seu principal ponto de inflexão no processo de *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff. Em 2016, o *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff foi colocado como a solução para a crise econômica (esta mesma amplificada pela sabotagem político-midiática), que para tal fim foi apresentada como uma espécie de razão de Estado, capaz de ultrapassar os limites constitucionais. Depois de se defender estoicamente perante o Senado, quando restou evidente a inexistência de crime de responsabilidade, Dilma Rousseff foi julgada pelos senadores e senadoras tal como foi julgado Michael Kohlhaas, o herói do livro de Heinrich Kleist: foi, há um só tempo, julgada culpada e inocente, condenada à perda do mandato, mas com seus direitos políticos preservados. Foi julgada culpada porque inocente, preferimos dizer. Com Lula acontece algo semelhante, mas aqui estamos mais além de Kleist e Kohlhaas, nos deparamos com Kafka e Joseph. K, no Processo. A certo ponto de suas desventuras, perdido no labirinto do tribunal, na arquitetura do qual Kafka representou magistralmente os meandros da lei e suas infinitas dobraduras, K. afirma: - Minha inocência não simplifica a o caso (...) Tudo depende de muitas coisas sutis, nas quais o tribunal se perde. Mas ao final surge, de alguma parte onde não havia nada, uma grande culpa”.²⁶¹

No parágrafo 961 de sua tão extensa quanto insustentável decisão, o juiz Moro afirma que a condenação do ex-Presidente Lula mostra que ninguém está tão alto que não esteja abaixo da lei. Na verdade, não é isso que ali se revela, mas apenas que sob esse argumento o juiz Moro/Globo, regozijando-se de modo parcial de sua pretensa imparcialidade, busca justificar moralmente uma decisão desprovida de fundamentos jurídicos. A condenação de Lula, para a qual sua inocência (ou culpa) não foi considerada de modo relevante, mostra que a lei já não é tão alta a ponto de limitar a vontade política de um juiz. Mostra que o Juiz, esse sim, ultrapassou a lei em nome (não declarado) de um movimento político-midiático que é bem mais amplo, do qual ele se tornou um instrumento. Ocorre que um juiz, embora tome decisões que trazem consequências

²⁶¹ KAFKA, F. O Processo. Trad. Marcelo Backes. Porto Alegre: L&PM, 2013, p.174.

políticas, não está autorizado a decidir politicamente, sobretudo se o faz em detrimento das razões jurídicas. Um juiz não é o soberano, ainda que pretenda usurpar a soberania cujo titular, nos regimes em que está efetivado o direito ao sufrágio universal, é o povo. O Juiz Moro/Globo busca impedir a soberania popular, mas não está em grau de atuar soberanamente.

Na formulação clássica do jurista alemão Carl Schmitt, soberano é aquele que decide sobre o Estado de Exceção, ou seja, que decide qual é a situação de exceção que justifica a suspensão temporária do direito. Hoje, no Brasil, muitos têm descrito a situação que vivemos sob o rótulo “Estado de Exceção”. Mas o que temos assistido, pelo menos até o momento em que escrevemos estas linhas, não é um Estado de Exceção clássico no sentido de Carl Schmitt, em que o soberano decide pela suspensão de toda a ordem jurídica tendo em vista a conservação da própria ordem. É bem verdade que, mais tarde, Schmitt aderiu ao nazismo e esqueceu esse conceito de suspensão para restabelecimento do direito e passa a apregoar um novo “direito” emanado do *Fuhrer*.

O que vemos hoje no Brasil é a normalização da corrupção política do direito Lula foi condenado, mas quem foi desta forma aprisionada foi a soberania popular. Nas construções do pensamento filosófico da modernidade, o povo, salvo em momentos revolucionários, nunca foi uma realidade sensível, mas sim um referente externo que é invocado como fundamento do poder e do direito para, no momento seguinte à fundação da ordem política e jurídica, ser novamente impedido de se manifestar. Em certa medida, a ordem político-jurídica é sempre fundada sobre um aprisionamento da soberania popular, que permanece como algo externo, com uma besta fera domesticada, impedida de se manifestar plenamente. Mas o povo, essa fera domesticada, permanece sendo temido e respeitado, como o referente externo que estabelece limites jurídicos ao exercício do poder, mediante o respeito à uma constituição que desenha esses limites e os modos nos quais a soberania popular domesticada pode se manifestar de tempos em tempos mediante o exercício do sufrágio universal.

No Brasil pós-Golpe de 2016, o povo que sempre foi uma abstração e um referente externo está capturado simbólica e materialmente. Nesse contexto, a sentença contra Lula cumpre o papel de criar um impedimento formal à soberania popular porque restringe as opções eleitorais das forças depostas pelo golpe de Estado parlamentar-judiciário, enquanto o governo que se instaura após esse golpe prescindir de qualquer referência, concreta ou mesmo abstrata, ao povo. A condenação de Lula aprisiona a soberania popular antes mesmo dessa se manifestar, é um impedimento a essa soberania popular, que embora castrada e domesticada ainda apresenta algum limite ao poder da oligarquia. De outro lado, o povo é destituído, no pós-golpe, ou nesse tempo da duração do golpe, de seus direitos, sendo isolado juridicamente do processo político, pois que os direitos individuais e sociais são, antes de mais nada, faculdades políticas dos indivíduos que permitem a esses serem reconhecidos juridicamente como povo. O que se pode perceber, então, é que o povo simbólico e abstrato que foi invocado pelos processos constituintes democráticos desde o século XVIII, nessa quadra que vivemos passa a ser desprezado como jurídica e politicamente relevante. Para o governo de fato instalado em Brasília, não há mais povo, mas corpos que buscarão suas próprias formas de sobrevivência.

O Estado de Exceção aparece, aqui, não no sentido schmittiano de suspensão da ordem jurídica para conservação da ordem política e social, mas no sentido invocado por Walter Benjamin, nas suas teses sobre a História, quando este afirma que “a tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ em que vivemos é na verdade a regra geral” (tese 8)²⁶². Como se sabe, Schmitt, que escrevia do ponto de vista de um soberano individualizado, mitologizado, não admitia a dualidade entre Estado de direito e Estado de exceção, pois para ele “nem toda atribuição excepcional, nem toda medida ou ordem emergencial policial é um Estado de exceção”²⁶³. O foco estava na decisão que afirma politicamente o soberano em face do inimigo. Benjamin, pelo contrário, estava consciente da dualidade e do conflito imanente entre exceção e direito porque escrevia do ponto de vista da “tradição dos oprimidos”, do “sujeito do conhecimento histórico” (tese 12), dos que sofrem a violência do poder soberano. A estrutura dessa exceção, que é parasitária de todo Estado de direito que esteja assentado em sociedades divididas em classes sociais, “normalizando-se” como um terceiro excluído na relação entre direito e política.

A exceção que vivemos é normalizada como negação de direitos, é aquela exceção que, “na tradição dos oprimidos” se faz regra. Esse é um Estado de Exceção que não é declarado, ou formalizado, mas que está presente de acordo com o momento, com a situação, com os envolvidos. Não é um “estado de exceção” dirigido a todos, pois há uma seletividade da exceção, que atinge os pobres, os presos, os negros, os índios, os “inimigos” de cada lugar e instante. A exceção é concreta e histórica de acordo com as relações de força de cada formação social e não um paradigma abstrato de governo. Para Jacques Rancière:

Não vivemos em democracias. Tampouco vivemos em campos, como garantem certos autores que nos veem submetidos à lei de exceção do governo biopolítico. Vivemos em Estados de direito oligárquicos, isto é, em Estados em que o poder da oligarquia é limitado pelo duplo reconhecimento da soberania popular e das liberdades individuais. Conhecemos bem as vantagens desse tipo de Estado, assim como seus limites²⁶⁴.

Essa caracterização de Rancière tem tanto o mérito de apresentar uma crítica radical à realidade de supremacia oligárquica dos regimes que a ideologia denomina “Estados democráticos de direito” quanto é uma recusa de um discurso a-histórico sobre o Estado de exceção, que despreza os limites jurídicos ao poder dessa oligarquia e que são o resultado das lutas históricas dos oprimidos. E justamente por isso, está implícita nessa crítica uma contribuição teórica bastante relevante para a compreensão da relação entre direito e exceção. Todo recuo nos limites estabelecidos ao poder da oligarquia é um avanço no Estado de exceção. Em um país como o Brasil, de uma construção incompleta do Estado de direito, das permanências de heranças da escravidão e da ditadura militar, as zonas de exceção são extensas e nunca estiveram ocultas. A vida cotidiana em favelas das grandes cidades ou em áreas camponesas e indígenas é sem dúvida comparável à vida em “campos”.

²⁶² BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito da História. In *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. 7ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 222/232.

²⁶³ SCHMITT, Carl. Teologia política. In *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996, p. 92.

²⁶⁴ RANCIÈRE, Jacques. O ódio à democracia. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 94.

O processo contra Lula está inserido nesse contexto do avanço da exceção. Mas também sabemos que punições segundo critérios externos ao direito, na realidade, não são novidade. Basta lembrar da prisão e condenação de Rafael Braga, manifestamente injusta, e que hoje condensa simbolicamente toda a violência do sistema punitivo contra pobres e negros.

O *impeachment* da Presidenta da República sem crime de responsabilidade significa um rompimento da oligarquia com o compromisso firmado em 1988 de que os resultados eleitorais para a chefia do Estado deveriam ser respeitados. Em ato contínuo, como consequência dessa usurpação do direito ao sufrágio universal e instalação de um governo desprovido de qualquer legitimidade jurídica e popular, está em execução um agressivo programa de retiradas de direitos. No dia anterior à divulgação da sentença contra Lula, não por coincidência, foi aprovada pelo Congresso uma ampla alteração da legislação trabalhista em favor do patronato. As supressões de direitos políticos, econômicos e sociais do povo são um afrouxamento dos limites ao poder da oligarquia, um recuo no Estado de direito, avanço no Estado de exceção. A condenação de Lula é mais um efeito dessa ofensiva e ao mesmo tempo uma condição para que, caso ocorram eleições em 2018, estas sejam ainda mais restritas.

LULA, O INIMIGO A SER COMBATIDO

Laio Correia Morais*

Vitor Marques**

O Regime Republicano, fundado em bases democráticas, deve obedecer alguns preceitos fundamentais de funcionamento. Um deles é um Poder Judiciário autônomo, que respeite o império da lei, defenda interesses antimajoritários e, principalmente, não seja influenciado por fatores exógenos ao processo. É dizer, se uma decisão judicial se deixa influenciar pelo clamor popular, pelo anseio de um setor da política ou pelos interesses publicados da mídia, um dos pilares do regime republicano se perde.

Na comentada sentença do Juiz Sérgio Moro, no âmbito da Operação Lava Jato, o ponto “II.16”, mostra-se que o referido juízo usou não só do constante nos autos do processo, mas também de fatos devidamente publicados pela imprensa para formar um juízo político sobre o ex-presidente Lula, sobre seu governo, bem como sobre o Partido dos Trabalhadores.

No ponto “II.16” o Juiz Sergio Moro faz uso de recursos pouco usuais à boa e recomendada técnica jurídica. Faz suposições, ilações e até mesmo fina ironia para contribuir com o pretendido enredo salvacionista da Operação Lava Jato.

Ora, uma sentença deve se ater às provas dos autos, e não fazer suposições sobre a atividade política ou sobre o governo exercido pelo Réu, que no caso é um ex-presidente da República. A sentença deveria, em tese, julgar determinada conduta praticada por quem está sendo julgado, e não o que comumente tem-se chamado de “conjunto da obra”.

A imprensa corrente do país, após a condenação de Lula, bradou que “a justiça é para todos”. Se realmente a Justiça é para todos, o ex-presidente deveria ter sido julgado apenas pela conduta denunciada pelo Ministério Público Federal e não por sua trajetória política e governamental. Referido ponto da sentença é a prova definitiva, produzida pelo próprio Juiz Sérgio Moro, de que o julgamento do ex-presidente não foi tão “para todos” como se vociferou.

Antes de entrar no mérito da decisão, cabe realçar que a sentença é constituída por tudo que nela consta. Essa obviedade deve ser destacada porque alguns podem dizer que as ilações e suposições são de menor importância jurídica para a compreensão da decisão. Esse entendimento não prospera visto que a sentença é a manifestação da vontade do juiz que porá fim ao imbróglio jurídico frente ao caso em concreto e desse modo tudo que nela consta é fruto da vontade do julgador.

Esse aspecto da sentença, que pode parecer trivial, corrobora para a tese de que no Brasil vive-se um verdadeiro Estado de Exceção. O ex-presidente não foi julgado apenas como cidadão, como deveria ser, mas sim por um enredo político condenatório que a sentença corrobora para construir. Lula teve, nesse ponto da sentença, seu direito inato

* Advogado, mestrando e professor assistente na PUC-SP.

** Advogado, mestrando e professor assistente na PUC-SP.

de ser julgado como cidadão atacado. O ponto “II.16” não tratou do objeto da sentença, mas sim de algo muito maior.

Passa-se à análise da própria sentença.

Nos parágrafos 782 e 783 tratou-se do depoimento como testemunha do ex-presidente da Petrobras José Sérgio Gabrielli. Nesse trecho o Juiz afirma que o ouvinte alegou não conhecer nada sobre o esquema de corrupção nem sobre a alegada participação de Lula como mandante do esquema. Em seguida, o Juiz afirma que o depoimento de Gabrielli não gozava de “muito crédito” por que este era presidente da empresa à época dos fatos delitivos.

Com efeito, nos parágrafos 784 a 787, o Juiz Moro agrava mais suas suposições de que Gabrielli ou era incompetente ou faltou com a verdade perante o juízo. O Juiz assim o faz com base na alegação de desconhecimento por parte de Gabrielli de que a troca de Cerveró por Zelada em uma diretoria da Petrobras teria influência política. Ou seja, o Juiz Sérgio Moro tenta criar a tese que o desconhecimento de Gabrielli sobre este fato específico, pouco atinente ao processo, é na realidade uma mentira ou uma prova de inaptidão para o exercício do cargo de Presidente da Petrobras.

Nos parágrafos 789 a 792 tem-se um fato curioso: o Juiz Moro utiliza 4 parágrafos para tentar desacreditar uma série de testemunhas de defesa. Segundo o Juiz, o ex-presidente chamou diversos políticos e agentes públicos que desconheciam o conteúdo da denúncia apenas para abonar a conduta proba de Lula.

Especificamente no parágrafo 790 o Juiz cria a teoria de que os depoentes da defesa teriam sido trazidos ao processo apenas para afirmar que a base de sustentação do governo não era fruto de um mecanismo de propinas da Petrobras. Para qualquer leitor, jurista ou leigo, esse parágrafo mostra que o Juiz entende que os depoimentos da defesa serviram para tentar demonstrar a tese perene que o governo Lula teve sua base de apoio no Congresso fundada na corrupção. Já no parágrafo 792, Moro usa novamente o artifício do descrédito com os depoimentos da defesa.

A partir do parágrafo 793 depara-se com assertivas peculiares às sentenças judiciais. O Juiz Sergio Moro, num aparente ato elogioso, afirma que o governo Lula teve seus méritos no combate à corrupção. Em seguida chega a enumerar medidas que este mesmo governo deveria ter implementado. No parágrafo 797 ele tece um longo relato com referências históricas de mandatários que implementaram políticas de combate à corrupção e tiveram seus crimes desnudados por estas mesmas políticas, ou como o Juiz chama “incremento dos meios de controle”. É de causar estranhamento que no parágrafo 796, Sérgio Moro afirme que os méritos do combate à corrupção do governo Lula não poderiam ser levados em consideração já que no parágrafo seguinte ele faz essa interessante digressão com requintes de sarcasmo e ironia.

Os parágrafos 801, 802, 803 e 804 são cabais para demonstrar a parcialidade do juízo visto que tais parágrafos buscam contribuir para o enredo criminoso que tentam imputar ao ex-presidente.

O parágrafo 801 o Juiz Sérgio Moro manifesta seu “estranhamento” no fato de Lula desconhecer o esquema da Petrobras visto que era um escândalo de grande magnitude e que tal esquema irrigou campanhas do PT, do próprio ex-presidente e de sua sucessora.

Na sequência, parágrafos 802 e 803, o Juiz especula sobre uma possível condescendência de Lula com a corrupção. Sérgio Moro diz chamar a atenção a ausência de reprovação por parte de Lula para com membros do governo e agentes público envolvidos em corrupção durante seu mandato. Justamente para averiguar essa eventual apatia de Lula com a corrupção que Sérgio Moro traz à sentença o processo do chamado “Mensalão”. Segundo Moro, o ex-presidente deu declarações dúbias sobre os eventos ocorridos nesse outro processo dando a entender que Lula não reprovava, ou pior, conviveria com eventuais fatos criminosos.

No parágrafo 804 temos o ápice desse enredo que Sérgio Moro traz à sentença. No entendimento do magistrado, o fato de Lula não ter manifestado reprovação com os fatos ocorridos na Ação Penal 470 demonstram “conivência em relação ao comportamento criminoso dos subordinados e que pode ser considerado como elemento de prova.”.

Temos aqui um verdadeiro escândalo jurídico. Um Juiz no exercício de sua função traz como prova processual as manifestações públicas do Réu sobre outro processo, as interpreta e conclui que tais devem servir como elemento de prova. Esse raciocínio, utilizando-se de Carl Schmitt, revela que para o juiz Sérgio Moro, o ex-presidente Lula é o inimigo a ser combatido.

Giorgio Agamben, filósofo italiano, o qual se debruçou sobre o tema da Exceção, explica-nos que a prática da Exceção se revela na medida em que há a suspensão do Direito, fenômeno que ele identifica como “guerra civil legal”, ou seja, aplica-se um determinado entendimento devido à excepcionalidade do caso, e após a superação deste momento único, volta-se a regular aplicação do ordenamento jurídico.

Na Operação Lava-Jato, o que temos visto é o seu tratamento excepcional, com práticas como estas acima mencionadas que fogem ao Direito.

Para que se justifique a prática da Exceção perante a sociedade e em especial a opinião pública é importante que exista a figura do inimigo, pois a este, pelo papel que possui na sociedade, não se deve reconhecer prerrogativas e garantias mínimas, ao contrário, deve ser combatido. Para o jurista Eugênio Raúl Zaffaroni a figura do inimigo numa sociedade é o primeiro germe ou o primeiro sintoma da destruição autoritária do Estado de Direito.

Sendo assim, entendemos que o inimigo neste momento da história e, ao que tudo indica, ao Juízo também, é o Partido dos Trabalhadores na figura do ex-presidente Lula.

De nada adianta para a defesa do ex-presidente Lula comprovar que formalmente o apartamento em questão está ligado à empreiteira OAS; que o Réu praticamente não tinha ciência do desenrolar deste assunto. Para o juízo, o que está posto, conforme é indicado no parágrafo 806, é responder ao final qual o papel do ex-presidente Lula nesta operação e se de fato ele era o chefe da quadrilha.

Vale mencionar que a defesa do ex-presidente Lula é tratada a todo o momento com incredulidade pelo juízo, como fica evidente no parágrafo 808, em que, tudo que é alegado pressupõe inverdades e obstáculos para a busca da verdade real.

O convencimento somente é possível a partir do momento que todas as partes envolvidas no processo se manifestam. Tratar uma das partes com descaso é entender

que sua presença é prescindível, indicando que as convicções já foram formadas previamente.

Sendo assim, o que se nota do item “II.16” da sentença é a existência de ilações à respeito da condução do governo do ex-presidente Lula e da sua ciência sobre tratativas existentes na Petrobras, além de fatos genéricos ocorridos que em nada comprovam a prática de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

Notamos, pois, que, esta excepcionalidade hoje é contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, mas, se alterarmos as personagens, possivelmente o entendimento seria outro, evidenciando-se assim, a perseguição política a partir de instrumentos jurídicos, o que no limite, serve para corroer as bases do Estado Democrático de Direito.

SENTENÇA DE MORO É A PROVA DE QUE A LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA DEVE ACABAR

Lenio Luiz Streck*

Há mais de 20 anos denuncio o autoritarismo que representa a livre apreciação da prova ou o LC (livre convencimento), que são duas faces da mesma moeda. Denunciei isso diretamente no debate que travei com o juiz Sérgio Moro no IBCCRIM de 2015. Ele me respondeu que o livre convencimento era superior à prova tarifada. Disse-lhe: E daí? *O livre convencimento é mais do que essa simplificação epistêmica. Ele é o corolário do subjetivismo. Do sujeito autoritário da modernidade. Da barbárie interior do sujeito.* De todo modo, essa resposta de Moro segue a mesma linha da dogmática que hoje chora e protesta. Nunca se preocuparam com o livre convencimento, porque era motivado. Isso é de ingenuidade atroz. A dogmática jurídica ainda acredita em coisas como “primeiro decido (escolho se o réu é culpado ou inocente) e depois motivo”. Uma trampa epistêmica.

Por isso, trato, aqui, de um equívoco de ordem filosófica, pois o livre convencimento é a melhor representação do PCS – O Privilégio Cognitivo do Sujeito (cognoscente). Ou o Privilégio Cognitivo do Sérgio (Moro). E isso vem ocorrendo de há muito, mas só depois da AP 470 (mensalão) é que os advogados se deram conta desse TEP – Tiro Epistêmico no Pé. Eu avisei.

Em um dos meus recentes livros, o *Hermenêutica e Jurisdição*²⁶⁵, estruturado em formato de diálogos, deixo bem claro que estamos pagando caro por isso. Ninguém se preocupou em construir uma teoria para apreciação da prova. Temos mais critérios para avaliar o carnaval do que para avaliar uma prova penal. O Carnaval superou o Direito. Lá existem critérios, que variam de 1 a 10 (e tem décimos e centésimos). No Direito, o critério é: *deixe que o juiz aprecie a prova da maneira que ele achar melhor ou até ele encontrar a “verdade real”*. Como se sabe que a “verdade real” foi encontrada? Simples, o juiz é quem diz que a encontrou. Já que nós, juristas, gostamos muito de “ontologias”²⁶⁶, fico imaginando a verdade real como uma velhinha perdida - e com *Alzheimer* -, sentada no banco de uma praça. E quando ela é encontrada, imagino o oficial de justiça lhe dizendo: “precisamos que a senhora compareça perante ao juiz”. Pronto, encontramos a verdade real.

Falemos sério: livre convencimento, verdade real e esses outros enunciados performativos são, em outras palavras, autorizações para que o juiz diga qualquer coisa sobre a (ausência de) prova. Aliás, sobre essa questão, tenho no prelo um artigo sobre o modo como o Direito Norte-Americano trabalha a questão dos critérios de valoração

* Ex-Procurador de Justiça-RS; Doutor e Pós-Doutor em Direito; Professor titular da Unisinos-RS e Unesa-RJ; Advogado.

²⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Jurisdição: Diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

²⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. 30% das cirurgias jurídicas dão errado. O que há com os “médicos”? Consultor Jurídico, São Paulo.

probatória. Lá procuro mostrar como até o júri estadunidense tem mais critérios que os juízes togados aqui no Brasil. Bingo. E cada dia isso se mostra mais certo²⁶⁷.

Não poderia ter sido diferente com o processo envolvendo o ex-Presidente Lula. A livre apreciação das provas reinou soberanamente na sentença de Moro. Existem inúmeros aspectos daquela decisão que não se sustentam e, nesse curtíssimo espaço, quero demonstrar como alguns deles são vazios. Assim como existem inúmeros aspectos que carecem de robustez, também já foram feitas diversas análises sobre a decisão, tais como Afrânio Silva Jardim²⁶⁸ e Pedro Serrano²⁶⁹. Não quero analisar a sentença na sua totalidade, na medida em que muita gente já fez isso. Penso que isso é, além de repetitivo, desnecessário e, se fossemos um país sério, 20 minutos de leitura da decisão já seriam mais do que suficientes para que sua nulidade fosse constatada.

Pois bem. Já tratei do tema em outra oportunidade²⁷⁰ e me parece oportuno começar por ele novamente. Aprendi, quando eu iniciava minha carreira no MP, com um velho Procurador que *“quem propõe arquivamento em 60 laudas é porque deveria denunciar em 6; e quem quer denunciar em 60 laudas, arquiva em 6 ou requer rigorosas diligências para buscar provas concretas”*. Bom, de início a sentença de condenação de Lula chama a atenção pelo número de páginas: 238. Evidente que não esperava uma sentença de 15 páginas absolvendo o ex-Presidente. E mais do que isso, tampouco vou criticar o número de páginas simplesmente por acreditar em um número cabalístico ou algo do gênero. Não acredito em uma *“Grundsentsença”* ou algo como a sentença ideal deve ter 100 páginas. Não é sobre isso que pretendo refletir aqui.

O que pretendo, por outro lado, é problematizar algumas questões da validade da decisão. A primeira delas é o número de páginas que Moro utiliza para *explicar o motivo pelo qual não é suspeito*. Da página 10 até a página 33 (§ 48 até 152) Moro intenta uma argumentação para deixar claro que não é suspeito. Alguém mais apressado (ou não) poderia dizer que um Juiz que passou 23 páginas dizendo que não é suspeito já demonstra um forte indício de suspeição. Afinal, como diz uma senhora quase centenária, mãe de um querido Amigo, *nem tudo o que parece é, mas, se é, parece*.

Mas como o singelo número de páginas não é uma boa prova para verificar se um juiz é suspeito ou não – ainda que me pareça uma prova melhor do que uma reportagem do Jornal O Globo ou um comentário de Merval Pereira – adentrarei mais a fundo, principalmente tratando da linguagem empregada pelo Magistrado. Hermeneuta que sou, tenho essa mania – aparentemente retrógrada nos dias de hoje – de antes de dizer algo sobre um texto, *deixar que o texto me diga algo*, como ensinou Hans-Georg Gadamer.

²⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. Sobre um possível diálogo entre a Crítica Hermenêutica e a teoria dos standards probatórios: notas sobre valoração probatória em tempos de intersubjetividade. *Novos Estudos Jurídicos (Online)*, v. 22, 2017, no prelo.

²⁶⁸ JARDIM, Afrânio Silva. Breve Análise da sentença que condenou o ex-presidente e outros. *Empório do Direito*, Santa Catarina. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/breve-analise-da-sentenca-que-condenou-o-ex-presidente-lula-e-outros-por-afranio-silva-jardim/>>. Acesso em 18 jul. 17.

²⁶⁹ MARTINS, Rodrigo. Pedro Serrano: “O prejuízo não é só de Lula, mas da sociedade”. *Carta Capital*, São Paulo.

²⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. Check List: 21 razões pelas quais já estamos em Estado de exceção. *Consultor Jurídico*, São Paulo.

Sigo. No parágrafo 109 da sentença, Moro argumenta que a defesa de Lula fez uso de uma argumentação *dramática* sobre a questão das interceptações telefônicas. Dramática diz o magistrado, mas esquece que os procuradores da República incluíram o número do Teixeira, Martins e Advogados como se fosse da Lils Palestras, Eventos e Publicações, empresa de palestras do ex-presidente. Seria um dramático equívoco? Não é por menos que, no § 106 Moro reconhece que “*Este julgador só teve conhecimento de que o terminal era titularizado pelo escritório de advocacia quando a própria parte assim alegou, já após a cessação da interceptação*”. Ou seja, o MPF através de uma – conforme notícia do Conjur – *dissimulação*²⁷¹ consegue uma interceptação em um escritório de advocacia que trata da defesa do Réu e o juiz considera o argumento *dramático*? Realmente, a situação é dramática mesmo...

No § 113, Moro afirma que as gravações ilícitas “sequer compõem os elementos probatórios que instruem a denúncia, ou seja, não foram utilizados”. Bom, podem até não compor, mas demonstram que o MPF não estava exatamente cumprindo seu papel normal, certo? Aliás, Moro enfrenta essa questão nos parágrafos 128-131, nos quais a defesa reclama que o réu vinha sendo alvo de guerra jurídica, com base na “realização pelos Procuradores da República de uma entrevista coletiva, em 14/09/2016, na qual teriam atacado a imagem do ex-Presidente ao explicar o conteúdo da denúncia”. Moro relembra, nesse sentido, que houve exceção de suspeição contra os Procuradores e que “ainda que eventualmente se possa criticar a forma ou linguagem utilizada na referida entrevista coletiva, isso não tem efeito prático para a presente ação penal, pois o que importa são as peças processuais produzidas” (130), e que “ainda que eventualmente se possa entender que a entrevista não foi, na forma, apropriada, parece distante de caracterizar uma ‘guerra jurídica’ contra o ex-Presidente” (131).

Ora, fica evidente que nem mesmo o juiz Sérgio Moro se arrisca a dizer que a entrevista concedida pelos procuradores do MPF foi apropriada. Lembramos que, na oportunidade, ocorreu a famosa exposição com o recurso de *Power Point* e as diversas setas que apontavam para o nome de Lula. Aqui, nem é preciso argumentar muito para que se conclua que tal atitude não foi condizente com um “*procurador natural*” (para brincar com isso). Ou “atitude natural que se espera de um Procurador”. Nem mesmo Moro se arriscou a argumentar isso. Existem, ainda, muitas outras manifestações do MPF que podem ser – no mínimo – taxadas como inadequadas/inapropriadas. Basta lembrar, por exemplo, do procurador Carlos Fernando dos Santos Lima e do episódio em que ostentou, orgulhoso, uma camiseta com os dizeres “República de Curitiba” e “Liga da Justiça”. Parece um pouco mais do que claro que o MPF atuou de forma parcial durante todo o processo, embora Moro não reconheça essa questão (nem acerca da atuação dele). O MPF atuou de forma parcial, disputando um troféu. Como se fosse parte e não tivesse responsabilidade política, como agente público.

Vejam a situação de Moro. Ele tem alguns argumentos contraditórios. Diz que a atuação da defesa do ex-presidente ocorreu de forma *dramática* (§ 109) e *diversionista*. Esse último adjetivo, registre-se, foi empregado em 4 oportunidades nas primeiras laudas da sentença (§§’s 57, 65, 138 e 148). Seguindo, Moro afirma que “pontualmente, o Juízo ainda foi ofendido pelos defensores, como se verifica em alguns trechos desses

²⁷¹ VASCONCELLOS, Marcos de; RODAS, Sérgio. Todos os 25 advogados de escritório que defende Lula foram grampeados. Consultor Jurídico, São Paulo.

lamentáveis episódios” (§ 142) e, nesse sentido, lista alguns momentos em que a defesa *teria lhe faltado com o devido respeito, deixando grifado, ao que parece, aqueles que mais lhe incomodaram*. Dentre eles, está uma afirmação do advogado de que Moro pretendia eliminar a defesa (ou se vossa excelência quiser eliminar a defesa, e eu imaginei que isso já tivesse sido sepultado em 1945 pelos aliados e vejo que ressurge aqui nesta região agrícola do nosso país); a contestação de um suposto contexto forçado por Moro (Um contexto que só existe na cabeça de vossa excelência, o contexto é a denúncia...); um questionamento acerca de interpretação da lei (Tá certo, lavro o protesto porque a interpretação do juízo aberrava da constituição e da lei processual penal); etc. Todos esses grifos são de Moro.

Contudo, penso que é muito mais ofensivo caracterizar a atuação de um advogado como dramática do que afirmar que a interpretação de uma lei feita pelo juiz aberrava da legislação; ou, ainda, dizer que determinado contexto não condiz com a realidade e existe somente na cabeça do magistrado parece ser menos irônico do que mandar um advogado prestar concurso para juiz. Não esqueçamos: o direito de defesa é sagrado. E advogado faz agir estratégico. Quem não deve fazê-lo é juiz e MP.

Moro diz ainda, no § 938, que a “Como defesa na presente ação penal, tem ele, orientado por seus advogados, adotado táticas bastante questionáveis, como de intimidação do ora julgador, com a propositura de queixa-crime improcedente, e de intimidação de outros agentes da lei, Procurador da República e Delegado, com a propositura de ações de indenização por crimes contra a honra. Diz Moro: “Essas condutas são inapropriadas e revelam tentativa de intimidação da Justiça, dos agentes da lei e até da imprensa para que não cumpram o seu dever”.

Claramente temos aí dois pesos e duas medidas. Por qual motivo as entrevistas do ex-Presidente são peremptoriamente “inadequadas” e tentam “intimidar a Justiça” e as entrevistas do MPF apenas “podem ser entendidas, eventualmente, como inadequadas”? Qual foi o critério? Um deles, que é réu no processo, deu uma declaração inadequada. Não discordamos aí. Mas, e o procurador que apareceu com uma camiseta escrito “liga da justiça”? E o procurador Dallagnol, que ameaçou abandonar a lava jato se o pacote anticorrupção não fosse aprovado? E a famosa entrevista do *power point*? Essas condutas apenas *podem* ser taxadas – mas não foram – inadequadas? Trata-se de transformar a administração da justiça em torcida, em que há vencedores e vencidos?

Temos, ainda, o dramático caso (agora o uso da palavra é meu) da divulgação dos áudios que parou o País, o que mostra a parcialidade do magistrado. Aliás, Moro reconheceu seu erro e pediu desculpas²⁷². Assim, a) se o magistrado se irrita com a atuação dos advogados, caracterizando-a como de dramática e diversionista; b) divulga escutas das quais não possuía competência; c) se recusa a perceber a atuação parcial do MP; d) e termina tudo isso dizendo que “em qualquer caso, em relação a essas medidas processuais questionáveis e ao comportamento processual inadequado, vale a regra prevista no art. 256 do CPP” (§ 152), de que a suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la, *pode-se afirmar que há algo de estranho aí*. Afinal de contas, se Moro faz uso do art. 256, dizendo que a suspeição não pode ser declarada ou reconhecida quando a própria parte

²⁷² STRECK, Lenio Luiz. Moro criou um novo tipo de extinção de punibilidade: pedido de desculpas. Consultor Jurídico, São Paulo.

injuriar o juiz, *ele está reconhecendo que há, sim, uma animosidade entre juiz e defesa*. Isso fica muito claro. Contudo, Moro atribui essa animosidade à conduta da defesa. Mas quando, por exemplo, divulgou as escutas ilegalmente, a defesa já havia “injurado” o juiz? *Será que ele próprio já não criara uma situação de animosidade visando a se esconder atrás do art. 256, CPP, posteriormente?* A pergunta fundamental é: quem criou a situação de animosidade, em primeiro lugar? Eis o ponto.

As primeiras partes da sentença deixam claro, assim, que MPF e Moro tiveram atuação parcial. Como meu espaço aqui é curto – e penso que não preciso mais do que isso para chegar onde quero – vou analisar questões bem pontuais da sentença. Alguns parágrafos que foram ali inseridos, penso eu, até de forma despretensiosa. Mas por trás de algo sempre há um não-dito. O silêncio fala. Grita. Eis a importância da hermenêutica. Vamos para alguns exemplos de provas que foram utilizadas no processo.

Uma das questões mais comentadas foi o fato de que Moro fez uso de matéria divulgada no Jornal “O Globo” como elemento relevante na questão probatória (§§’s 376-377; 412; 452). Tal questão, inclusive, foi alvo de embargos de declaração da defesa e já foi refutada por ele²⁷³. Uma reportagem, portanto, serviu como elemento de relevância na formação do convencimento. Bom, para quem defende ainda o livre convencimento, eis aí um prato cheio.

Moro também afirma que o depoimento do “ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva é até mesmo inconsistente com a nota publicada em 12/12/2014 pelo Instituto Lula em resposta às matérias divulgadas na época na imprensa” (§ 474). Ou seja, o juiz da causa considera inaceitável que a nota do Instituto Lula seja incoerente com o depoimento do ex-Presidente, pois “É certo que a nota foi emitida pelo Instituto Lula, mas tratando-se de questão pessoal atinente ao ex-Presidente, é impossível que o instituto não o tenha consultado acerca do teor da nota” (§ 476). Veja-se, aqui, que o enunciado do magistrado não passa pelo teste de condição semântica de sentido. Qual o tamanho do instituto Lula? Quantos funcionários possui? Por qual motivo é impossível que o ex-presidente não tenha sido consultado sobre a nota? Não poderia ter sido sua assessoria? Afinal, para que se contrata uma assessoria? Se, na frase de Moro, trocássemos o “possível” pelo “impossível” nada mudaria. Vejamos como ficaria: “[...] tratando-se de questão pessoal atinente ao ex-Presidente, é *possível* que o instituto não o tenha consultado acerca do teor da nota”. Pronto. Não há nenhuma comprovação empírica do enunciado. Ele é arbitrário. Serve tanto para condenar...e para absolver.

Sigo. Nos parágrafos 635 e 636 há uma espécie “inversão” do ônus de provar. Moro diz que “Caso a situação do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e de Marisa Letícia Lula da Silva em relação ao apartamento 164-A, triplex, fosse de potenciais compradores, seria natural que tivesse alguma discussão sobre o preço do apartamento, bem como sobre o valor gasto nas reformas, já que, em uma aquisição usual, teriam eles que arcar com esses preços, descontado apenas o já pago anteriormente”. Contudo, afirma que “não há qualquer prova nesse sentido, um documento por exemplo, ou relato de testemunhas a respeito de eventual discussão da espécie”. Autoexplicativo, pois.

²⁷³ Moro nega embargos de Lula e diz que notícia sobre triplex tem valor de prova. Consultor Jurídico, São Paulo.

Moro também trabalha com presunções. No parágrafo 645 afirma que “o depoimento de José Adelmário Pinheiro Filho, conforme ver-se-á no item 934, confirma apenas parte da tese da Acusação, a imputação de crime quanto ao apartamento 164-A, triplex, e as reformas dele, isentando, porém, o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva quanto à parte da imputação relativa ao pagamento das despesas de armazenagem do acerto presidencial. *Caso a intenção dele fosse mentir em Juízo somente para obter benefícios legais, afirmaria os dois crimes*” (grifei). Ou seja, o juiz presumiu que – caso o depoimento não fosse verídico –, a testemunha mentiria. Aqui também podemos colocar a CSS (condição semântica de sentido) da qual trato no meu *Dicionário de Hermenêutica*²⁷⁴: não há como comprovar nem que sim, nem que não. Pura presunção e/ou especulação.

Por fim, outro ponto exsurge dos parágrafos 802 e 804, quando o juiz afirma que “chama a atenção a ausência de qualquer juízo de reprovação da parte do ex-Presidente em relação a agentes públicos e políticos que, durante o seu Governo, teriam participado do esquema criminoso que vitimou a Petrobrás” e “Usualmente, se um subordinado pratica um crime com a ignorância do superior, quando o crime é revelado, o comportamento esperado do superior é a reprovação da conduta e a exigência de que malfeito seja punido. Não se verificou essa espécie de comportamento por parte do ex-Presidente, pelo menos nada além de afirmações genéricas de que os culpados deveriam ser punidos, mas sem qualquer designação específica, como se não houvesse culpados cuja responsabilidade já não houvesse sido determinada, como, no caso, aliás, da Ação Penal 470, com trânsito em julgado. Trata-se de um indício relevante de conivência em relação ao comportamento criminoso dos subordinados *e que pode ser considerado como elemento de prova*” (grifei). Paremos a leitura. Vamos refletir um pouco sobre a gravidade disso. Para o juiz, o comportamento do réu de não se manifestar publicamente contra malfeitores em específico – na medida em que genericamente teria se manifestado – *virou elemento de prova*. Isso é surreal. Aqui foi violada a famosa Lei de Hume.

A pergunta que fica é: a) por qual motivo um juiz faz uso de presunções; b) inverte ônus de prova; c) faz uso de enunciados arbitrários sem nenhuma verificação empírica; d) usa como elemento de prova a ausência de “manifestações públicas específicas” do ex-presidente e e) ignora a atuação “torcedora” do MPF? *Ora, por dois motivos bem simples, a saber, (i) pelo fato de que o próprio magistrado desde sempre já tinha formado sua convicção (pessoal) de que o réu era culpado e; (ii) pelo fato de que a comunidade jurídica não ter critérios para a valoração probatória. Aliás, nisso Moro é igual à maioria dos juristas do país. Nada de novo aí. É isso que se ensina nas salas de aula. Tudo gira em torno da livre apreciação da prova e do livre convencimento. Começam a fazer sentido, assim, as 23 páginas para negar a suspeição, pois não?*

Paro por aqui. Houve uma combinação explosiva nesse caso: “juiz e promotor parciais + livre convencimento”. Fosse eu advogado do ex-presidente, pleitearia pela prova do pintinho, “praticado” pela Tribo Azende, da África central. Sem intuicionismo e sem deduções, a tribo, para construir a prova e “buscar a verdade”, *lança mão do que chamo de “fator benge”, que consiste em dar para um pintinho um veneno previamente*

²⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

*preparado (há um ritual para isso) e, se o pinto morrer, o réu é considerado culpado. Se o pinto sobreviver, é absolvido*²⁷⁵. O ex-Presidente foi condenado no dia em que esse processo foi distribuído na 13ª Vara Federal de Curitiba. A defesa que cuide com o prazo para interposição do recurso, se me permitem a ironia. Não por menos que Moro diz que a questão da imparcialidade foi “aquí examinada apenas por ter sido alegada” (§ 148). Claro: tudo já estava decidido. O fundamento vem depois.

Mas, tem mais. Sem dúvida, embora não diga, Moro adotou a “tese jurídica” do “explanacionismo” (olha aqui a “teoria” exótica proposta pelo MPF nas alegações finais). Fica claro na conclusão que, em sua visão, a tese acusatória é verdadeira porque *é a que melhor explica as evidências (847/848)*. Trata-se de uma teoria de probabilidade! A teoria da prova e dois mil anos de filosofia foram sepultados em uma sentença apenas. Veja-se: O próprio juiz, trazendo essa teoria da probabilidade para o campo da prova penal, *vai referir que os fatos foram provados além de uma dúvida razoável (778)*. Mas o que é uma “dúvida razoável”? O que o juiz diz que é? Mesmo que admitíssemos a teoria matemática no processo penal, que cálculo foi feito? Após lançar diversas conclusões parciais prováveis, o njuiz chega a uma conclusão final provável! E essa conclusão é condenatória.

Essa sentença simboliza muito. Na verdade, reforça que o Direito ensinado nas faculdades não passa de uma teoria política do poder. E o pior: *uma teoria política do poder malfeita!* E isso é péssimo para a democracia. Da maneira como iniciei esse texto, *é possível dizer que o Carnaval construiu uma epistemologia melhor do que o Direito*. No carnaval, as pessoas se comportam muito menos como torcedoras do que no Direito. Você acha bom o direito ser predado pela moral? Você acha que é possível conspurcar garantias legais-constitucionais, desde que seja contra o seu inimigo? Lembre-se que você está diariamente no trânsito e pode, eventualmente, se envolver em um acidente. Pode acontecer com qualquer um. Você de carro e a outra parte de moto. Bom, aí só restará que você *torça* para que o juiz seja do *team-car* e não do *team-motorcycle*. E tudo virou torcida. E dois mil anos de filosofia não serviram para nada.

Não tenho nada contra Moro. Tampouco contra o MPF. Aliás, depois de 28 anos de exercício estafante no Ministério Público do RS, considero-me ainda um membro. *Mas um membro honorário de uma instituição que deve zelar pelas garantias da sociedade sem descurar das garantias fundamentais do réu, mediante uma postura de imparcialidade*. O MP não pode se comportar como um advogado. MP não faz agir estratégico. Se admitirmos isso, ele será apenas um acusador, o velho promotor público. E não será diferente do advogado. Afinal, por que foram conferidas garantias ao MP semelhantes às da magistratura? Simples: para que não se comportasse como parte. Parcial.

Mais ainda, minhas objeções não são apenas à sentença de Moro. São, também e fundamentalmente, contra a livre apreciação da prova e a favor da democracia. Sou um jurista que acredita que uma decisão judicial deve ser por princípio e não por moral ou política. Se a visão moral do juiz corrige o direito posto, quem corrigirá a moral do juiz? Por isso é dever do jurista reconhecer que tanto Moro errou na divulgação das interceptações telefônicas das conversas de Lula e Dilma – e, agora, na sentença sob

²⁷⁵ CHASE, Oscar. Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cross-cultural Context. New York and London: New York University Press, 2005.

exame -, como existe ilegalidade na gravação feita por Wesley Batista de sua conversa com Temer. *Direitos fundamentais não tem cor, sexo, raça e ideologia. Ou são direitos ou não são.*

Numa palavra: nunca se sabe o que o juiz pensa. Se juiz e MP pensam que, fazendo explanacionismo e inversões do ônus da prova estão fazendo algo revolucionário, então acho bom darem uma olhada nos manuais de ciência política. Menos bayesianismo, explanacionismos, emotivismos, *e mais respeito às regras do jogo inscritas na Constituição.* Fazer a coisa certa é fazê-la de acordo com a CF e não contra ela. *Revolucionário é combater os crimes sem quebrar as regras.* Combater a corrupção transformando o processo em um simulacro é fácil. *Difícil é juntar os cacos logo ali na frente. No caos, não há nem regras para se quebrar. Ou para obedecer.*

Na verdade, face às constantes suspensões de dispositivos legais e constitucionais, pode-se dizer que, hoje, revolucionário é quem luta pela legalidade. Incrível: com meu constitucionalismo conservador, transformei-me em revolucionário.

And I rest my case!

ESTADO DE DIREITO, CRISE POLÍTICA E OPERAÇÃO LAVA JATO

Leonardo Avritzer*

O Brasil no decorrer do seu forte processo de modernização e democratização ainda não conseguiu produzir um poder judiciário que se pautasse pelas estruturas de divisão de poderes e que seja ele próprio um garantidor de direitos, em especial dos direitos civis. Os elementos de forte distorção da tradição brasileira de constitucionalismo democrático estão relacionados aos traços não liberais ou de um liberalismo extremamente parcial que se manifestam, recorrentemente, nos nossos conflitos políticos desde o pós-guerra. Não conseguimos no Brasil, entre 1946 a 2017, estabelecer uma estrutura razoável de vigência de direitos civis, supostamente aqueles que seriam os fundamentais na estruturação da ordem liberal democrática.²⁷⁶ Entender os problemas para a construção de um ordem liberal e democrática no Brasil significa, antes de mais nada, entender o funcionamento dos elementos judiciais e civis no país. O processo de elaboração de constituições no país, entre 1946 a 1988, não foi capaz de realizar minimamente este *aggiornamento* em relação à vigência de direitos e a violação de direitos se manifesta abertamente em todas as crises políticas.

Nossa tradição liberal não foi capaz de alinhar o judiciário na estrutura de divisão de poderes, um problema que continua sem solução. A formação de magistrados e o funcionamento da justiça continuam se organizando de forma intraoligárquica e não sendo pautada pela garantia de direitos civis. Passamos, neste período de mais de 70 anos, por dois momentos diferenciados, ambos fortemente problemáticos no processo de formação de uma tradição de direitos que não propiciaram nem a supressão da violência nem a sua civilização (Elias, 1994) e submissão às regras do constitucionalismo liberal. O primeiro momento bem, descrito por Sérgio Buarque de Holanda em seu “Raízes do Brasil” é um momento de tangenciamento do constitucionalismo liberal (Veliz, 1980) e de construção de uma tradição de tolerância possível mas problemática. Problemática porque o Brasil não constitucionalizou limites para a ação do judiciário e dos órgãos policiais, ou quando constitucionalizou isso não os tornou efetivos no sentido da criação de uma tradição de garantias individuais. Esta tradição, quando existiu, se deu através de estruturas intraoligárquicas próprias ao poder judiciário. Assim, o desenvolvimento de um constitucionalismo liberal não se deu sob o pano de fundo de uma tradição sólida de direitos e garantias individuais, problema este que reaparecerá dramaticamente em diversas conjunturas, em especial na conjuntura 2013-2017 que se abre, não por acaso, com um episódio de forte repressão policial durante as manifestações de 2013.

Em segundo lugar, o problema da tolerância política se desenvolve sob a égide de tradição de tolerância privada, tal como apontou Sérgio Buarque de Holanda na sua teoria do homem cordial, e assim o problema das garantias para o exercício da atividade política e da diversidade ficaram apenas parcialmente resolvidos. O Brasil vive sob a

* Cientista Político, Professor da UFMG

²⁷⁶ Não estou com isso querendo dizer que há uma ordem inexorável de implantação de direitos, tal como supôs o sociólogo inglês T.H. Marshall ao relacionar cada um dos séculos a um direito, o XVIII aos civis, o XIX aos políticos e o XX aos sociais. Vide Marshall, 1962. Para uma crítica Giddens, 1990.

égide do famoso adágio para os “inimigos a lei”²⁷⁷ que parece constituir a máxima das operações da Polícia Federal pós operação “Lava Jato” e das condenações realizadas por Sérgio Moro. Ou seja, o Brasil teve e ainda tem uma forma cordial de tratar os delitos das suas elites como vimos recentemente em decisão de Marco Aurélio Melo na qual ele elogia o réu Aécio Neves pela sua carreira política. Assim, é necessário apontar que o direito penal segue esta lógica, oferecendo desde de múltiplas vias recursais até o fórum especial para políticos e, diga-se de passagem, o afastamento com aposentaria integral para os delitos dos membros do poder judiciário. Mas, o outro lado deste modelo é que uma vez relativizados os privilégios das elites inexistem garantias individuais.

Desde 2013 existe uma tentativa de associar combate à corrupção com aumento dos instrumentos jurídicos relacionados a tal empreitada, incluindo aí a aprovação da lei 12.850 que legalizou a assim chamada delação premiada a versão brasileira do plea bargain do modelo judicial norte americano. Chama a atenção que o elemento central do instituto legal em uma língua é barganha e na outra a ideia de prêmio. Não surpreende o nome do instituto no direito anglo-saxão por um motivo principal, o plea bargain se espelha na ideia de contrato, isso é, na ideia de uma troca entre dois indivíduos ou entre um indivíduo e o estado através da qual cada um será capaz de aferir algum benefício. Por fim, vale a pena ressaltar que o objetivo do plea bargain entendido de forma contratual é a redução do risco, para o acusado de enfrentar a pena máxima e para o estado de não conseguir condenar o acusado em um tribunal. Portanto, a indeterminação do juiz ou do júri no caso de não aceitação da delação é o elemento principal que força a barganha. E ainda é importante ressaltar as limitações do juiz e procuradoria: as penas nos casos em que a prova existe em geral não são muito reduzidas.

Salta à vista de qualquer observador bem informado que não é apenas o nome que diferencia o instituto legal norte americano do brasileiro. O que diferencia os dois institutos legais são duas características: o tamanho do prêmio que é oferecido mesmo nos casos em que estado tem a prova da culpa, tal como estamos vendo no caso da Operação Lava Jato. Mas, o outro elemento é o mais importante, o poder do juiz ou a personalização do elemento da aceitação e da negociação da delação premiada.

Desde março de 2014 vemos uma enorme mudança de paradigma no direito penal brasileiro operado pela assim chamada Operação Lava Jato. A operação Lava Jato é uma operação conjunta entre o Ministério Público e a Polícia Federal que tem como sede ou foro a 13ª vara da justiça criminal de Curitiba. A divisão da Lava-Jato em fases, realizada pela própria Procuradoria Geral da República e pelo juiz Sérgio Moro, nos permite diferenciar as fases em que ela de fato mirou o combate à corrupção institucionalizada,

²⁷⁷ Essa expressão curiosa existe em toda a América Latina do México ao Perú com diferentes referencias autorais. Os mexicanos a atribuem a Benito Juarez e os peruanos a Oscar Bonavides No Brasil ela não tem uma autoria definida mas expressa a desigualdade dos indivíduos perante a lei. A operação Lava Jato diga-se de passagem realizou uma adaptação bastante engenhosa desta máxima ao propor um mote bastante curioso, ninguém está acima da lei, repetido diversas vezes por alguns dos seus principais idealizadores, Deltan Dallagnol e Sérgio Moro. O problema com esta afirmação é que ela não supõe a igualdade da aplicação do direito, mas apenas uma movimentação no sentido da diferenciação interna da aplicação do direito. No caso da lava jato a investigação “ad nauseum” do ex-presidente pode ser justificada desta forma que como sabemos desobedeceu todos as garantias legais.

das fases - em especial a que começou na última semana do segundo turno das eleições de 2014 - nas quais ela se converteu em uma operação política com vistas a reorganizar o jogo político eleitoral no Brasil. A primeira fase pode ser considerada um avanço na investigação e no combate à corrupção, na qual atores ligados à corrupção sistêmica na Petrobras foram descobertos e os procedimentos jurídicos cabíveis adotados. Encerrada esta primeira fase, que conseguiu produzir bons resultados, seja no que diz respeito à revelação da operação de corrupção dentro da Petrobras, seja no que toca à recuperação inédita de ativos da empresa, iniciou-se uma segunda fase, de conteúdo eminentemente político, que coincidiu com a campanha eleitoral de 2014 e que segue até hoje.

É possível perceber que a operação foi politizada com vistas a influenciar em primeiro lugar, o processo eleitoral de 2014 através de vazamentos seletivos sobre a eventual participação da presidente Dilma Rousseff e do ex-presidente Lula no esquema de corrupção. Nesse caso, o destaque foi a famosa capa de uma revista no final de semana do segundo turno no qual foi noticiada um suposto vazamento de uma delação premiada. O segundo elemento de politização ocorreu no mês de março de 2016 com a condução coercitiva do ex-presidente Lula e o posterior vazamento ilegal de gravações. E a terceira fase ocorre nestas semanas com a condenação do ex-presidente Lula com provas mais do que duvidosas. Permitam-me analisar a Lava Jato em geral para depois analisar os eventos envolvendo o ex-presidente Lula.

O principal problema da operação Lava Jato é a não separação entre o juiz que conduz a investigação e o julgamento, não separação esta agravada por não existir em nosso país a obrigatoriedade do sistema do júri. Em um artigo recente, publicado pela insuspeitíssima *Foreign Affairs* (<https://www.foreignaffairs.com/.../brazil/2017-04-19/case-lula>) um ativista americano da área dos direitos humanos traça a origem desta distorção. Trata-se de um sistema português do começo do século XIX e que Portugal já abandonou há muitas décadas. Os problemas deste sistema são evidentes: o juiz investigador familiariza-se com a investigação convence-se da culpa e atua no polo da condenação. No caso dos Estados Unidos e de todos os países com a obrigatoriedade do sistema do júri este sistema não seria tão complicado. Afinal uma das grandes vantagens do sistema de júri é que a consistência das provas tem que ser defendidas e aceitas por um conjunto de homens e mulheres leigas que nada sabem sobre o processo e que tem que ser convencidos de que as provas foram obtidas de forma lícita. Nada disso faz parte do repertório da operação Lava Jato.

Sabemos que existem fortes dúvidas se as primeiras informações sobre o esquema de propina na Petrobras não foram obtidas através de grampos ilegais instalados na cela ocupada por Paulo Roberto Costa e o doleiro Yousseff. Daí em diante sabemos das outras ilegalidades, tais como prisões preventivas injustificadas e trocadas por delações na qual houve sugestão sobre o que queria ser ouvido. Vivêssemos em um país com a obrigatoriedade do sistema de júri, a procuradoria estaria agora tentando justificar os seus procedimentos sabidamente ilegais. No entanto, todas as provas que foram utilizadas contra Lula por um juiz que é parte da investigação são declaradas a priori legais e não passarão por nenhum teste em relação à forma como foram obtidas, a não ser em caso de apelação. Assim, o direito penal brasileiro se despe de todos os elementos de garantias que fazem parte do estado de direito, na tentativa não de

implantar a igualdade de todos frente à lei mas talvez de provar que é possível condenar qualquer pessoa desde que a promotoria e o juiz estejam de acordo.

Mas, é na maneira como a delação premiada é utilizada no Brasil que se encontram as maiores ameaças ao estado de direito no país. A delação premiada é parte de algo que como mencionei acima podemos denominar “concepção contratual do direito. No caso brasileiro, no qual a delação premiada existe sem o sistema do júri, a certeza da pessoa presa de que o juiz irá condená-la, torna a delação premiada uma pressão completamente indevida do estado sobre o cidadão. Foi isto o que assistimos nas últimas semanas nos depoimentos de Leo Pinheiro e Renato Duque. Não há caminho possível para a liberdade ou para ser solto na Lava Jato que não passe pela colaboração com o Ministério Público e o juiz Sérgio Moro. Sendo, assim, o Brasil realizou a grande façanha de retirar a delação premiada do campo do direito contratual e colocá-la no campo do abuso das prerrogativas por indivíduos que ocupam cargos no poder judiciário. Esta enorme distorção foi vista nas delações mencionadas: sabendo que a única maneira de saírem da prisão preventiva era apresentar evidências contra o ex-presidente Lula, Leo Pinheiro elevou ao paroxismo a percepção de que a Lava Jato opera através da falta de provas. Segundo ele, ele destruiu as provas que o ex-presidente Lula era o dono do triplex do Guarujá, mas não teria qualquer prova sobre o fato. A Lava Jato, ao insistir em provar a propriedade do triplex apesar da ausência de provas, vale-se da capacidade de chantagem embutida na delação premiada. E pasme-se: ela foi capaz de produzir um depoimento para legitimar a ausência de provas, depoimento este que também parece poder prescindir de provas. Certamente, algo desta natureza jamais passaria por qualquer júri em qualquer país, mas é uma via possível na qual delação e direitos penal estão completamente distorcidos.

No dia 12 de julho o juiz Sérgio Moro condenou o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva a mais de 9 anos de prisão por corrupção passiva e lavagem de dinheiro. A sentença é uma clara demonstração de equívocos primários cometidos pelo juiz e que não expressam elementos fundamentais do estado de direito, na medida em que foram relativizados três elementos do direito penal: a prova da propriedade do triplex, a prova sobre ato de ofício por parte de Lula e da direção da Petrobras e por fim na resposta de Sérgio Moro aos advogados de Lula se prescindiu até mesmo da prova que os recursos para a construção do triplex saíram das contas da Petrobras. Abaixo realizo uma discussão destes elementos:

Em primeiro lugar, em relação a propriedade do triplex, Sérgio Moro faz a mesma ginástica que o Ministério Público já havia feito anteriormente. Menciona alguns argumentos contraditórios, mas fundamentalmente ignora todos os requisitos que são necessários para comprovar a propriedade e admite como centrais na comprovação apenas argumentos circunstanciais, tal como apontou um conhecido colunista. Ou seja, o fato de Lula ter estado no triplex ou de existir um contrato não assinado, ao invés de se tornar circunstancial tornou-se fundamental, no mesmo momento em que o Ministério Público ignorou o fundamental, que Lula não tem a propriedade em nome dele, que houve a tentativa de mostrar que o imóvel estava em nome dele no exterior através da apreensão de documentos da Mossak da Fonseca e esta tentativa não resultou em descoberta da propriedade. Ainda mais grave: nunca se constatou a presença dele ou de familiares lá, o que mostra que não havia nem propriedade e nem uso. Deste modo, o depoimento de Leo Pinheiro depois de um ano de prisão tornou-se

fundamental e ainda assim foi feito sem provas que segundo ele teriam sido destruídas. Ora, em qualquer propriedade fictícia algum documento existe e o MP não foi capaz de produzir nenhum documento, o que não impediu Sérgio Moro de carimbar provado na sua sentença. Tal fato mostra todos os problemas do direito criminal administrativo sem sistema de júri no qual o juiz pode condenar porque quer condenar. Sérgio Moro deveria ter sido impedido de julgar Lula exatamente por estas características que já estavam claras há um ano atrás, mas coube ao juiz Teori Zavaski ceder as pressões midiáticas a este respeito.

Em relação ao assim chamado ato de ofício, o juiz Sérgio Moro realizou a seguinte argumentação no parágrafo 865 da sentença: “Basta para a configuração que os pagamentos sejam realizadas em razão do cargo ainda que em troca de atos de ofício indeterminados, a serem praticados assim que as oportunidades apareçam. Citando Direito Comparado, “é suficiente que o agente público entenda que dele ou dela era esperado que exercitasse alguma influência em favor do pagador assim que as oportunidades surgissem” (“US v. DiMasi”, nº 11-2163, 1st Cir. 2013, no mesmo sentido, v.g., “US v. Abbey”, 6th Cir. 2009, “US v. Terry”, 6th Cir. 2013, “US v. Jefferson”, 4th Cir. 2012, todos de Cortes de Apelação Federais dos Estados Unidos). ”

Cabem dois comentários em relação a sentença de Moro já que toda a fundamentação no direito comparado está equivocada, ou por vontade de distorcer a tradição Norte Americana ou por ignorância. Em primeiro lugar, Sérgio Moro ignora sentença da Suprema Corte dos Estados Unidos que derrubou condenações por corrupção sem ato de ofício. Transcrevo aqui a sentença de apelação do ex-governador da Virgínia, Robert McDonnell bastante clara sobre o assunto. No caso, McDONNELL v. UNITED STATES decidido June 27, 2016, e no qual a condenação do ex-governador da Virgínia foi julgada a Suprema Corte se manifestou da seguinte maneira:

“Para condenar McDonnells, o Governo tinha a obrigação de mostrar que o Governador McDonnell cometeu (ou concordou em cometer) um “ato de ofício” “official act” em troca de empréstimos e presentes. Um “ato de ofício” é definido como “qualquer decisão ou ação sobre qualquer questão, objeto, causa, procedimento ou controvérsia, que poderia em qualquer momento estar pendente, ou que a lei exigisse que fosse trazido para um ocupante de cargo público, o qual em tal condição ou capacidade agisse tendo em vista o lucro.” 18 U. S. C. §201(a)(3). Algumas observações em relação a sentença da Suprema Corte do Estados Unidos valem a pena serem observadas para se entender como o sarrafo é bem mais alto no direito penal Norte Americano. No caso em tela do ex-governador da Virgínia foram comprovados presentes o que nem o MP nem o juiz Sérgio Moro conseguiram comprovar no caso em tela, a não ser que o carimbo comprovado tenha substituído os requisitos do direito penal. Ainda, assim, além de um presente ou doação teria que ser comprovado um ato de ofício correspondente. Vale a pena também mencionar que um dos casos citados por Sérgio Moro, o caso US v. DiMasi”, nº 11-2163, 1st Cir. 2013 ficou comprovado o ato de ofício. Assim, a incursão primária de Sérgio Moro pelo direito comparado para ancorar uma sentença impossível de ser ancorada no direito brasileiro mostra apenas sua tentativa de distorcer o estado de direito e o direito penal existentes no país.

Mas, o mais surpreendente foi a resposta do juiz Sérgio Moro os embargos interpostos pelos advogados do ex-presidente Lula. No que diz respeito aos atos específicos através dos quais os recursos da Petrobras teriam sido transferidos para a OAS e desta para Lula,

o juiz afirma o seguinte: "Nem a corrupção nem a lavagem exigem ou exigiriam que os valores pagos ou ocultados fossem originários especificamente dos contratos da Petrobras."

Mais uma vez o juiz Sérgio Moro surpreende o país e os que se preocupam com o estado de direito com afirmações absurdas sobre critérios utilizados para condenar um ex-presidente. Depois de afirmar seguindo o MP que a propriedade do imóvel não era importante e de afirmar contrariamente a jurisprudência nacional e internacional que a corrupção não exige ato de ofício, ele agora afirma que não é preciso provar a origem dos recursos na Petrobras.

A questão que se coloca no julgamento de Lula por Sérgio Moro é uma inversão absoluta no direito, em especial no direito penal. No final, só existem duas formas de entender o direito penal e não por acaso foi Carl Schmitt que melhor explicitou esta diferença. Ou você toma como ponto de partida a ideia de direitos e da punição apenas nos casos além da dúvida razoável ou você toma como ponto de partida a ideia da necessidade da punição determinada por alguma característica do ator. As palavras de Carl Schmitt ao definir o que seria a nova jurisprudência do nacional socialismo são clara a este respeito: "a necessidade da máxima nenhum crime sem punição assume prioridade sobre a máxima nenhuma punição em desacordo com a lei..." (Muller, 2013: 75). É esta concepção anti estado de direito que a operação Lava Jato está trazendo para o país na ânsia de combater a corrupção ou pelo menos a corrupção de certos setores da política. Espera-se que a Lava Jato seja apenas um "detour" em uma tradição mais ampla que será a que ira prevalecer nas instâncias superiores do sistema de justiça que sabem que o caminho do combate à corrupção não permite atalhos em relação ao estado de direito porque este sim é o bem maior que se encontra em jogo nesta conjuntura.²⁷⁸

²⁷⁸ Referencias:

Elias, Norbert. O processo civilizatório. Rio e janeiro Zahar
Holanda, Sergio Buarque. Raizes do Brasil. Companhia das letras.
Muller, Inglo. Hitler's justice. Havard university press.
Veliz, Claudio. Th centralista tradition in Latin America. Priceton

DA PUBLICIDADE, DA NULIDADE E DO CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS, QUEM ESTÁ ACIMA DA LEI?

Leonardo Costa de Paula*

Não importa o quão alto você esteja, a lei ainda está acima de você.

Adaptação livre de Sérgio Fernando Moro na sentença que condena o ex-presidente Lula

A análise que se fará no presente estudo restringe-se à relação entre publicidade, motivação e controle das decisões judiciais e suas repercussões a partir da teoria das nulidades, tendo como objeto a divulgação de conteúdo resultante de interceptações realizadas no âmbito da investigação que resultou no processo que tem, como um dos Acusados, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, na denominada “Operação Lavajato”.

A sentença que condenou o ex-presidente, amplamente difundida pelos meios de comunicação social, dedicou-se, em alguma medida, a esta questão e, portanto, há indiscutível interesse em se debater sua validade, analisando-se o contexto em que foi produzida, sem que se desconsidere a opinião manifestada academicamente pelo magistrado que proferiu a decisão.

Tendo em vista que o processo segue em seu curso e não há trânsito em julgado, não se busca, no presente artigo, uma análise factual dos elementos de prova produzidos na instrução processual, mas, sim, a análise científica e jurídica, da fundamentação de exposição de interceptação telefônica do Acusado, regida, pela lei e pela Constituição, sob o sigilo, e suas repercussões sobre o processo e sobre a imparcialidade do julgador. São compatíveis a legalidade e a submissão de tal elemento de investigação ao escrutínio da opinião pública, saudável ou não?

Sabe-se que o ex-presidente da República foi condenado à pena de 9 anos e meio de prisão, em processo que teve, em sua origem, investigação na qual houve interceptações telefônicas, cujos áudios e relatórios respectivos foram parcialmente divulgados pela mídia no ano de 2016, às vésperas da nomeação de Lula para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil.

A decisão de retirada do sigilo dos autos da referida investigação, que continha dados indiciários colhidos pela polícia judiciária, foi assim fundamentada:

Como tenho decidido em todos os casos semelhantes da assim denominada Operação Lavajato, tratando o processo de apuração de possíveis crimes contra a Administração Pública, o interesse público e a previsão constitucional de publicidade dos processos (art. 5º, LX, e art. 93, IX, da Constituição Federal) impedem a imposição da continuidade de sigilo sobre autos. O levantamento propiciará assim não só o exercício da ampla defesa pelos investigados, mas também o saudável escrutínio público sobre a atuação da Administração Pública e da própria Justiça criminal. A democracia em uma sociedade livre exige que os governados saibam o que fazem os governantes, mesmo quando estes buscam agir protegidos pelas sombras.²⁷⁹

* Doutorando em Direito pela UFPR, Professor da Faculdade CNEC-Rio de Janeiro.

²⁷⁹ Disponível em: <<http://www.otempo.com.br/capa/pol%C3%ADtica/leia-decis%C3%A3o-de-moro-que-retirou-sigilo-de-conversa-entre-dilma-e-lula-1.1260054>>, acesso em 21 de julho de 2017.

Pela Constituição, ainda em vigor, é possível se afirmar que o escrutínio público sobre a Administração Pública e a própria Justiça criminal impede a imposição de continuidade do sigilo sobre os autos?

Que fique claro, não se analisa no presente texto científico a atuação de qualquer das partes ou atores envolvidos e sim, os fundamentos jurídicos e se há adequação estruturante para a Ciência do Direito a partir do que está estabelecido no ordenamento jurídico. Afinal, a publicidade das decisões judiciais, não por acaso prevista pelo mesmo dispositivo constitucional que consagra sua motivação, serve, também, ao controle da atividade do Estado pelos cidadãos. A jurisdição é a manifestação de um poder do Estado e, portanto, a publicidade do agir do Estado-juiz serve, fundamentalmente à crítica. Aos saberes jurídico-penal e processual-penal, incumbe a tarefa de avaliar a racionalidade das decisões, como mecanismo de contração do exercício de poder ilegítimo.

A Constituição determina que é inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Ainda se assegura o direito à indenização por dano daí decorrente, como reza o inciso X do artigo 5º da CRFB.

O inciso XII, do artigo 5º, da Constituição, por sua vez, é mais claro no que diz respeito à inviolabilidade da correspondência e comunicações telegráficas e de telefonia. Dita que só pode ser rompido o sigilo por ordem judicial e somente nas hipóteses que *“a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual”* (grifo nosso).

O constituinte originário só permitiu o levantamento da intimidade para uma finalidade específica: a investigação criminal ou instrução processual. Então, pelo texto constitucional, não há qualquer ressalva acerca do escrutínio público e, menos ainda, sobre a possibilidade dos governados poderem saber o que pensam ou dizem os governantes.

É certo que aquilo que os governantes fazem deve estar sob a regência do princípio da legalidade. Qualquer indivíduo que, no exercício de uma função pública, corporifique o Estado, encontra-se vinculado a este princípio, também nominado princípio da conformidade.

Juridicamente, não há lastro legal que justifique o levantamento de um processo com conteúdo sigiloso, oriundo de comunicação telefônica, para que se preserve um saudável escrutínio público. A Constituição não prevê esta hipótese quando estabelece o âmbito de proteção do direito fundamental respectivo e prevê a possibilidade de sua limitação.

A Lei 9.296/1996 traz a disposição expressa acerca do regime de interceptação telefônica, sua finalidade e limites. O artigo 8º impõe que a interceptação correrá em autos apartados, com especial atenção para que se preserve “o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas”. Independentemente de onde estejam estes documentos, já que derivados de lá, o sigilo se estende para o processo, para eventual recurso, e assim sucessivamente. O Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre este

ponto com a máxima: frente o direito à privacidade a liberdade de imprensa nunca irá imperar.²⁸⁰

A prova produzida só pode instruir o processo e, tem em sua essência a preservação do sigilo. Ou isso, ou a prova é inútil e, neste caso, dita a lei que deve ser descartada, na presença da defesa, inclusive.

A República se diferencia dos regimes despóticos na separação do Príncipe, pelo princípio. Um princípio rege o Estado: o princípio, da legalidade. A coisa pública está separada do governante, submetendo-o a agir conforme a lei, enquanto os particulares devem agir de forma compatível com a lei, ou seja, não sendo proibido, é lícito.

O ente público deve agir sob o escrutínio do princípio da estrita legalidade. O que isso quer dizer? Aquele que faz o Estado presente só pode fazer o que a lei define, e na forma da lei, daí, conforme a mesma.²⁸¹

Na estrutura do Direito Processual, a análise sobre a legalidade corresponde imediatamente à identidade da Nulidade. Nulidade, pela própria palavra, é a qualidade de nada ser.²⁸², muito embora seja convencionalizada, na doutrina e jurisprudência – arraigadas a uma identidade pseudo teórica da Teoria Geral do Processo – a concepção equivocada, da nulidade enquanto uma tentativa inútil de salvar a estrutura do ato produzido. O correto e constitucionalmente possível para a teoria das nulidades, no campo do processo penal, é preservar o ato, desde que se tenha seguido a lei, desde que tenha sido conforme a lei.

É isto que dá corpo ao Devido Processo Legal. Ninguém poderá ser tolhido dos seus bens ou liberdade sem aquilo que esteja definido na própria lei, que estabelece o agir estatal frente ao indivíduo.

Existe alguma previsibilidade para que se levante o sigilo de interceptações telefônicas? Não, não existe qualquer possibilidade ou previsibilidade para isso nas definições legais ou Constitucionais.

Ora, se não existe essa previsão, poderia um ente público submeter ao escrutínio saudável da população alguma interceptação? Não, pois o sigilo aí é indispensável para que não exponha as pessoas a intimidade, independentemente do que pode pensar o público sobre isso. O papel do Direito aí é justamente a preservação do um contra todos, ou seja, contra majoritário. Não é a toa que se protege o réu de linchamentos públicos, pois esta não é a forma definida em lei. Em manifestação de opinião acadêmica, há mais de dez anos, o magistrado²⁸³ que proferiu a decisão ora analisada considerou salutar, na realidade italiana da denominada *Mani Pulite*, a divulgação, pela imprensa, das informações produzidas nas investigações, entendendo, dentre outras razões, por

²⁸⁰ CONJUR. *Justiça confirma veto ao vídeo de Cicarelli na Internet*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-set-28/justica_confirma_veto_video_cicarelli_internet>, acesso em 21 de julho de 2017.

²⁸¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Conceitos jurídicos indispensáveis*. Palestra proferida na EMERJ disponível nos links parte 1: <<http://www.youtube.com/watch?v=nTyRuWShFbl>>, acesso 9 de julho de 2017.

²⁸² PAULA, Leonardo Costa de. *Nulidades no processo penal brasileiro: sua compreensão por meio da afirmação do direito como controle ao poder de punir*, Curitiba: Juruá, 2013.

²⁸³ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. R. CEJ, n. 26, p. 56-62, jul/set 2004, Brasília, 2004. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>>

garantir “o apoio da opinião pública às ações judiciais”, não obstante “o risco de lesão indevida à honra do investigado ou acusado”.

ANTOINE GARAPON afirma, sobre a realidade francesa da última quadra do século XX, que:

“Alguns indivíduos aproveitam a mídia para se emancipar de qualquer tutela hierárquica. (...) Um juiz considera-se prejudicado por sua hierarquia? Ele apela imediatamente para a arbitragem da opinião pública. Todas as anulações processuais são purgadas por essa instância de recurso selvagem que a mídia representa, e os argumentos técnicos do direito ou processuais não tardam a revelar-se para a opinião pública como argúcias, astúcias, desvios inúteis, que impedem a verdade de ‘vir a tona.’”²⁸⁴

E ANTOINE GARAPON continua, cirurgicamente: “Nos dois casos – dos juízes e da imprensa – as infrações à regra do segredo da instrução são justificadas pelas falhas do sistema jurídico. Eis por que o jogo atual entre justiça e mídia é perverso: cada um encontra a absolvição de sua transgressão na transgressão do outro”.²⁸⁵

Acerca da submissão do ente público ao princípio da legalidade GARAPON arremata: “Tal atitude, raramente denunciada por aqueles que deviam sancioná-la – os magistrados, dela participam –, se revela extremamente perigosa, inclusive para a moral: ela incentiva o cinismo, a hipocrisia e a tartufice.”²⁸⁶ E, conclui: “De nada adianta invocar a ordem jurídica a torto e a direito, quando se tomam tais distâncias com respeito ao puro e simples direito.”²⁸⁷

Don't throw the child with the dirty water diz uma antiga expressão inglesa. Na época dos banhos, em abril, pelo que se costumeiramente fala das histórias, os bebês tomavam banho por último, na água já suja. Ao despejar o conteúdo da água, como estava muito turva, podia se correr o risco de jogar fora a água do banho com o bebê dentro.

Não se pode subverter a publicidade para algo além do que ela deve ser. Os entes públicos, por certo, devem ser controlados e, talvez, até por isso, se justifica a existência de processos para análise de um caso penal. Porém, de certo que os atos que devem ser controlados, no curso do processo, antes de tudo são os do próprio julgador, já que este está desenvolvendo o poder estatal.

Conforme GABRIEL ANITUA, é indispensável que os atos que se deve controlar, na justiça penal, são os atos estatais derivados de lá, pois importante que os cidadãos possam conhecer os fundamentos das decisões e que possam opinar e criticá-las. Conclui o autor que “El control a través de la publicidad permitirá ver la selección que realiza el legislador penal, pero también la que efectivamente concretan las instancias de aplicación del sistema penal.”²⁸⁸

²⁸⁴ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 66.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 68.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 69.

²⁸⁷ *Idem*.

²⁸⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Justicia penal pública: Um estúdio a partir de la publicidade de los juicios penales*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 362.

Para se responder às indagações iniciais, é preciso observar que a publicidade no processo penal serve para preservar os cidadãos frente ao abuso estatal. Não se pode subverter este princípio, para se jogar fora a água com o bebê dentro. Ou seja, sob o argumento de proteção do Estado de Direito, na verdade o que se pode fazer é dar-lhe fim.

Juiz que age ao arremio da lei não pode julgar o réu o qual submeteu a um tratamento não previsto em lei e, no mais, que o submeteu a uma instância midiática de julgamento para fugir do controle hierárquico.

Da análise hipotética dos possíveis fatos identificados aqui, é perceptível que um magistrado, em uma Democracia, não pode subverter o democrático frente àquilo que o torna juiz. Ou seja, frente a lei.

A lei está não só acima do réu, mas antes de tudo, está acima do juiz. É a lei que o define. Se esse barco fizer água, não há réu ou juiz, não há Estado, apenas se alcançará as profundezas e, neste caso, o Leviatã será autofágico.

DA INCOMPETÊNCIA DE UM JUIZ SUSPEITO

Leonardo Isaac Yarochevsky*

A sentença que condenou o ex-presidente da República LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA a pena de 09 (nove) anos e 06 (seis) meses de reclusão além de multa foi prolatada por um juiz incompetente e suspeito. Embora, na própria sentença, o juiz Federal SERGIO FERNANDO MORO, em cerca de 20 (vinte) páginas, tenha dito o contrário e tentado de todas as maneiras justificar sua “imparcialidade”, bem como a “competência” para julgar o ex-presidente LULA, não resta dúvida que a condenação de LULA deverá ser anulada para que seja restabelecida a confiança no Poder Judiciário e na própria Democracia.

1- Da Incompetência:

a) **da incompetência da Justiça Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR para o processamento e julgamento dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, imputados ao ex-presidente LULA.**

No Brasil, o juiz Federal SERGIO MORO, da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, segundo observa PAULO MOREIRA LEITE, é a “*autoridade que autoriza prender e soltar, castigar e punir, vigiar e perseguir*”.²⁸⁹

Como é notório em razão da operação “Lava Jato”, a “competência” do juiz Federal SERGIO MORO passou a ser universal. O juiz da “Lava Jato” passou a ser competente para processar e julgar todo e qualquer fato ocorrido no território brasileiro, desde que ele assim deseje, com a indispensável colaboração dos procuradores da República da “Força Tarefa”.

Na Constituição da República, observa a iminente Defesa do ex-presidente LULA:

As regras de *competência* são garantias decorrentes do princípio constitucional do juiz natural, insculpido na Constituição da República no art. 5º, incisos XXXVII e LIII. O primeiro dispositivo assegura que não haverá juízo ou tribunal de exceção e o segundo que ninguém será processado por autoridade incompetente.

Vejamos:

Art. 5º. (...)

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

No que se refere à violação do princípio do juiz natural e a incompetência do juiz Federal SERGIO MORO, MARIA LÚCIA KARAM é categórica ao dizer que:

Todos os totalitários desvirtuamentos do processo penal brasileiro, registrados de forma especialmente eloquente nos procedimentos relativos às ações penais de naturezas cautelar e condenatória, reunidas sob a midiática denominação de ‘operação lava-jato’, vêm sendo conduzidos, em primeiro grau, por juízo incompetente. Valendo-se de uma

* Advogado, Professor de Direito Penal, Mestre e Doutor em Ciências Penais (UFMG).

²⁸⁹ LEITE, Paulo Moreira. A outra história da Lava-jato. São Paulo: Geração Editoria, 2015.

inexistente prevenção, quando nem abstratamente sua competência poderia ser identificada, o juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, menosprezando o princípio do juiz natural, voluntariosamente se transformou em uma espécie de ‘juízo universal’ messianicamente destinado a pôr fim à corrupção no Brasil.²⁹⁰

Mais adiante, MARIA LÚCIA KARAM conclui:

Talvez esteja aqui a ‘mãe’ de todas as violações cotidianamente explicitadas na midiática ‘operação lava-jato’. O juiz que age ilegítimamente, rompendo as amarras impostas pelo princípio do juiz natural, não terá pruridos em seguir avançando no menosprezo a outros princípios e garantias inscritos em normas constitucionais e em declarações internacionais de direitos humanos.²⁹¹

Referindo-se aos equívocos em relação à competência do juiz SERGIO MORO na “Lava Jato”, AFRÂNIO SILVA JARDIM salienta que:

No caso da “Lava-Jato”, a única conexão possível entre infrações, levando-se em consideração os vários processos, seria a chamada conexão instrumental ou probatória, regulada no inc. III, do art. 76 do Cod. Proc. Penal, que tem a seguinte redação: “quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração”. Não se cuida aqui de prova comum a dois crimes, mas sim de uma questão prejudicial homogênea. Por exemplo: o furto é conexo com a receptação pois, se não houve o furto, juridicamente não poderá haver a receptação (adquirir coisa de origem ilícita).²⁹²

Esse desvirtuamento em relação ao processo penal, notadamente, no que diz respeito à “competência” do juízo da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba para processar de forma conveniente e arbitrária toda e qualquer pessoa, em nome do espetáculo midiático, tem servido de combustível para aqueles que integram a “República de Curitiba”. Não tivesse a 13ª Vara Federal usurpado a “competência” para processar e julgar quem quer que seja - em nítida violação aos princípios que regem a matéria - talvez a “República de Curitiba” não existisse ou pelo menos não seria tão onipresente e onipotente.

Segundo sustenta os procuradores da República, a responsabilidade do ex-presidente LULA está, entre outras coisas, no fato de ter indicado – e não indicado, já que a indicação compete e é ato privativo do Conselho de Administração – na condição de Presidente da República, três diretores da Petrobras, supostamente tendo o então presidente o conhecimento de que os cargos seriam ocupados com a finalidade de praticar crimes em desfavor da Administração Pública.

Sendo certo, que enquanto Presidente da República, LULA praticava os atos inerentes à sua função na Capital Federal em Brasília. Assim sendo, pela regra do art. 70 do Código de Processo Penal “a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumir a infração (...)”, no caso em comento, como narra faz crer os acusadores da

²⁹⁰Disponível em:<<http://emporiiodireito.com.br/a-midiatica-operacao-lava-jato-e-a-totalitaria-realidade-do-processo-penal-brasileiro/>

²⁹¹ Idem, ibidem.

²⁹² Disponível em:< <https://dialogosessenciais.com/2017/02/07/equivocos-em-relacao-a-competencia-do-juiz-sergio-moro-na-chamada-operacao-lava-jato-por-afranio-silva-jardim/>

República, Brasília (DF) é o local em tese onde foram praticados os crimes. Em hipótese alguma a amável cidade de Curitiba capital do prospero estado do Paraná.

Destaca a laboriosa defesa do ex-presidente LULA que:

Embora tenha havido uma tentativa por parte do Ministério Público de conectar os fatos denunciados à suposta organização criminosa em desfavor da Petrobras, com o intuito de configurar uma — inexistente — conexão, isso não basta. Até porque, esse tema, como já exposto acima, é objeto de apuração no âmbito do Supremo Tribunal Federal e este órgão judiciário *não pode emitir juízo* a respeito do assunto, como assentado no julgamento da Reclamação nº 25.048.

Em relação ao crime de lavagem de dinheiro atribuído ao ex-presidente LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, a situação não é muito diferente do que já foi dito em relação ao crime de corrupção passiva. Na míope visão dos procuradores da República, a suposta lavagem de dinheiro ocorreu, como bem explica a Defesa em suas alegações finais, pelas seguintes práticas:

- a) suposta aquisição de um apartamento *tríplex* no Guarujá/SP;
- b) suposta personalização de um apartamento *tríplex* no Guarujá/SP;
- c) suposta decoração de um apartamento *tríplex* no Guarujá/SP;
- d) suposto pagamento de valores referentes a contrato de armazenagem de bens, firmado em São Paulo/SP.

Como bem pontua AFRÂNIO SILVA JARDIM,

Destarte, um crime consumado em São Paulo ou no Rio de Janeiro, ainda que tenha alguma relação com a corrupção no âmbito da Petrobras S.A., não tem por que ser processado e julgado pelo juiz Dr. Sérgio Moro, em novo processo. Este crime, ainda que fosse conexo com o primeiro, o qual determinou a competência deste magistrado, não mais poderá ser processado e julgado juntamente com aquele originário. Vale dizer, não cabe ampliar a competência da 13ª Vara Federal de Curitiba para processar e julgar crimes consumados fora de sua seção judiciária. Tal ampliação de competência não se justifica, na medida em que não mais é possível a unidade de processo e de julgamento conjunto. É até mesmo intuitivo.²⁹³

Todos, absolutamente todos os fatos imputados ao ex-presidente LULA teriam ocorridos no Estado de São Paulo. Qual razão, então, indaga a Defesa, *“está a explicar o motivo de todos esses fatos serem investigados e julgados em Curitiba, no Estado do Paraná? Megalomania jurisdicional? “Pantagruelismo” judicante?”*

b) da incompetência para julgar crimes cometidos contra sociedades de economia mista

Em relação às acusações de corrupção imputadas ao ex-presidente LULA, nota-se que decorreriam de três contratos firmados entre o Grupo OAS e a Petrobras, de igual modo

²⁹³ Disponível em: < <https://dialogosessenciais.com/2017/02/07/equivocos-em-relacao-a-competencia-do-juiz-sergio-moro-na-chamada-operacao-lava-jato-por-afraanio-silva-jardim/>

às lavagens de dinheiro teriam como crimes antecedentes os praticados em detrimento da própria Petrobras (sociedade de economia mista).

Destacou a Defesa em alegações finais que sendo “*a Petrobras sociedade de economia mista, conforme artigo 61 da lei instituidora vigente – Lei nº 9478/97 –, e possuindo personalidade jurídica de direito privado, não compete à Justiça Federal julgar os supostos crimes praticados em seu detrimento*”.

A jurisprudência, inclusive do Excelso Supremo Tribunal Federal, é farta no que se refere à competência para julgamento em relação a casos em que envolve sociedade de economia mista.

Embora os crimes imputados pela acusação, em tese, tenham sido praticados no âmbito da Petrobras – o que poderia levar a crer num eventual interesse da União que poderia justificar a competência da Justiça Federal - necessário destacar que “*todos os eventuais fatos envolveram apenas particulares*”.

2- Da suspeição do juiz Federal Titular da 13ª Vara Federal de Curitiba-PR

Segundo o Código de Processo Penal:

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

*I - por **incompetência, suspeição** ou suborno do juiz;*

Ficou evidenciado durante todo o processo que o juiz Federal Titular da 13ª Vara Federal de Curitiba-PR possui inimizade capital com a parte (art. 254, I do CPP), como também perdeu a imparcialidade necessária para julgar o ex-presidente LULA.

Nota-se que inúmeras medidas tomadas contra o ex-presidente LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, que vão desde a desnecessária e arbitrária condução coercitiva de LULA até o levantamento do sigilo de diálogos gravados ilegalmente entre o ex-presidente LULA e a então presidenta da República DILMA ROUSSEFF - com clara violação da competência do Supremo Tribunal Federal - passando, também, pela interceptação telefônica dos terminais de titularidade do ex-presidente LULA, familiares e advogados, com nítida afronta às regras da Lei n. 9.296/96 e à garantia constitucional da inviolabilidade das comunicações (CF/88, artigo 5º, XII), entre outras.

GERALDO PRADO observa que a **Corte de Estrasburgo** assinala que a confiança do cidadão nos Tribunais de Justiça está, em grande parte, baseada no **princípio da imparcialidade**. Em igual sentido tem se pronunciado a Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDH), para qual a parcialidade, sem embargo de observada apenas objetivamente, invalida por completo o processo penal.²⁹⁴

Com toda lucidez, JACINTO COUTINHO afirma que:

democracia – a começar a processual – exige que os sujeitos se assumam ideologicamente. Por esta razão é que não se exige que o legislador, e de consequência o juiz, seja tomado completamente por neutro, mas que procure, à vista dos resultados práticos do direito, assumir um compromisso efetivo com as reais aspirações das bases

²⁹⁴ PRADO, Geraldo. “Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato: para além da iniciativa probatória do juiz”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 24, nº 122, agostos, 2016.

*sociais. Exige-se não mais a neutralidade, mas a clara assunção de uma postura ideológica, isto é, que sejam retiradas as máscaras hipócritas dos discursos neutrais, o que começa pelo domínio da dogmática, apreendida e construída na base da transdisciplinariedade.*²⁹⁵

Verifica-se, nesse diapasão, que o ex-presidente LULA vem sendo tratado pelo juiz Federal SERGIO MORO como *inimigo*, e como *inimigo* é negado a LULA a condição de pessoa. A ele (*inimigo*) é negado os direitos e as garantias fundamentais. De tal modo, o conceito de *inimigo* jamais se compatibiliza com o Estado de direito. O conceito de *inimigo* é próprio de um Estado de exceção ou de uma *guerra*.

Referindo-se ao inimigo no direito penal, ZAFFARONI assevera que:

O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de *peçoas*, dado que os considerava apenas como *entes perigosos ou daninhos*. Esses seres humanos são assinalados como *inimigos* da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente.²⁹⁶

É lamentável para o Estado democrático de direito que - mesmo comprometido politicamente e revelando ao longo de todo o processo sua parcialidade e predisposição em condenar LULA - o juiz Federal da 13ª Vara de Curitiba SERGIO FERNANDO MORO não se deu por **incompetente** e **suspeito** contra todas as evidências, e acabou condenando LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, apesar de estar provada sua INOCÊNCIA. Felizmente, não é sem razão que a Constituição da República assegura o duplo grau de jurisdição a fim de que sentenças teratológicas sejam reformadas, sem prejuízo de recurso próprio, inclusive, às Nações Unidas se assim for necessário.

²⁹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). Crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 11.

VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA: ALTERAÇÃO DA IMPUTAÇÃO E NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA DE LULA

Liana Cirne Lins*

Introdução

O princípio da congruência ou princípio da correlação entre a imputação e a sentença é um dos mais relevantes elementos asseguradores da imparcialidade ínsita à garantia do juiz natural.

Sob a cláusula geral do devido processo legal, cláusula essa que foi historicamente construída como resposta à formação do monopólio da jurisdição pelo estado²⁹⁷, com consequente retirada do direito imanente a cada pessoa de defender-se contra ataques injustos por meio da autotutela, vedada e criminalizada para assegurar o monopólio da jurisdição estatal.

Com a vedação da autotutela, o Estado teve que assegurar, em contrapartida, um processo justo, com direito à defesa e participação das partes por meio de produção de provas e argumentos que devem ser levados em consideração na decisão, necessariamente examinados por um juiz imparcial²⁹⁸.

A imparcialidade não é o um status inerente à profissão de juiz: é um exercício de distanciamento crítico diante do objeto do seu julgamento. Tampouco é a imparcialidade é um mero topos retórico, mas efetivamente um pressuposto processual de validade que condiciona a atividade jurisdicional.

Na era do declínio da imparcialidade em nome de um ativismo judicial midiático, não é demais lembrar uma das mais importantes noções de teoria geral do processo: o *proprium* da jurisdição é a imparcialidade, conforme clássica lição de Chiovenda²⁹⁹.

O que justifica o poder do estado de dizer, em última instância e mediante uso da força, como devem as pessoas comportarem-se é o fato de que o estado o faz impondo o direito ao caso concreto de modo isento.

Se ao estado fosse permitido impor comportamento sem observância do devido processo legal e sem garantia de um juiz natural e imparcial, estaríamos diante de um

* Liana Cirne Lins é professora adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Doutora em Direito Público (UFPE) e Mestre em Instituições Jurídico-Políticas (UFSC). Advogada. Colunista da Mídia Ninja.

²⁹⁷ A segurança jurídica que se consolidou paulatinamente não se deu à revelia de um processo que coincidiu com a progressiva concentração das atividades inerentes à jurisdição pelo príncipe. Ao contrário, a formação histórica do monopólio da jurisdição correspondeu desde sempre à necessidade de ampliação dos poderes do príncipe. A associação entre a segurança jurídica e o primado da lei atendeu a interesses historicamente demarcados à superação do pluralismo jurídico de cunho feudal aos quais atendia uma escola da exegese que acreditava que o sentido da lei era um dado acabado e anterior à interpretação. Cf. WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 621 e ss.

²⁹⁸ MARTEL, Letícia dos Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo: Razão abstrata, função e características de aplicabilidade*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 16 e ss.

²⁹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoles: Jovene, 1965, p. 296.

modelo de organização estatal de cunho autoritário, marcado pela resolução de conflitos mediante uso de força bruta.

A teoria do processo cria então subprincípios capazes de conferir materialidade aos seus princípios mais gerais. É o caso da proibição de inovação em relação ao pedido de prestação jurisdicional, vedadas decisões *extra, ultra* e *citra petita*:

A razão fundamental que legitima o princípio dispositivo é a preservação da imparcialidade do juiz, pressuposto lógico do próprio conceito de jurisdição. Dificilmente teria o julgador condições de manter-se isento e imparcial, se a lei lhe conferisse plenos poderes de iniciativa probatória, pois, à medida em que o magistrado abandonasse a condição de imparcialidade que a função jurisdicional pressupõe, para envolver-se na busca e determinação dos fatos da causa, de cuja prova a parte se haja desinteressado, certamente ele poderia correr o risco de comprometer a própria imparcialidade³⁰⁰.

Em sentido idêntico, clássica lição da teoria do processo:

É verdade que o juiz pode dar definição jurídica diversa ao fato delituoso em que se funda a acusação, ainda que daí derive a aplicação de pena mais grave. Mas nesses casos, **observado o contraditório**, não se caracteriza julgamento *ultra petita* e sim a livre dicção do direito objetivo pelo juiz, em virtude do conceito *jura novit curia*. **O que efetivamente vincula o juiz, delimitando o campo de seu poder de decisão, não é o requerimento de condenação por uma determinada infração penal, mas a determinação do fato submetido à sua indagação**³⁰¹. [grifou-se]

A acusação: Petrobras como epicentro da peça acusatória

A acusação se funda em dois pressupostos fáticos distintos, sendo um antecedente lógico e cronológico do fato posterior.

O primeiro fato reputado criminoso, nos termos da acusação do MPF, seria a participação consciente e voluntária do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva em esquema criminoso de corrupção **envolvendo a PETROBRAS**, em que o mesmo teria solicitado, aceitado promessa e recebido, direta e indiretamente, para si e para outrem, vantagens indevidas, as quais teriam sido, de outro lado e de modo convergente, oferecidas e prometidas por Léo Pinheiro e Agenor Medeiros, executivos do Grupo OAS, **para que estes obtivessem benefícios para o CONSÓRCIO CONPAR, contratado pela PETROBRAS para a execução de TRÊS obras: Refinaria Getúlio Vargas – REPAR (FATO 01); implantação das UHDT's e UGH's da Refinaria Abreu e Lima – RNEST (FATO 02), e para a implantação das UDA's da Refinaria Abreu e Lima – RNEST (FATO 03)**³⁰². Esses três fatos compõem o núcleo essencial que serve de suporte à denúncia do MPF.

Por mais vagos que se mostrem, sobretudo quanto à descrição de como tais fatos se passaram, cingindo-se a participação supostamente criminosa do ex-Presidente Lula à presença do mesmo em jantares e reuniões - algo que é da absoluta ordinariade das

³⁰⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Vol. 1. T. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 47.

³⁰¹ CINTRA, Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

³⁰² Cf. Denúncia do MPF, fls. 50. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/DENUNCIALULA.pdf>. Acesso em 01/07/2017.

atribuições de um chefe do executivo federal e não autorizaria, nem mesmo com os dotes imaginativos dignos de um roteiro de David Lynch, a conclusão de que Lula haveria comandado o esquema de corrupção em questão -, ainda assim **a denúncia, quanto ao crime de corrupção, foi claramente delimitada àqueles três eventos diretamente ligados a Petrobras.**

Como fato criminoso posterior, decorrente do primeiro, haveria o crime de lavagem de dinheiro. Às fls. 94 da peça acusatória, o Ministério Público Federal (MPF) apresenta no item 3.2., sob o título “Da corrupção e da lavagem de dinheiro por intermédio da aquisição, personalização e decoração de triplex no Condomínio Solaris no Guarujá/SP”, como suporte fático que serve de fundamento à sua pretensão condenatória quanto aos réus Lula e Marisa Letícia, os fatos de que esses teriam recebido vantagem indevida, dissimulado e ocultado a origem, a movimentação, a disposição e a propriedade de R\$ 2.424.990,83369 **provenientes dos crimes de cartel, fraude a licitação e corrupção praticados pelos executivos da Construtora OAS em detrimento da PETROBRAS**, por meio (i) da ocultação da propriedade do apartamento 164-A do Condomínio Solaris; (ii) da transferência de R\$ 926.228,82371, para fazer frente às reformas estruturais e de acabamento realizadas no imóvel; (iii) da transferência de R\$ 350.991,05372, para custear a aquisição de móveis de decoração e de eletrodomésticos para o referido apartamento³⁰³.

O fato posterior - lavagem de dinheiro - seria um conseqüente lógico do primeiro fato reputado criminoso, qual seja, a corrupção junto à Petrobras.

A sentença: condenação de Lula sem reconhecimento de que vantagens indevidas teriam provindo da Petrobras

A despeito da delimitação fática que fundamenta a denúncia ser precisa quanto aos fatos criminosos dizerem respeito diretamente à Petrobras, especificamente em relação a três contratos acima referidos, o juiz Sérgio Moro entendeu que tais fatos não deveriam ser objeto de dilação probatória, pois interpretou que tais fatos, embora não apenas componham expressamente a denúncia, mas sejam seu eixo central, não seriam relevantes.199. Na decisão de 28/10/2016 (evento 114), as perícias foram indeferidas pois **"não há afirmação, em princípio, na denúncia de que exatamente o dinheiro recebido pelo Grupo OAS nos contratos com a Petrobrás foi destinado especificamente em favor do ex-Presidente"**³⁰⁴.

Ora, a citação textual da denúncia, nos termos em que formulada pelo MPF, é o oposto do que afirma o juiz. Como visto, há afirmação de que Lula teria participado de modo consciente e voluntário “dos crimes de cartel, fraude a licitação e corrupção praticados pelos executivos da Construtora OAS em detrimento da PETROBRAS”. Entretanto, em sede de decisão de embargos de declaração opostos à sentença, o juiz Sérgio Moro tornou mais reluzente seu entendimento:

³⁰³ Cf. Denúncia do MPF, fls. 94. Disponível em:

<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/DENUNCIALULA.pdf>. Acesso em 01/07/2017.

³⁰⁴ Cf. Sentença, fls. 38. Disponível em: http://conteudo.imguol.com.br/c/noticias/pdf/sentenca_lula.pdf. Acesso em 12/07/2017.

Este Juízo **jamais afirmou**, na sentença ou em lugar algum, **que os valores obtidos pela Construtora OAS nos contratos com a Petrobrás foram utilizados para pagamento da vantagem indevida para o ex-Presidente**.

Aliás, já no curso do processo, este Juízo, ao indeferir desnecessárias perícias requeridas pela Defesa para rastrear a origem dos recursos, **já havia deixado claro que não havia essa correlação** (itens 198-199).

Nem a corrupção, nem a lavagem, tendo por crime antecedente a corrupção, exigem ou exigiriam que os valores pagos ou ocultados fossem originários especificamente dos contratos da Petrobrás³⁰⁵.

Verdade seja dita. Agora faz um mínimo de sentido o cerceamento do direito de produzir provas requeridas pela defesa: o juiz não havia compreendido a delimitação fática sobre a qual deveria pairar a atividade instrutória.

Conclusão: nulidade absoluta da sentença pela violação do princípio da congruência

Como visto, a atividade judicial cognitiva e declaratória fica estritamente delimitada pelos pedidos da parte e seus fundamentos, delimitando o campo decisório, não cabendo ao juízo modificar os fatos submetidos à sua indagação, sob pena de afronta ao princípio da congruência.

Diante da ausência de provas do envolvimento de Lula na prática e beneficiamento das atividades ilícitas de corrupção ligadas à Petrobras e mesmo com o reconhecimento expresso de que tal prova não seria possível, ao invés de julgar improcedente a denúncia, consequência lógica do que afirmou às fls. 38 da sentença e na decisão dos embargos de declaração, alterou e inovou a denúncia, alterando-lhe os fundamentos fáticos, ao invés de proferir sentença absolutória.

A significativa alteração no plano fático importa em obrigatória abertura de vistas ao Ministério Público para que adite a denúncia e adeque a previsão típica apresentada, sob pena de violação da adstrição entre objeto da sentença e o pedido da ação penal.

Poderia o juiz ter intimado o MPF para que este se manifestasse acerca da oportunidade ou não de promover a *mutatio libelli* prevista no art. 384 do CPP ou mesmo nova ação criminal, ajustada aos fatos que o juiz reconheceu, cabendo ao órgão ministerial exercitar sua *opinio actio*. Mas jamais poderia ter suprimido a iniciativa ministerial, agindo, a um só tempo, como acusador e julgador, como o fez, alterando por iniciativa própria os termos da imputação.

Ao assim fazer, violou o princípio inafastável da congruência, garante da imparcialidade, e colocou-se duplamente no lugar de acusador e julgador, sendo írrita a sentença assim proferida, posto que absolutamente nula a decisão.

³⁰⁵ Item 3.g da decisão em embargos de declaração opostos contra a sentença. Disponível em: <http://estaticog1.globo.com/2017/07/18/Evento981-DESPADEC1.pdf>. Acesso em: 19/07/2017.

O SUPEREU A SER SUPERADO

Luís Carlos Moro*

1. Os limites do presente artigo e a ilimitação da sentença.

Em meio a uma obra de tamanha largueza, para a qual contribui uma miríade de juristas, composta, em grande maioria, por colegas de notório conhecimento específico na matéria penal, considerando as naturais limitações de quem se dedica, prioritariamente aos direitos humanos e, em especial, ao direito do trabalho, optei, entre inúmeras possibilidades, por um corte propositadamente muito redutor dos limites do se que poderia trabalhar em relação à sentença condenatória lançada nos autos da Ação Penal 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, na qual o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva é um dos corréus.

Houve, assim, uma dupla contenção, para adequação ao formato e conteúdo da obra na qual se insere este artigo: Fui contido pela minha ignorância específica e contive-me pela necessidade de guardar postura cautelosa e respeitosa para com todos os envolvidos, inclusive ao magistrado sentenciante, com quem, esclareço desde logo, não mantenho laços de parentesco, amizade ou proximidade, nem qualquer ânimo negativo.

O título do artigo parece provocação, mas não é. Não se destina à pessoa do julgador, mas à análise da própria sentença, como produto de seu trabalho intelectual, segundo aspectos de sua estrutura e uma possível correlação com as estruturas da psique humana.

Pincei, então, um aspecto colateral, que parece pequenino, mas que bem demonstra que estamos diante de um caso paradigmático para estudo de psicologismo jurídico, a partir da revelação de certas minudências psíquicas de que se reveste a sentença.

Trabalharei um aspecto que me parece interessante, a partir de uma comparação cuja propriedade, ainda que duvidosa, servirá para realçar um ponto do julgado que há de ser superado em instâncias superiores: o *supereu*, valendo-me do sinônimo de *superego*, de conformidade com o conceito proposto por Sigmund Freud.

Ao final, pretendo sustentar a possibilidade de que toda e qualquer sentença seja composta por aspectos estruturais decorrentes de lei, assim como da estrutura da psique humana, que contribui decisivamente para a dedução de um silogismo a partir de dados e construídos. Assim, sentença é silogismo em que também estão presentes as estruturas psíquicas da pessoa, seja na forma, seja no conteúdo.

Descendo, ao fim, à especificidade desta sentença, convido o leitor a se perguntar se não teria ela se pautado por uma construção que passa ao largo da realidade jurídica que subjaz como estrutura para lastrear as condenações criminais nela constantes e se não há elementos para constatar que alguns traços de uma moralidade própria do magistrado, por ele construída e nele refletida, a partir de ilações, *loopings* e saltos ornamentais de duvidoso silogismo, apartado da realidade jurídica. E os consulto, no sentido de questionar se tais aspectos acabaram por inocular na sentença a projeção de uma moralidade toda própria, fora dos limites da norma legal, como se estivéssemos

* Advogado.

diante do espelhar de seu superego na sentença, que, em se tratando de decisão judicial, dela talvez não devesse constar.

2. Id, ego e superego.

Sabe-se que a psique humana está assentada em três estruturas, identificadas e muito bem delineadas na obra do gênio austríaco: id, ego e superego, este último também chamado supereu.

Segundo a teoria freudiana, em síntese cujo risco, ao comprimir exageradamente uma das mais belas construções teóricas do Século XX, assumo, o id é a estrutura mais primitiva da psique humana.

Ali reside de um modo ainda desorganizado o controle dos desejos, dos impulsos, das pulsões agressivas e sexuais. É um dado, algo que recebemos pronto desde o nascimento.

Já o ego é um construído. Constitui a parte estrutural da personalidade que foi organizada pela pessoa ao longo de sua experiência de vida. Responde pelas funções defensivas, executivas e cognitivas da pessoa. Assim, enquanto o id estabelece o controle de impulsos instintivos e lida com a auto-satisfação e o prazer, o ego trabalha com a realidade circundante.

E se o ego trabalha na psique com a realidade, há, por outro lado, uma consciência moral que subjaz na mente, igualmente construída e cujo conteúdo resulta do depósito de valores morais que se edificam no indivíduo ao longo de sua vida. Trata-se do superego ou supereu.

O superego ou supereu é uma instância dinâmica do aparelho psíquico. É a sua parte moral, em que se projetam valores hauridos da sociedade. Decompõe-se em dois subsistemas. O ideal do ego, que determina o bem a ser procurado e a consciência moral, que fixa o mal a ser evitado.

Os objetivos do superego são inibir os impulsos do id contrários às regras e ideais por ele impostos, o que também se chama de consciência moral; impor ao ego um comportamento moral, e estimular o indivíduo a conduzir-se segundo o ideal do ego, ou seja, conforme a sua própria noção de perfeição.

3. A sentença e sua estrutura

A sentença judicial também é algo que tem sua estrutura. No âmbito do direito penal, disciplina-a o artigo 381 do Código de Processo Penal, que é de franciscana pobreza quanto à fixação de requisitos formais de validade. Mas dentro da estrutura formal de uma sentença, releva notar a “indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”, constante do inciso III.

E impressiona notar como o julgamento foi gizado por indicação de motivos que extravasam limites subjetivos e objetivos da lide.

Não teremos aqui oportunidade de minudenciar essa vertente de análise, mas vale a pena instar o leitor a pensar que espécie de valores morais ou de sentimentos pessoais teriam lastreado as seguintes afirmações que buscam afetar quem não é parte e, portanto, não integra a lide.

“57. Os questionamentos sobre a imparcialidade deste julgador constituem mero diversionismo e, embora sejam compreensíveis como estratégia da Defesa, não deixam de ser lamentáveis já que não encontram qualquer base fática e também não têm base em argumentos minimamente consistentes, como já decidido, como visto, pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região.”

“58. Na linha da estratégia da Defesa de Luiz Inácio Lula da Silva de desqualificação deste julgador, por aparentemente temerem um resultado processual desfavorável, medidas questionáveis foram tomadas por ela fora desta ação penal.”

“59. Assim, por exemplo, o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, assistido pelos mesmos advogados, promoveu queixa crime por abuso de autoridade e ainda por quebra de sigilo sobre interceptação telefônica contra o ora julgador perante o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região.”

“65. Mais uma vez, repita-se, trata-se de mero diversionismo adotado como estratégia de defesa. Ao invés de discutir-se o mérito das acusações, reclama-se do juiz e igualmente dos responsáveis pela Acusação.”

“72. Não desconhece este Juízo as controvérsias jurídicas em torno da condução coercitiva, sem intimação prévia.

“105. Embora, em princípio pudesse ser considerada válida até mesmo a autorização para interceptação do referido terminal, ainda que fosse do escritório de advocacia, já que o sócio principal, Roberto Teixeira, era investigado e dele usuário, a autorização concedida por este Juízo tinha por pressuposto que o terminal era titularizado pela empresa do ex-Presidente e não pelo escritório de advocacia.”

“107. É fato que, antes, a operadora de telefonia havia encaminhado ao Juízo ofícios informando que as interceptações haviam sido implantadas e nos quais havia referência, entre outros terminais, ao aludido terminal como titularizado pelo escritório de advocacia, mas esses ofícios, no quais o fato não é objeto de qualquer destaque e que não veiculam qualquer requerimento, não foram de fato percebidos pelo Juízo, com atenção tomada por centenas de processos complexos perante ele tramitando. O que este julgador tinha presente é que o terminal, como consta no cadastro CNPJ e nos autos de interceptação, era da LILS Palestras.

“110. De se lamentar que, pelo fato da LILS Palestras indicar em seu cadastro no CNPJ o telefone de contato de escritório de advocacia, possam ter sido equivocadamente interceptados telefonemas estranhos à investigação, mas, se isso ocorreu, tais diálogos sequer foram selecionados como relevantes, preservando-se o seu conteúdo.”

“121. É certo que o eminente Ministro Teori Zavascki, na decisão datada de 13/06/2016 na Reclamação 23.457, quando concedeu liminar para avocar o processo de interceptação, utilizou palavras duras contra a decisão do Juízo de levantamento do sigilo sobre os autos.

122. Entretanto, quando, em seguida, submeteu a liminar à ratificação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, não mais fez qualquer referência à suposta atuação arbitrária do magistrado ou à necessidade de qualquer espécie de responsabilização. No mesmo sentido, nada foi afirmado a esse respeito pelos seus pares, os demais eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal quando da ratificação da liminar em 31/03/2016.”

125. No entendimento deste julgador, respeitando a parcial censura havida pelo Ministro Teori Zavascki, o problema nos diálogos interceptados não foi o levantamento do sigilo, mas sim o seu conteúdo, que revelava tentativas do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva de obstruir investigações e a sua intenção de, quando assumisse o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, contra elas atuar com todo o seu poder político ("eles têm que ter medo").

126. Não deve o Judiciário ser o guardião de segredos sombrios dos Governantes do momento e o levantamento do sigilo era mandatário senão pelo Juízo, então pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda que, em respeito à decisão do Supremo Tribunal Federal, este julgador possa eventualmente ter errado no levantamento do sigilo, pelo menos considerando a questão da competência, a revisão de decisões judiciais pelas instâncias superiores faz parte do sistema judicial de erros e acertos."

"128. Reclama ainda a Defesa de Luiz Inácio Lula da Silva que a "guerra jurídica" estaria caracterizada pela realização pelos Procuradores da República de uma entrevista coletiva, em 14/09/2016, na qual teriam atacado a imagem do ex-Presidente ao explicar o conteúdo da denúncia.

129. Sobre esta questão, este Juízo já rejeitou a exceção de suspeição promovida pela Defesa contra os Procuradores da República subscritores da denúncia e participantes da aludida entrevista coletiva, com cópia no evento 335. Remete-se ao ali exposto.

130. Ainda que eventualmente se possa criticar a forma ou linguagem utilizada na referida entrevista coletiva, isso não tem efeito prático para a presente ação penal, pois o que importa são as peças processuais produzidas.

131. Ainda que eventualmente se possa entender que a entrevista não foi, na forma, apropriada, parece distante de caracterizar uma "guerra jurídica" contra o ex-Presidente."

"132. Por fim, ainda sobre a afirmada "guerra jurídica", seria ela também decorrente da "instrumentalização da mídia" ou estaria sendo realizada "com apoio de setores da mídia tradicional".

133. Em ambiente de liberdade de expressão, cabe à imprensa noticiar livremente os fatos. O sucessivo noticiário negativo em relação a determinados políticos, não somente em relação ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, parece, em regra, ser mais o reflexo do cumprimento pela imprensa do seu dever de noticiar os fatos do que alguma espécie de perseguição política a quem quer que seja. Não há qualquer dúvida de que deve-se tirar a política das páginas policiais, mas isso se resolve tirando o crime da política e não a liberdade da imprensa.

134. Entre os fatos recentes, encontra-se um escândalo criminal com prejuízos de corrupção estimados em cerca de seis bilhões de reais pela própria Petrobras e que teria ocorrido durante os mandatos do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e de sua sucessora. É natural, no contexto, que a imprensa tenha notícias para divulgar.

135. De todo modo, este Juízo não controla e não pretende controlar a imprensa, nem tem qualquer influência em relação ao que ela publica."

“138. No fundo, portanto, é mais uma tentativa de diversionismo em relação ao mérito da acusação e de apresentar o ex-Presidente como vítima de uma "guerra jurídica" inexistente”.

“142. Pontualmente, o Juízo ainda foi ofendido pelos defensores, como se verifica em alguns trechos desses lamentáveis episódios.(...)”

“144. Mesmo a reclamação da Defesa de Luiz Inácio Lula da Silva de que teria sido ofendida pelo depoente José Afonso Pinheiro e de que o Juízo teria permanecido inerte é improcedente. A ofensa de fato ocorreu (evento 426), mas partiu de pessoa simples que afirmou ter perdido o emprego por conta da questão envolvendo o apartamento(...)”

“145. Nesse contexto de comportamento processual inadequado por parte da Defesa de Luiz Inácio Lula da Silva, é bastante peculiar a reclamação dela de que este julgador teria agido com animosidade contra os defensores em questão.”

“149. Apesar do disposto nos tópicos anteriores quanto as medidas processuais questionáveis tomadas pela Defesa de Luiz Inácio Lula da Silva contra o ora julgador e ainda quanto ao comportamento processual inadequado dela e ainda da Defesa de Paulo Tarciso Okamoto, cumpre ressaltar que estes fatos não afetam a imparcialidade deste Juízo.”

“151. Ilustrativamente, o juízo é absolutório em relação a Paulo Tarciso Okamoto e isso apesar do comportamento inadequado do defensor.

152. Em qualquer caso, em relação a essas medidas processuais questionáveis e ao comportamento processual inadequado, vale a regra prevista no art. 256 do CPP ("a suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la").”

“251. Quem, em geral, vem criticando a colaboração premiada é, aparentemente, favorável à regra do silêncio, a omertà das organizações criminosas, isso sim reprovável. Piercamilo Davigo, um dos membros da equipe milanese da famosa Operação Mani Pulite, disse, com muita propriedade: "A corrupção envolve quem paga e quem recebe. Se eles se calarem, não vamos descobrir jamais" (SIMON, Pedro coord. Operação: Mãos Limpas: Audiência pública com magistrados italianos. Brasília: Senado Federal, 1998, p. 27).”

“304. Na resolução desta questão, não é suficiente um exame meramente formal da titularidade ou da transferência da propriedade.

305. É que, segundo a Acusação, a concessão do apartamento ao ex-Presidente teria ocorrido de maneira subreptícia, com a manutenção da titularidade formal do bem com o Grupo OAS, também com o objetivo de ocultar e dissimular o ilícito.”

“437. O ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi confrontado com essas contradições no interrogatório judicial e, apesar das inapropriadas intervenções de sua Defesa no momento, não logrou explicá-las satisfatoriamente:”

“438. São, é certo, contradições circunstanciais, mas dizem respeito a aspectos relevantes, sobre a reforma do apartamento e quem e quando se tomou a decisão de não adquirir o imóvel.(...)”

“442. Em vista da relevância da afirmada reunião para o álibi do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, causa certa estranheza ela não ter sido mencionada por ele no depoimento prestado em 04/03/2016 perante a autoridade policial (evento 3, comp75)”

“464. Afinal, porque a OAS realizaria reformas personalizadas no apartamento se não fosse para atender um cliente específico?”

“477. Não se trata aqui de levantar indícios de que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e sua esposa Marisa Letícia Lula da Silva eram os proprietários de fato do imóvel consistente no apartamento 164-A, triplex, do Condomínio Solaris, no Guarujá.”

“480. A única explicação disponível para as inconsistências e a ausência de esclarecimentos concretos é que, infelizmente, o ex-Presidente faltou com a verdade dos fatos em seus depoimentos acerca do apartamento 164-A, triplex, no Guarujá.”

“541. A mensagem não são tão conclusivas, mas são mais um elemento probatório que revelam que, mesmo antes de 2014 - as mensagens são datadas de 06/09/2012 - já havia uma preocupação, no âmbito da OAS Empreendimentos, com o apartamento 164-A, do Condomínio Solaris. Também é mais um elemento probatório documental que revela a inconsistência dos álibis do ex-Presidentes Luiz Inácio Lula da Silva segundo os quais somente em 2014 a ele foi ofertado o apartamento 164-A, triplex, no Condomínio Solaris.”

“593. Assim, há depoimentos no sentido de que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e sua esposa Marisa Letícia Lula da Silva eram os proprietários ou eram tratados como proprietários do apartamento 164-A, triplex, do Condomínio Solaris, e há depoimentos no sentido de que eram potenciais compradores.

594. No primeiro sentido, encontram-se os depoimentos de Mariuza Aparecida da Silva Marques, José Afonso Pinheiro, José Adelmário Pinheiro Filho, Paulo Roberto Valente Gordilho, Roberto Moreira Ferreira e Agenor Franklin Magalhães Medeiros. Em certa medida, também o de Rosivane Soares Cândido, embora ela tenha ouvido comentários de terceiros a esse respeito.

595. No segundo sentido, encontram-se os depoimentos de Luiz Inácio Lula da Silva, Igor Ramos Pontes, Genésio da Silva Paraíso, Valmir Soares da Silva, Fábio Hori Yonamine e Paulo Tarciso Okamoto. Ressalve-se, porém, que mesmo Igor Ramos Pontes, Genésio da Silva Paraíso e Fábio Hori Yonamine reconhecem, utilizando as palavras do último, que as reformas do apartamento eram atípicas.”

“597. Apesar da prova oral não ser uníssona, há apenas uma versão dos fatos que é consistente com a prova documental já examinada no tópico II.12.

598. Com efeito e como já se adiantou em relação aos depoimentos do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, as provas documentais sintetizadas no item 418 confirmam a tese da acusação de que o apartamento 164-A, triplex, foi atribuído ao ex-Presidente e a sua esposa desde o início da contratação e que as reformas no imóvel foram feitas para atendê-los especificamente.”

“698. Mesmo não sendo os crimes de cartel e de ajuste fraudulento de licitações objeto específico do presente processo, forçoso reconhecer a existência de prova significativa de que os três contratos da OAS junto à REPAR e à RNEST foram obtidos através deles.”

“786. Que havia influências políticas na nomeação de Diretores da Petrobrás parece algo indiscutível até mesmo na época dos fatos. O fato em si não é, aliás, ilícito.

787. Mas que o Presidente da empresa desconheça que Diretores Executivos estariam sendo substituídos por razões meramente políticas, isso parece algo bastante improvável, colocando em dúvida ou a aptidão dele para o cargo ou a credibilidade de seu depoimento perante este Juízo.”

“801. Parece, aliás, um pouco estranho que, diante da magnitude do esquema criminoso, ilustrado pelo fato da Petrobrás ter reconhecido cerca de seis bilhões de reais em perdas contábeis com corrupção no balanço de 2015, não tivesse o ex-Presidente qualquer conhecimento, máxime porque ele, o esquema criminoso, também teria envolvido utilização de propinas em acertos de corrupção na Petrobrás para financiamento de campanhas eleitorais, inclusive do Partido dos Trabalhadores e pelo qual o ex-Presidente foi eleito e elegeu sua sucessora.

802. Além disso, chama a atenção a ausência de qualquer juízo de reprovação da parte do ex-Presidente em relação a agentes públicos e políticos que, durante o seu Governo, teriam participado do esquema criminoso que vitimou a Petrobrás.”

“803. Foi para melhor entender a relação do ex-Presidente com seus subordinados surpreendidos em práticas criminosas que este Juízo realizou no interrogatório da ação penal (evento 885) perguntas a respeito de sua posição em relação ao esquema criminoso denominado de "Mensalão" cuja existência foi reconhecida, com trânsito em julgado, pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, na Ação Penal 470, com condenações criminais contra expoentes do Partido dos Trabalhadores como José Dirceu de Oliveira e Silva, Delúbio Soares de Castro e João Paulo Cunha. Na ocasião, o Juízo chamou a atenção do acusado para sucessivas entrevistas contraditórias por ele concedidas na imprensa sobre o tema, ora afirmando que teria sido "traído por práticas inaceitáveis", ora afirmando que não havia prova e que a decisão do Supremo Tribunal Federal teria sido política ("o mensalão, o tempo vai se encarregar de provar que o mensalão, você teve 80% de decisão política e 20% de decisão jurídica"), mas não obteve esclarecimentos. As várias entrevistas contraditórias concedidas pelo ex-Presidente sobre os fatos abrangidos pela Ação Penal 470 encontram-se no evento 724, anexo19, anexo20 e anexo22”.

“804. Usualmente, se um subordinado pratica um crime com a ignorância do superior, quando o crime é revelado, o comportamento esperado do superior é a reprovação da conduta e a exigência de que malfeito seja punido. Não se verificou essa espécie de comportamento por parte do ex-Presidente, pelo menos nada além de afirmações genéricas de que os culpados deveriam ser punidos, mas sem qualquer designação específica, como se não houvesse culpados cuja responsabilidade já não houvesse sido determinada, como, no caso, aliás, da Ação Penal 470, com trânsito em julgado. Trata-se de um indício relevante de conivência em relação ao comportamento criminoso dos subordinados e que pode ser considerado como elemento de prova.”

“806. De todo modo, não é necessário no momento decidir se o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi ou não o artífice principal do esquema criminoso que vitimou a Petrobrás. É compreensível, por evidente, que o MPF assim tenha afirmado na denúncia, já que é um argumento destinado ao convencimento do Juízo.

807. Mas, para o julgamento do presente caso, basta verificar se existe prova de sua participação nos crimes de corrupção e lavagem narrados na denúncia, relativos ao três contratos da Petrobrás(...)"

"838. O ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva tinha um papel relevante no esquema criminoso, pois cabia a ele indicar os nomes dos Diretores ao Conselho de Administração da Petrobrás e a palavra do Governo Federal era atendida."

"961. Por fim, registre-se que a presente condenação não traz a este julgador qualquer satisfação pessoal, pelo contrário. É de todo lamentável que um ex-Presidente da República seja condenado criminalmente, mas a causa disso são os crimes por ele praticados e a culpa não é da regular aplicação da lei. Prevalece, enfim, o ditado "não importa o quão alto você esteja, a lei ainda está acima de você" (uma adaptação livre de "be you never so high the law is above you")."

Em todas essas afirmações, projetam-se, para além de aspectos estritamente legais, conteúdos valorativos e de expectativa do juiz, que se coloca como intérprete não da lei, mas dos supostos (por ele) valores da sociedade – ou da parcela da sociedade da qual o magistrado é representativo. E espargindo efeitos para personagens que sequer deveriam constar da sentença, advogados, partícipes de outros feitos, estendendo-se conteúdos objetivos e subjetivos da lide, faz da sentença um momento de catarse do seu leque de expectativas morais.

É dizer, além de um "id" (a estrutura dada por lei) da sentença, do seu ego (as razões de fato e de direito e a indicação dos motivos em que se funda a decisão), parece que aqui funcionou de modo muito nítido o superego da sentença, ou o supereu sentencial: o desejo de promover "o bem" e a vontade de escoimar "o mal".

Foram os valores do supereu, com o ideal do ego, ou seja, a afirmação do que se pretende ser um bem (o combate à corrupção em tese) e a consciência moral do juízo que avultam na sentença.

O Direito Penal, no entanto, não é palco propício para isso.

É importante ressaltar que não se acusa o julgador como indivíduo. Tem ele, como cidadão, direito à defesa de seus valores morais e à livre compreensão do que seja bem e o que seja mal. Respeita-se esse direito.

O que não parece razoável é que esse mecanismo psíquico se traslade para uma sentença criminal.

4. À guisa de conclusão.

A lide, para o juiz, deve ser um dado – e não um construído. É dizer: o juiz, ao menos em tese, não deve participar da relação processual senão como um personagem a ela externo, incidental, que não precisa ser necessariamente neutro, mas há de ser imparcial.

O construído da sentença deve decorrer de um processo lógico de dedução. Identificar a lide, apreender os fatos, colher a prova e, por meio de subsunção dos fatos ao direito, estabelecer um resultado que a componha de modo a ostentar diversos atributos que infundam em todos respeito e consideração à decisão como justa e razoável, independentemente de ser, como produto do Estado, dotada de força coercitiva. O importante aqui é dizer que a lide é um dado e a construção da sentença há de pautar-

se em um conjunto de normas e valores que não permitem uma projeção excessiva de aspectos que atinem ao superego do julgador, que, com a emissão do julgado, profere um documento cujo conteúdo moral vai além da relação processual.

Muito interessante, nesse sentido, a análise do uso do verbo poder na sentença, que surge nada menos do que 187 vezes no documento, que chega a cogitar de que teria sido o juízo ameaçado pelo réu mais conhecido, pelo seu suposto poder atual e futuro, sem que houvesse nenhuma razão objetiva para tanto. Há poderes e temores implícitos e explicitados na decisão.

O parágrafo 961 também é significativo, quando registra o julgador que a condenação não lhe traz qualquer satisfação pessoal.

Antes disso, vale-se de uma afirmação de um blog de O Estado de São Paulo para afirmar, no parágrafo 958 da sentença, que o Presidente esteve “sugerindo que se assumir o poder irá prender os Procuradores da República ou Delegados da Polícia Federal”. Isso sem qualquer relação com os fatos dos autos...

Sobrevaloriza, assim, aspectos da própria subjetividade e aspectos de suposta subjetividade alheia, centrados na figura do acusado, transformando a sentença penal numa oportunidade de exercício de autorreferência, indo muito além dos limites subjetivos da lide.

Há, pelo menos, dois *loopings* nos autos: a atribuição de propriedade a quem não é e nem poderia ser proprietário do imóvel, aspecto jurídico de relevo que se abandona explicitamente no parágrafo 304. O segundo salto ornamental parece ter sido dado no parágrafo 838, em que se atribui ao Presidente da República a responsabilidade por todo e qualquer malfeito de eventuais diretores pela singela circunstância de ser responsável final por suas indicações ao Conselho de Administração da Petrobrás.

Ambos parecem encontrar explicação fora dos limites do direito. Com máximo respeito pela atividade do julgador, a causa provável de tal elasticidade interpretativa reside muito provavelmente no campo do superego projetado na sentença. E justiça, aqui, seria de fato escoimar esses efeitos da projeção do superego do sentenciante na sentença prolatada. Superar o superego da sentença exarada.

A INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NA SENTENÇA CONDENATÓRIA DO EX-PRESIDENTE LULA NA REPÚBLICA DE CURITIBA

Luiz Fernando Azevedo *

Rogério Borba **

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, estabelece em seu artigo 93, IX, *in fine*, que as decisões judiciais³⁰⁶ deverão ser fundamentadas, sendo uma garantia ínsita ao processo, que assegura às partes o direito de serem ouvidas e de terem apreciadas as provas e argumentos por elas trazidos aos autos. Mais do que isso, dá às partes o motivo da decisão, tornando a mesma inteligível, seja para o convencimento de seu acerto ou mesmo contestação de seu conteúdo. Afirma-se que a função da fundamentação das decisões judiciais é política, posto que possibilite seu controle externo, ou seja, a motivação das decisões não é mais direcionada apenas às partes e ao juiz, mas à sociedade como um todo.

Para além do discurso raso de que a sentença condenatória do Ex- Presidente Luiz Inácio Lula da Silva não pode ser criticada, apenas aceita e cumprida, deve-se compreender que a sentença é o ápice de um procedimento que, embora conduzido por um juiz com a participação das partes e terceiros interessados e legitimados, repercute em toda a

* Graduando em Direito na PUC-Rio, atuou como Coordenador de Integração Externa do Centro Acadêmico Eduardo Lustosa (CAEL), Dirigente do DCE da PUC-Rio, Diretor Deliberativo e Tesoureiro da CORED-RJ, militante do movimento Amanhecer Contra a Redução da Maioridade Penal. Atualmente está Coordenador Geral do Coletivo ENED-Rio (sede administrativa do XXXVIII Encontro Nacional de Estudantes de Direito).

** Doutor em Sociologia na UCAM, Mestre em Direito na UniFLU, Bacharel e Especialista em Direito pela UCAM. Ex-Conselheiro da OAB-RJ, Ex-Diretor do Sindicato dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito na UNESA, UniCarioca e IBMEC. Membro do IAB, ALDRJ e do Setorial Jurídico do PSOL RJ.

³⁰⁶ Para a construção das decisões judiciais criou-se uma teoria do ordenamento jurídico, onde três elementos o compõem: unidade, coerência e completude. Entende-se por unidade como uma norma fundamental pressuposta, construída por um poder legislativo eleito pelo povo, que teria o poder originário de determinar a norma jurídica, devendo o juiz apenas a aplicar. Coerência busca evitar a ocorrência de antinomias, buscando critérios para identificação e para solução. Como critério de identificação surge a lógica jurídica, cujos princípios são a identidade e a não-contradição, havendo uma ideia contraditória, do realismo jurídico, que defende a inexistência de lógica, sendo uma técnica de camuflagem da real vontade do legislador através da sentença. Já a completude busca a previsão de normas que possam solucionar todos os fatos da vida. Surge então uma discussão na doutrina acerca da possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, entre as pessoas, em um plano horizontal, pois integram o ordenamento jurídico e, em razão de sua ascendência hierárquica, determinariam o resultado da decisão, conferindo o resultado almejado pelo legislador. Ocorre que os direitos fundamentais não podem ser invocados em qualquer caso, como já decidido em diversos casos pelos tribunais. Se assim fosse, entendem os julgadores, tal atitude vulgarizaria os direitos fundamentais e não seria conferido o devido valor aos casos limite. Nos casos ordinários, a consideração dos direitos fundamentais já foi feita, a princípio, pelo legislador, devendo ser resolvido pela forma ordinária. Havendo igualdade entre as partes não há que se falar em interferência dos direitos fundamentais. Em havendo desequilíbrio, ainda há normatização ordinária para corrigir tal distorção, só se aplicando aos casos limite os direitos fundamentais. O ponto principal da discussão é verificar a validade/constitucionalidade da regra, seja pública ou privada, e se ela atende ou não os preceitos fundamentais.

sociedade, consistindo garantia não só processual como constitucional o respeito aos instrumentos constituídos para a sua construção, sob pena de comprometer (ainda mais) o Estado (Democrático) de Direito.

As decisões judiciais são tomadas também com fundamento em argumentos, que não derivam diretamente do texto normativo, sem que com isso se fira o princípio da legalidade. Este processo de interpretação/aplicação é potencializado pela dificuldade referente à passagem da lei ao caso concreto (decisão), ou seja, pelo percurso que vai do geral para o particular, o que acaba colocando em evidencia o problema crucial da razão jurídica, que nutre o essencial das reflexões filosóficas dos juristas contemporâneos. Para sua construção faz-se necessário o preenchimento de duas premissas de justificação: uma externa, obtida em um primeiro momento, e outra externa, obtida em um segundo momento, nas lições de Jerzy Wroblewsky.

A justificação interna se refere à aplicação da técnica para justificação das premissas, tanto normativa quanto fática, para uma conclusão normativa, obtendo uma norma jurídica no caso concreto. Este processo atende a maioria dos casos, visto que se apresentam com uma menor complexidade, não sendo a hipótese da decisão em análise. Ocorre que, em casos mais difíceis, onde não haja unanimidade em sua construção e aplicação, deve-se buscar uma argumentação mais robusta, de forma a lhe conferir legitimidade capaz de garantir o seu cumprimento, chamada de legitimação externa.

Enquanto que na primeira se questiona a inferência das premissas adotadas, sendo uma questão de lógica dedutiva, na segunda a questão é centrada além da lógica em sentido estrito, mas nos elementos que constroem os argumentos, ou seja, na argumentação jurídica das premissas, que lhes garante, ao final, a sua legitimidade. Verifica-se, nas lições de Manuel Atienza, que existem três campos distintos em que podem ocorrer as argumentações: o da produção ou estabelecimento das normas jurídicas, o da aplicação das normas jurídicas e o da dogmática jurídica.

O primeiro pode ainda ser subdividido em dois momentos, quais sejam, uma fase pré-legislativa e outra fase efetivamente legislativa. Na mencionada fase pré-legislativa, a argumentação surge como reação a um problema social, onde a atividade legislativa surge como a solução para um problema enfrentado pela sociedade num determinado local e em determinada época. Percebe-se que, sempre que há um aumento da violência, o poder legislativo sempre se apressa em criar leis mais rígidas, como resposta à sociedade para o mal que lhe aflige. Na segunda fase, eminentemente legislativa, os argumentos apresentados têm uma natureza diversa daqueles utilizados na fase pré-legislativa, pois não levam em conta a moral e a política, mas são pautados por questões técnico-jurídicas.

O segundo campo de argumentação, da aplicação das normas jurídicas, também pode ser dividido entre interpretação dos fatos e interpretação do direito em si. Por certo que ambos servem para solucionar problemas do julgamento de conflitos, porém, são aplicados em momentos diferentes e por atores diferentes. Enquanto que os fatos são analisados pelos tribunais e por autoridades administrativas, bem como por particulares imbuídos de tal atribuição, onde a argumentação jurídica aplicada difere das técnicas usualmente utilizadas, o direito é analisado pelos tribunais superiores, que se

concentram nos casos mais difíceis e de maior repercussão, de forma a proporcionar a devida interpretação do direito de acordo com os valores concernentes à sociedade.

O terceiro âmbito apresentado é o da dogmática jurídica, sendo uma atividade inegavelmente complexa, que, de acordo com Manuel Atienza, possuindo algumas funções, quais sejam, “1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ela ocorre; 2) oferecer critérios para a aplicação do direito; 3) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico”.

As teorias existentes justamente tentam dar conta da segunda função apontada, buscando oferecer argumentos para a tomada de decisão pelo magistrado, para que seja aplicada uma norma ao caso concreto da maneira mais correta. Por certo que, enquanto o juiz lida com caso concreto, de repercussão imediata na vida dos réus e, de forma indireta, na vida da sociedade brasileira, o estudo da dogmática por si só abrange o campo teórico, dos limites entre as normas e sua ponderação.

Por certo que estes dois atores, quais sejam, teóricos e julgadores em geral – aí incluídos outros atores que participam dos processos decisórios – realizam uma interseção tanto na sua atividade quanto na aplicação das técnicas, devendo, certamente, possuir um caráter geral e abstrato no que concerne ao seu fundamento.

Mas este processo passa por um processo de descoberta dos fundamentos e da adoção das teorias aplicáveis ao caso. Como ensina Manuel Atienza, existe uma diferença conceitual entre contexto de descoberta e contexto de justificação das teorias jurídicas. Considera-se contexto de descoberta a atividade de identificar uma teoria, sendo tal procedimento desprovido do uso da lógica, posto que não envolve cognição, mas apenas apreensão de um elemento já existente na natureza, tarefa esta incumbida a cientistas dos campos da história e sociologia, haja vista se tratarem de atividades de observação do desenvolvimento do conhecimento científico gerado e desenvolvido sem a necessidade do uso da razão. Já o contexto de justificação se incumbe de explicar e validar a teoria descoberta, seja para validá-la, seja para descartá-la, por meio da sua exposição com a realidade dos fatos, por meio do uso do método científico.

Neste sentido a decisão em estudo se preocupou apenas com o conceito de descoberta, ao buscar e apresentar teorias que fundamentam a condenação, sem, entretanto, promover minimamente o contexto de justificação, vez que não há o estabelecimento de relação entre fatos com a teoria proposta. Mesmo que redigida de forma aparentemente técnica, não atende aos preceitos científicos da construção de uma sentença.

Outro ponto importante a ser observado é o fato de a decisão judicial poder diferenciar os argumentos gerais dos argumentos jurídicos, onde a crença do julgador é invocada como argumento para a tomada de determinada decisão, sendo considerada como *razão explicativa*, enquanto que, se o julgador apresentar uma interpretação de um tribunal superior sobre determinada matéria, esta será considerada como *razão justificadora*. Cabe ao julgador, no momento da elaboração da decisão, justificar³⁰⁷ a sua

³⁰⁷ O processo de justificação engloba a explicação, sendo esta uma de suas etapas, transcendendo para um conceito de apresentação de todo o processo de construção da decisão, dos elementos que a compõem, bem como, e principalmente, a manifestação da norma jurídica.

decisão e não explicá-la³⁰⁸. Ocorre que, com esta diferenciação, se percebe o processo de produção da decisão judicial objeto de análise, e como esta não se submete ao princípio constitucional vigente³⁰⁹.

Note-se que até o presente momento, preocupou-se com o aspecto interno da ideia, durante a sua concepção, ainda na mente do magistrado. No momento em que ela foi externada, recebe outro nome: proposição ou enunciado. Mas a sua exteriorização se dá por meio do argumento, que é um conjunto de preposições encadeadas por inferências.

Durante o processo de construção da decisão, as afirmações do processo foram traduzidas em argumentos que, em um processo lógico realizado pelo julgador, foram convertidas em uma conclusão que é a norma jurídica (sentença). Ocorre que, por diversas razões, explicadas nos artigos desta obra que tratam dos diversos pontos da sentença, embora as premissas se coadunem com as afirmações, estes não são verdadeiras, ou melhor, não levaram a uma solução razoável. Isto ocorre porque a premissa em que se baseou a afirmação não é verdadeira, pois não se coaduna com a realidade³¹⁰. Por conseguinte, o argumento não é racional, ou seja, não é válido, o que atinge mortalmente a sentença em seu âmago³¹¹.

A fundamentação das decisões judiciais deve estar acima da mera positivação, tratando-se de verdadeiro direito fundamental, impondo-se sua observação e aplicação eficaz, como quesito indissociável da própria dignidade humana. O mencionado Estado Democrático de Direito se caracteriza por defender as instituições democráticas e os direitos fundamentais, além de se basear no direito como fundamentação de legitimidade de todos os atos.

Ao ser consagrado como valor fundamental do sistema, a fundamentação das decisões judiciais implicou, entre outras coisas, a necessidade de justificar a decisão, tanto como elemento de legitimação quanto de convencimento. Convencimento este que não significa assimilação, mas respeito e entendimento.

A democracia se realiza contemporaneamente não na ideia de consenso entre iguais, mas sim num exercício contínuo de convivência entre todos os diferentes, principalmente naquilo sob o qual já não se consegue mais o consenso. O desafio dos indivíduos que buscam no diálogo o procedimento regulatório da resolução de conflitos, só se torna possível em razão do princípio da fundamentação das decisões

³⁰⁸ Quando o julgador utiliza argumentos diversos daqueles eminentemente jurídicos, mesmo que busque um resultado comum, deixa de atender a finalidade da norma constitucional, que é esclarecer às partes do processo o porquê do resultado, dificultando ainda às mesmas, na hipótese de insatisfação com o resultado, de recorrer da maneira mais eficaz. Passa o julgador a realizar um exercício hermenêutico buscando outros meios para explicar a tomada da decisão, abandonando a boa técnica e não utilizando devidamente a legislação vigente.

³⁰⁹ Aliás, nota-se justamente o contrário, uma vez que o juiz, ao decidir no processo em análise, o fez dentro de um juízo de valor ininteligível, passando a buscar uma justificativa para a sua decisão e não o contrário, que seria o correto. A partir do fundamento que se deveria chegar a uma decisão, que obedeceria a lógica jurídica, e não o contrário, comprometendo todo o processo decisório.

³¹⁰ A razão decorre do processo de adoção de ideias, onde uma é a premissa e a outra é a conclusão, sendo a primeira a ideia fundamentadora e a segunda a ideia fundamentada, onde, não confere com a realidade.

³¹¹ Mesmo que fosse adotado o procedimento acima descrito, ou seja, que se possuísse um argumento lógico, o mesmo não seria verdadeiro. Isto porque deve haver a veracidade das premissas e a correção do próprio raciocínio, sendo que a primeira condição cabe aos cientistas dos campos de análise da realidade, enquanto que a segunda condição cabe aos lógicos. A esta primeira condição se chama correção formal e a segunda condição se nomeia correção material dos argumentos. Notadamente o primeiro não foi atendido no caso concreto.

judiciais, pois visa evitar injustiças, bem como estabelecer a verdade e solucionar as diferenças, demonstrando o que é certo em cada caso, construindo-se assim a verdadeira norma jurídica. É justamente assim que se estabelece o pacto de convivência legítima entre os seres humanos.

JURISPRUDÊNCIA SENTIMENTAL E MEDIEVAL: CONDENAÇÃO COM BASE EM SUSPEIÇÃO E NA ANIMOSIDADE AO “INIMIGO DA SOCIEDADE”

Marcelo Neves*

A sentença de condenação do ex-presidente Lula pelo juiz Moro lembra-me uma noção que remonta a Clóvis Bevilacqua e Pontes de Miranda: “jurisprudência sentimental”. A parcialidade é translúcida na linguagem emocional do juiz. Entretanto, com uma certa ingenuidade, o jurista cearense associava a suposta legislação, jurisprudência e doutrina jurídica sentimental no Brasil, em contraposição à jurisprudência dos conceitos e à jurisprudência dos interesses de origem alemã, ao “direito afetivo”, ao “sentimento de liberdade” e aos “impulsos idealistas”³¹². Por sua vez, Pontes de Miranda, ao se referir a essa formação jurídica supostamente vinculada aos sentimentos, embora admitisse os seus elementos “despóticos”, relacionava-a à “benevolência jurídica” e a um “liberalismo excessivo”, com uma interpretação racialista de suas consequências sociais e jurídicas³¹³. Em verdade, expressões como “afetivismo” e “benevolência”, assim como “homem cordial”³¹⁴, atuavam antes de maneira ideologicamente simplificadora, desviando a atenção de problemas referentes a assimetrias, a relações de dependências e de favores, assim como à condição ainda patriarcal no ambiente familiar. E mesmo supondo-se a presença de uma “afetividade” como fator de produção jurídica e aplicação do direito civil, esse traço teria que ser definido como algo contrário ao liberalismo individualista e considerado, sobretudo, na sua dimensão opressora, uma vez que estaria relacionado com o poder arbitrário dos socialmente privilegiados, em detrimento dos mais frágeis³¹⁵.

Ao contrário da noção de “benevolência jurídica”, “tolerância” e “generosidade liberal”, presente na discussão dos mencionados juristas em torno do direito brasileiro no início do Século XX, deparamo-nos agora, na sentença do juiz Moro, com uma sorte de “jurisprudência sentimental” marcada pela “malevolência”, a “intolerância” e a “mesquinhez autoritária”. O magistrado demonstra uma clara animosidade para com o réu. Por exemplo, assumiu, na decisão, uma confrontação pessoal com o próprio condenado, ao afirmar que foi intimidado por ele mediante a propositura de uma queixa-crime contra si e outros, assim como por declarações à imprensa, nos seguintes termos (parágrafo 958): “Como defesa na presente ação penal, tem ele, orientado por seus advogados, adotado táticas bastante questionáveis, como de intimidação do ora julgador, com a propositura de queixa-crime improcedente, e de intimidação de outros agentes da lei, Procurador da República e Delegado, com a propositura de ações de indenização por crimes contra a honra. Até mesmo promoveu ação de indenização contra testemunha e que foi julgada improcedente, além de ação de indenização contra

* Doutor em Direito. Professor da UNB.

³¹² Bevilacqua, Clóvis. “Características do direito pátrio” [1922]. In: *Obra filosófica*. Vol. II: *Filosofia social e jurídica*, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo/Grijalbo, 1975, pp. 185-212, p. 193.

³¹³ Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1981 [1ª ed. 1928], pp. 441 ss.

³¹⁴ Buarque de Holanda, Sérgio. *Raízes do Brasil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio [1ª ed. 1936].

³¹⁵ Neves, Marcelo. “Ideias em outro lugar? Constituição liberal e codificação do direito privado na virada do século XIX para o século XX no Brasil”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 30, nº 88, 2015, pp. 5-27, p. 15

jornalistas que revelaram fatos relevantes sobre o presente caso, também julgada improcedente (tópico II.1 a II.4). Tem ainda proferido declarações públicas no mínimo inadequadas sobre o processo, por exemplo sugerindo que se assumir o poder irá prender os Procuradores da República ou Delegados da Polícia Federal (05 de maio de 2017, “se eles não me prenderem logo quem sabe um dia eu mando prendê-los pelas mentiras que eles contam, conforme <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/se-eles-nao-me-prenderem-logo-quem-sabe-eu-mando-prende-los-diz-lula/>). Essas condutas são inapropriadas e revelam tentativa de intimidação da Justiça, dos agentes da lei e até da imprensa para que não cumpram o seu dever.”

Tal admoestação, em linguagem carregada emocionalmente por aversão ao condenado, como em outras passagens (a exigir uma cuidadosa análise de discurso aplicada à sentença) é inoportuna, pois, sobretudo, foge ao objeto do processo e da sentença. Ao censurar como tática intimidatória a propositura de queixa-crime ou ação contra si, outros agentes públicos, uma testemunha e jornalistas pelo réu, o juiz sugere que este não poderia exercer o seu direito constitucionalmente assegurado de ação e petição, especialmente contra as autoridades públicas. Ao censurar o réu por declarações críticas a autoridades públicas perante a imprensa demonstra uma pretensão de negar-lhe a liberdade de manifestação de pensamento e a liberdade de expressão (CF, art. 5º, incisos IV e IX), espoliar-lhe o direito de falar. Tudo isso, de forma inusitada, expresso “sentimentalmente” na própria sentença, torna questionável a própria parcialidade do magistrado.

Além disso, a relação privada de amigo/inimigo, originalmente vinculada aos afetos (na sua dimensão social), apresenta-se, de forma defensiva, na sua tentativa de justificar a sentença, retirando a dimensão de aversão à pessoa do ex-Presidente. A respeito, é marcante o seguinte trecho do parágrafo 961: “Por fim, registre-se que a presente condenação não traz a este julgador qualquer satisfação pessoal, pelo contrário. É de todo lamentável que um ex-Presidente da República seja condenado criminalmente, mas a causa disso são os crimes por ele praticados e a culpa não é da regular aplicação da lei.”

Sugere um viés próximo à “negação” ou “denegação” [*Verneigung*] em sentido psicanalítico³¹⁶, a exigir uma análise interdisciplinar da sentença entre direito e psicanálise, a referência à falta de “satisfação pessoal” e ao caráter “lamentável” da condenação, em um contexto processual inundado de atos e declarações do magistrado de desprezo pelo réu, como a condução coercitiva espetacular e manifestamente ilegal do ex-Presidente, assim como, da mesma forma, a abusiva divulgação de conversas telefônicas suas e de seus familiares (algumas dela sem nenhuma relação com a matéria do processo), às pressas, para fins de criar comoção social quando de sua nomeação para o cargo de Ministro-Chefe da Casa Civil. Não cabe ao juiz justificar-se, em termos pessoais, de uma decisão condenatória. Essa postura foge a todos os parâmetros da impessoalidade e imparcialidade no exercício da magistratura.

Tal linguagem perpassa toda a sentença e deságua na injustificável afirmação de que “até caberia cogitar a decretação da prisão preventiva do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva” (parágrafo 959), para não a decretar, recomendado pela “prudência” com base

³¹⁶ Conceito formulado originariamente por Freud, Sigmund. “Die Verneigung”. *Imago: Zeitschrift für die Anwendung der Psychoanalyse auf die Geisteswissenschaften*, vol. 11 (3), 1925, pp. 217-21.

na alegação de “que a prisão cautelar de um ex-Presidente da República não deixa de envolver certos traumas” (parágrafo 960). A manifestação de cogitação, nesse contexto, apresenta-se apenas como uma demonstração de força insinuante da fragilidade do condenado, sendo totalmente inoportuna. A prisão justifica-se ou é injustificável. Quando o juiz deixa de decretar uma prisão por seu caráter “traumático”, mesmo admitindo expressamente que ela seria juridicamente merecida, ele estará descumprindo com o seu dever de magistrado, sujeitando-se às penalidades cabíveis.

Mas a “jurisprudência sentimental” do Sr. Moro funciona com uma fachada para encobrir relações sociais subjacentes, onde o condenado é colocado como “inimigo da sociedade”, enfim, um inimigo político. O desprezo privado e emocional do juiz pelo condenado reflete uma situação transsubjetiva em que, de uma maneira autoritária, setores sociais dominantes pretendem reduzir o ex-Presidente à figura de um *homo sacer*, para usar uma figura do direito romano retomada recentemente, sobretudo por Giorgio Agamben³¹⁷: um ser humano sem qualquer lugar na sociedade, plenamente excluído de todos os benefícios sociais e direitos.

Mas a sentença vai além da “jurisprudência sentimental” como expressão de estruturas de privilégios e exclusões. Ela tem um quê de medievalismo jurídico. Passa por cima da obra clássica de Cesare Beccaria, pois, em determinada passagem, nega a individualidade da pena, desconsiderando que “a liberdade política dos homens supõe necessariamente que as penas sejam meramente pessoais”³¹⁸. Ao reagir a um dos argumentos da defesa de que, se tivesse havido crime, teria sido praticado pela esposa do ex-Presidente, não por ele, tendo em vista que apenas ela assinara o documento para a aquisição do imóvel em questão, o juiz é peremptório (parágrafo 829): “Mas é evidente que se tratava de uma iniciativa comum ao casal, pois a propriedade imobiliária transmite-se ao cônjuge, em regime de comunhão de bens”.

Dessa maneira, sugere que o réu casado em regime de comunhão de bens deve ser condenado por que seria beneficiário de uma propriedade que sua esposa teria pretendido adquirir ilicitamente. Desdenha-se, dessa maneira, a regra constitucional de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” (CF, art. 5º, inciso XLV). Evidente é que ninguém pode ser condenado por crime praticado por outro, nem por seu cônjuge, a não ser que haja provas da coautoria. Essa lógica do direito penal moderno parece ser de pouco significado em todo o processo.

Trata-se de condenação baseada em suspeição, conforme a tese da inferência abduativa proposta pelo Procurador da República Deltan Dallagnol e colegas em suas alegações finais no processo, invocando Charles Peirce. Entretanto, a inferência abduativa defendida no realismo científico de Peirce aplica-se ao campo das ciências em sentido estrito, nas quais a verdade ou a falsidade decorrente de uma inferência não prejudica diretamente nenhum ser humano. Tal inferência pode ser revista a qualquer momento, sem prejudicar uma pessoa humana. Isso porque a inferência abduativa tem a seguinte estrutura na obra de Charles Peirce:

“O fato surpreendente, C, é observado;

³¹⁷ Agamben, Giorgio. *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*. Turim: Einaudi, 2005, pp. 79 ss.

³¹⁸ “... la libertà politica degli uomini suppone che le pene sieno meramente personali” (Beccaria, Cesare. *Dei Delitti e delle Pene*. Org. por Franco Venturi. Turim: Giulio Einaudi, 1970 [1764], p. 79.

Mas se A fosse verdade, C seria um fato evidente,
Logo, há razão para *suspeitar* que A seja verdade”³¹⁹.

Como se verifica, a inferência abdutiva é digna para amparar uma suspeição de caráter primariamente cognitivo. No campo do normativo, especialmente no âmbito jurídico, seria absurda a admissão de provas simplesmente por inferências abduativas. Enquanto na ciência propriamente dita (primariamente cognitiva) a argumentação permanece indefinidamente aberta sem prejuízo para nenhum dos envolvidos no discurso científico (pelo contrário, o princípio da “limitacionalidade” da ciência implica que sempre haja algo a ser conhecido e, portanto, algo a ser falsificado³²⁰), o direito (primariamente normativo) envolve um discurso que exige uma decisão que interrompe a cadeia argumentativa, para que se alcance um mínimo de segurança jurídica. Daí por que as provas no direito, particularmente no direito penal, são limitadas e exigem inferências inquestionáveis no momento da decisão condenatória, não sendo suficiente a suspeição³²¹.

Inferência abdutiva é, em suma, uma inferência probatória por suspeição. Ela não pode levar a uma condenação penal em um Estado de direito de base democrático-constitucional. Condenação com base em inferência por suspeição aponta para um retrocesso a um modelo medieval de julgamento criminal e aplicação de penas.

A condenação do ex-Presidente Lula pelo Sr. Moro resultou basicamente de delações (“colaborações”) premiadas de agentes públicos, empresários e políticos envolvidos na prática de graves crimes. Por um lado, cabe observar que a delação premiada, nos termos da lei que a instituiu, não é prova, mas “meio de obtenção de prova” (art. 3º, inciso I, da Lei nº 12.850, de 2 agosto de 2013). Por outro lado, muitas das delações premiadas tratam genericamente de atos políticos e administrativos do ex-Presidente Lula que, de maneira nenhuma, podem ser considerados de natureza criminal ou relacionados aos crimes praticados no âmbito da PETROBRAS. Exemplar é o fato de o juiz Moro ter levado a sério como elemento probatório passagem da delação premiada do ex-deputado Pedro Correa, incorporando-a nos seguintes termos à sua sentença (parágrafo 741): “Em seu depoimento, ele descreveu o processo de nomeação de Paulo Roberto Costa para a Diretoria de Abastecimento da Petrobras. Declarou que ele foi indicado pelo Partido Progressista ao cargo e que houve muita resistência do Conselho de Administração da Petrobras, o que teria sido vencido somente mediante a intervenção pessoal do então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva e após o Partido Progressista, com aliados, ter concordado em desobstruir a pauta da Câmara. De passagem, destaque-se que o Ministério Público Federal juntou diversas matérias de

³¹⁹ “The surprising fact, C, is observed;

But if A were true, C would be a matter of course,

Hence, there is reason to *suspect* that A is true” (Peirce, Charles Sanders. *Collected Papers*, vols. V e VI. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 1965 [1934-1935], vol. V, p. 117, § 189 [grifei]).

³²⁰ Cf. Luhmann, Niklas. (1990). *Die Wissenschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 392 ss.

³²¹ Cf. Neves, Marcelo. “Denúncia vazia: com crença e convicção, mas sem provas nem razões”. Disponível no sítio GGN: <http://jornalggn.com.br/noticia/denuncia-vazia-com-crenca-e-conviccao-mas-sem-provas-nem-razoes-por-marcelo-neves>.

jornais sobre a obstrução da pauta de votação do Congresso na época da nomeação de Paulo Roberto Costa (evento 724, anexo12 e anexo13).”

Essa menção à obstrução de pauta pelo Partido Progressista e à intervenção do ex-Presidente Lula para desobstruí-la mediante a viabilização da nomeação do Sr. Paulo Roberto Costa para cargo de direção na PETROBRAS é referida por outros delatores e tomada pelo Sr. Moro como um trunfo probatório para condenar o réu. Não faz nenhum sentido criminalizar um dirigente político máximo por tentar desobstruir a pauta no Congresso para que os projetos de interesse das políticas públicas do Executivo pudessem continuar em andamento. Isso faz parte da atividade política. Se o Partido Progressista e o Sr. Paulo Roberto Costa buscavam, respectivamente, controlar e ocupar o correspondente cargo para fins de praticar corrupção, tal postura e a respectiva prática não pode se imputar a Lula por intervir para viabilizar a nomeação. Trata-se de mera ilação. A suposta atitude do ex-Presidente procurando desobstruir a pauta do Congresso perante uma parte da base aliada caracterizada por inconsistência ideológica e orientada para a busca de fatias de poder na administração pública constitui um meio de sobrevivência política e de manutenção do funcionamento do Estado. O que o Juiz Moro condena, nesse contexto, é a própria política em um contexto de fragilidade ideológica dos partidos. Mas daí não pode se inferir uma responsabilização do ex-Presidente pelos atos do servidor nomeado para o cargo com seu apoio.

Mesmo do depoimento tomado como fundamental à sentença, o prestado pelo Sr. José Adelmário Pinheiro Filho, vulgo Léo Pinheiro, na qualidade de réu que buscava uma delação premiada, não decorre nenhuma conexão probatória entre o interesse do ex-Presidente em adquirir eventualmente o imóvel localizado na Praia de Guarujá e o chamado “esquema criminoso da Petrobras” (conforme a denominação do magistrado em sua sentença, p. 3, item 6). Não há nenhuma relação de causalidade comprovada no processo entre os atos que expressam interesse eventual do ex-Presidente e sua esposa em adquirir o imóvel de Guarujá e o referido “esquema”. Aqui temos novamente o desenvolvimento de uma inferência abduzida, isto é, por suspeição, a partir de depoimento de um dos réus interessados em obter benefícios decorrente de sua “colaboração”.

Nesse particular, parece-me relevante observar que um dos advogados que elogiaram a sentença do Juiz Moro, o Sr. Ary Sundfeld, fiel representante das elites paulistanas que se contrapõem ao modelo político proposto pelo ex-Presidente Lula, vinculadas ao Partido da Social Democracia Brasileira, em artigo de opinião na *Folha de São Paulo*, não deixou de reconhecer as dificuldades de se sustentar a relação entre o “esquema criminoso” e os atos orientados para aquisição do imóvel: “O último ponto importante da sentença foi o exame da ligação entre o tríplex e o propinoduto que, a partir de contratos com a Petrobras, teria sido montado pela OAS com o grupo político de Lula. Há muitos elementos de prova quanto a isso, segundo a sentença. O ponto mais delicado, em que o tribunal vai ter de se dedicar com equilíbrio, foi a conclusão quanto à liderança e o envolvimento de Lula. Os executivos da OAS disseram que o tríplex foi descontado da conta da propina do PT. Moro levou isso em consideração na leitura de

outras provas, que deram indicações no mesmo sentido. Mas é um ponto difícil, que o recurso vai atacar.”³²²

A ponderação está correta. Mas estamos constrangidos a extrair dela algo que pode contaminar toda a sentença. Se não há a “ligação entre o tríplex e o propinoduto”, a condenação torna-se totalmente carente de fundamentos. O que resta é a manifestação de adquirir um imóvel com posterior desistência. Nenhum crime, portanto, poderia ser imputado ao ex-Presidente e sua esposa.

Diante do exposto, não vejo outra conclusão a não ser que a sentença é carente de base probatória. A “jurisprudência sentimental”, que antes deveria ser chamada de político-ideológica como expressão de relações de poder opressoras, e “a jurisprudência medieval”, que marcam a sentença do Sr. Moro contra o ex-Presidente Lula, levaram a uma condenação com base em inferência por suspeição, em que se pretende imputar ao réu o caráter de “inimigo da sociedade”, conforme a perspectiva dos atuais detentores de poder, para persistir na manutenção do *status quo ante*.

³²² Sundfeld, Carlos Ari. “Ao rejeitar parte da denúncia, Moro fortaleceu sentença”. *Folha de São Paulo*, 13/07/2017. Disponível no sítio da *Folha de São Paulo*: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/07/1900930-ao-rejeitar-parte-da-denuncia-moro-fortaleceu-sentenca.shtml>.

OBJETO MATERIAL INEXISTENTE E AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DE ATO PESSOAL PRATICADO PELO CONDENADO

Márcio Augusto Paixão*

Lula foi condenado porque, na visão do juiz, teria recebido uma vantagem indevida em razão do cargo presidencial, consumando o delito de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal). Tal infração penal estaria perfectibilizada, para o magistrado, no momento em que Lula teria se tornado, em outubro de 2009, “proprietário de fato” de um triplex no Condomínio Solaris em Guarujá/SP, com o que teria ele “recebido” (“receber” é o verbo nuclear do tipo penal de corrupção passiva) uma vantagem indevida representada pela diferença de valor de mercado entre o triplex e o apartamento tipo a que o casal Lula da Silva regularmente faria jus (por ter adquirido uma cota do empreendimento imobiliário, que era erguido por uma cooperativa).

A meu ver dois grandes problemas surgem na largada: primeiro, em outubro de 2009 (mês em que, para a sentença, Lula teria se transformado no “proprietário de fato”), o triplex não existia – o prédio todo estava com sua edificação em fase inicial, com somente 21,9% da obra acabada (dados referidos na sentença). Leo Pinheiro, em seu interrogatório judicial, revelou que em 2009 “o andar (do triplex) ainda não estava construído”.

Emerge o caráter tresloucado da tese, dotada da mais evidente irracionalidade: para o juiz do processo, alguém é capaz de se transformar em “proprietário de fato” de coisa que só existirá no futuro, isto é, proprietário de fato de algo que nem sequer existe – que será criado, está por ser construído. Lula seria então proprietário de fato sem um fato, dono de um nada.

Conjecturam-se os cenários mais esdrúxulos diante dessa possibilidade – por exemplo: um pintor reconhecido, cujas obras de arte são valiosas, objetiva adquirir um veículo automotor e oferece ao vendedor, em troca, a propriedade ou posse de um quadro que ainda não pintou, e que diz que pintará. O pintor recebe o carro, porém se aposenta e nunca chega a pintar a obra. Na nobríssima visão do juiz do processo, pouco interessa se o quadro chegou ou não a ser pintado, se ele existe ou não: o alienante do veículo já é o proprietário de fato do quadro.

Sabe-se da possibilidade, mormente na área de direito imobiliário, de que alguém possa ser proprietário de coisa ainda não construída; no entanto, essa espécie de propriedade sobre coisa futura somente pode ser de direito; nunca, jamais, de fato – porque o fato (ainda) não existe.

Sobeja, ainda, o segundo problema inicial: a ausência de qualquer demonstração, seja pelo juiz em sua sentença, seja pela acusação em sua denúncia, da realização de algum ato comissivo de Lula da Silva para o cometimento do delito de corrupção passiva. Conforme a sentença, ele teria se transformado em “proprietário de fato” de uma coisa (em época na qual ainda não existia) sem ter executado um único ato pessoal. Em geral, as denúncias criminais descrevem que o acusado realizou ao menos algum ato empírico:

* Advogado Criminalista, Bacharel em Direito pela UFRGS.

no homicídio, ele disparou o gatilho; no roubo, ele apontou a arma e recebeu os objetos repassados pelas vítimas etc.

Contudo, isso não ocorre no caso de Lula: para denúncia e para sentença, ele se transformou em proprietário de fato de coisa (ainda inexistente) sem ter executado um único ato pessoal. Nem mesmo uma ordem repassada a subalterno teria sido por ele feita. Intermediários e terceiros teriam promovido atuação suficiente para fazer de Lula proprietário de algo que não existe. Ora, se for suficiente para caracterização do crime de corrupção passiva a integração de bens em patrimônio do servidor público sem qualquer ato efetivamente praticado por este, então basta que qualquer pessoa descubra os dados da conta bancária de um funcionário estatal desafeto e, sem conhecimento deste, lá deposite valores, para dar-se como ultimada a infração penal.

Parece óbvio, diante desse exemplo, que devem ser considerados imprescindíveis consciência e voluntariedade do suspeito (agir doloso – o elemento subjetivo do tipo penal) para se falar em corrupção passiva – e, embora isso tudo soe bastante evidente, a sentença peca ao não expor o cometimento de algum ato consciente e voluntário pessoal de Lula quanto à aquisição, em 2009, do tríplex.

LAWFARE, ESSE CRIME CHAMADO JUSTIÇA

Marcio Sotelo Felipe*

Concluído em primeira instância o “processo do tríplex”, de fato constata-se que crimes foram cometidos. Os do juiz. Sobre os imputados ao réu nada se pode dizer.

Trata-se de *Lawfare*. A aniquilação de um personagem político pela via de mecanismos judiciais. A série de episódios grotescos que caracterizou a jurisdição nesse caso não deixa qualquer dúvida a respeito. O só fato de o processo entrar para o imaginário social como um combate “Moro vc. Lula” (uma capa de revista estampou uma caricatura de ambos como lutadores de box em um ringue) evidencia o caráter teratológico da atuação do magistrado. Moro cometeu crimes, violou deveres funcionais triviais, feriu direitos e garantias constitucionais do réu, feriu o sigilo de suas comunicações, quis expô-lo e humilhá-lo publicamente, manteve-o detido sem causa por horas, revelou conversas íntimas de seus familiares. Não há nada de desarrazoado na suspeita de que o AVC de Mariza Letícia tenha tido origem na série de constrangimentos a que sua família foi submetida.

Vejamos, nessa perspectiva, algumas das arbitrariedades cometidas pelo juiz e aspectos da decisão que revelam o acolhimento de teses esdrúxulas que passam ao largo do são exercício da magistratura e evidenciam, à saciedade, o ânimo de condenar. O reconhecimento da validade dessa sentença pelos Tribunais superiores será a mais contundente evidência de que vivemos um estado de exceção e a Constituição é hoje um inútil pedaço de papel.

Violação do sigilo telefônico

A inviolabilidade da correspondência é um clássico direito fundamental. O artigo XII da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que *“ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência...”*

Na Constituição de 1988 figura como direito e garantia fundamental no artigo 5º., inciso XII: *“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”*

Note-se a ressalva. Há duas condições para que se possa violar uma comunicação telefônica: (i) uma ordem judicial; (ii) para fins de investigação criminal ou instrução criminal penal.

A ressalva está regulamentada na Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, que, em seu artigo 10, dispõe que *“constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei”*. A pena prevista é de dois a quatro anos de reclusão e multa.

* Procurador do Estado de São Paulo.

Moro havia determinado escutas telefônicas de linhas utilizadas pelo ex-presidente Lula. No dia 16 de março de 2016, às 11h13, suspendeu a medida e comunicou à Polícia Federal. O diálogo entre Lula e Dilma foi captado às 13:32hs, quando já não estava em vigor a medida. Moro recebeu a gravação e às 16:21hs é registrado o despacho em que levantou o sigilo e tornou pública a conversa entre a presidenta e o ex-presidente, em seguida divulgada pela Rede Globo.

A conduta enquadra-se rigorosamente no que prevê como crime a Lei 9.296/96. A gravação já não estava mais coberta pela autorização judicial e não havia objetivo autorizado por lei. O dolo foi específico e completamente impregnado de interesse político. Lula havia sido nomeado ministro e tomaria posse no dia seguinte. A divulgação do áudio, naquele dia, por intermédio da Rede Globo, visou criar clima político para inviabilizar a investidura do ex-presidente. Moro utilizou-se criminoso e indignamente da toga para impor a Lula um revés político, tumultuar o país e criar clima para o impeachment da presidenta.

O ministro Teori Zavaski considerou patente a ilegalidade da divulgação da escuta. Neste caso a ilegalidade era evidentemente crime. O ministro, no entanto, absteve-se da conclusão, não só nesse momento, mas também, como seus pares, quando o assunto foi ao plenário do STF.

Abuso de autoridade

As hipóteses de condução coercitiva são taxativas no Código de Processo Penal. Pode ser determinada em dois casos, previstos nos artigos 218 e 260. Neste, quando o acusado não atender à intimação para o interrogatório. Naquele, quando a testemunha não atender à intimação.

Lula foi arrancado de sua casa ao alvorecer e levado ao aeroporto de Congonhas. O ex-presidente não era naquele momento (4 de março de 2016) réu e não havia sido intimado. Nunca houve uma explicação aceitável para ser conduzido ao aeroporto, dada a existência de múltiplas instalações da União na cidade de São Paulo em que poderia ser tomado o seu depoimento “sem tumulto” (explicação dada por Moro).

Pesa a suspeita de que a ideia era conduzi-lo a Curitiba. Pretendia-se um espetáculo midiático (a imprensa fora avisada) com o perverso conteúdo de uma humilhação pública do ex-presidente. Lula foi privado por seis horas de sua liberdade. Tanto se tratou de violação à garantia constitucional da liberdade individual quanto de abuso de autoridade, como previsto no art. 4º, letra “a”, da Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965: *‘constitui também abuso de autoridade (...) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder.’*

Abuso de autoridade sujeita o responsável a sanções administrativas, civis e penais. Vale dizer, mais uma vez Moro cometeu infração penal e violou deveres funcionais

Grampo no escritório dos advogados de Lula

Todos os telefones do escritório de Advocacia Teixeira Martins foram grampeados. Roberto Teixeira, notório advogado de Lula, é o titular do escritório. A operadora Telefônica comunicou a Moro que se tratava de escritório de advocacia. A prerrogativa de sigilo na comunicação advogado – cliente é inerente ao direito de defesa. Moro escusou-se de forma que beirou a zombaria: não havia atentado para os ofícios da operadora em face do volume de serviços de sua Vara, dos inúmeros processos que lá

correm. Ocorre que Moro tem designação exclusiva e cuida apenas dos processos da Lava Jato. Desse modo, ou confessou grave negligência ou mentiu.

Negligência que nunca se viu quando se tratava de matéria da acusação.

Os “fundamentos” da Sentença

O fato pelo qual Lula foi condenado pode ser assim sintetizado. Segundo a acusação, a OAS, responsável por obras em duas refinarias da Petrobras, distribuía propinas a diretores da estatal e agentes políticos. Teria cabido a Lula vantagem auferida basicamente por meio da diferença de preço entre um apartamento simples e um triplex em um edifício situado no Guarujá, diferença que somaria R\$ 2.429.921,00. Por isso Lula teria incorrido no crime de corrupção passiva, que consiste, de acordo com o artigo 317 do Código Penal, em *“solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”*.

A condenação somente se justificaria se demonstrado que Lula tinha o domínio do que ocorria na Petrobras. Que consentiu, aderiu, participou e que houve prática de ato de ofício recompensado pelo apartamento do Guarujá. Recorde-se que Collor foi absolvido exatamente porque não demonstrada a prática do ato de ofício no crime de corrupção passiva.

Nada foi provado. Não há o mais remoto indício de prática de ato de ofício ou do domínio do que acontecia no âmbito da estatal. Essa fragilidade Moro tentou, em vão, compensar com confissões informais (não houve o acordo formal de delação premiada) dos corréus da OAS, particularmente Leo Pinheiro. Após negar, em uma primeira delação, a participação de Lula no esquema das propinas, Pinheiro mudou seu depoimento após ser preso por Moro. Viu a oportunidade de conseguir benefícios dizendo para Moro o que todo mundo sabia que Moro queria ouvir. Embora condenado a mais de trinta anos também em outro processo, teve suas penas unificadas para dois anos e seis meses de reclusão.

Vejamos a lavagem de dinheiro. Está tipificada no artigo 1º. da Lei 9.613/98: *“ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”*.

O fato de o apartamento constar em nome da OAS, sendo supostamente Lula o “proprietário de fato” - a alegada vantagem pelo ato de ofício jamais praticado - ensejou a condenação por lavagem de dinheiro.

O entendimento de que o próprio autor do crime antecedente pode ser sujeito ativo da lavagem de dinheiro, embora tenha adeptos, é insustentável. É parte da sanha punitivista que nos assola. Destaca-se parte do *iter criminis* para torná-lo outro crime.

Os verbos que são o núcleo do tipo, ocultar ou dissimular, são inerentes ao crime antecedente. Ninguém comete algum crime sem cuidar de não expor o seu produto para que possa obter a vantagem que o moveu. Ninguém furta, por exemplo, um automóvel para desfilar ostensivamente com ele pelas ruas da cidade. A ocultação ou dissimulação é meio para o exaurimento do crime, apropriação final da vantagem. Portanto, punir o próprio autor do crime por meramente ocultar ou dissimular é punir duas vezes pelo mesmo fato, o chamado *“bis in idem”*.

Mesmo que se admita que o próprio sujeito ativo do crime antecedente possa ser sujeito ativo do crime de lavagem de dinheiro, seria necessária uma segunda conduta para tornar aproveitável o fruto do crime. No julgamento da AP 470, o mensalão, vários ministros se pronunciaram nesse sentido. Pela síntese e clareza tomo uma passagem do ministro Barroso:

*“O recebimento por modo clandestino e capaz de ocultar o destinatário da propina, além de esperado, integra a própria materialidade da corrupção passiva, não constituindo, portanto, ação distinta e autônoma da lavagem de dinheiro. Para caracterizar esse crime autônomo seria necessário identificar atos posteriores, destinados a recolocar na economia formal a vantagem indevidamente recebida”*³²³

Indeterminação dos fatos e prescrição

Moro em nenhum momento estabelece em que data exata teriam se dado os fatos. Isso é indispensável para verificar a consumação e a consumação é o marco inicial da prescrição. Lula tem hoje mais de 70 anos, o que reduz à metade os prazos prescricionais. Como saber em que momento prescreverão os crimes?

Estado de Exceção

Tudo isto considerado o que temos é típico *Lawfare*. A destruição do inimigo político por meio de um processo aparentemente legal.

Moro não é um juiz solitário e temerário perseguindo um personagem político. O *Lawfare* somente chegou a esse ponto porque ele tem endosso, cobertura e cumplicidade por parte dos Tribunais superiores, inclusive do STF, que, entre outras coisas, se omitiu diante do crime de violação do sigilo da comunicação telefônica (Teori não se deteve sobre o assunto quando o tema foi a plenário, assim como seus pares). Com isso recebeu “licença para matar”.

No TRF-4, o relator da representação contra Moro pela violação do sigilo telefônico socorreu-se de Carl Schmitt, o príncipe dos juristas nazistas, para abrigar o fundamento de que se tratava de uma situação excepcional, negando assim eficácia aos direitos e garantias constitucionais do ex-presidente.

Moro tem a cobertura favorável da grande mídia, que fez dele no imaginário popular o santo guerreiro combatendo o dragão da maldade.

Moro participou, consciente, deliberadamente, do golpe do impeachment. A divulgação do áudio da conversa entre Lula e Dilma ilegalmente, entregue para divulgação pela Rede Globo no dia imediatamente anterior à posse de Lula como ministro, não podia ter outro objetivo.

Importa, sobretudo, concluir que não estamos mais em uma democracia. O que temos, com os preparativos e a consumação do impeachment, é uma ditadura de novo tipo, que preserva enganosamente as instituições políticas e jurídicas clássicas do Estado liberal e democrático, mas esvazia-as do real conteúdo democrático (o que o jurista e magistrado Rubens Casara vem denominando pós-democracia). Nesta ditadura de novo tipo, o que antes se fazia pela força das armas e pela violência para destruir o adversário

³²³ *Apud* Bottini, Pierpaolo, em <http://www.conjur.com.br/2015-set-22/direito-defesa-lavagem-dinheiro-consiste-ocultar-necessario-crime>, acesso em 20.7.2017

político agora se faz pelo *Lawfare*. Nisto, o Judiciário, que nas antigas ditaduras tinha um papel acessório, de coadjuvante, torna-se o protagonista da violência estatal ilegítima. Antes era um soldado ou policial que na calada da noite destruía o cidadão. Agora é uma sentença à luz do dia.

O CAPITÃO DO MATO E O POMBO-CORREIO

Marcio Tenenbaum*

Durante o período compreendido entre os séculos XVI a XIX, o escravismo era o modo de produção da economia brasileira. O imenso território descoberto pelos portugueses propiciava o cultivo, em larga escala, do açúcar, tão desejado pelos europeus, que o extraíam da beterraba. A “engenhosidade” da metrópole portuguesa para dar conta dessa produção foi a implantação da mão de obra escrava africana, que transformou nosso país em um dos maiores importadores dessa população.

Nunca foi fácil manter a mão de obra escrava sob o jugo do senhor da Casa Grande e do Engenho, o que era obtido apenas através de constantes castigos físicos contra aqueles que insistiam em fugir na busca pelos Quilombos. Como reação à luta desesperada pela liberdade, foi preciso criar um aparato de busca e apreensão desses escravos fugitivos que ameaçavam o modo de produção vigente. Nascia o Capitão do Mato.

De tempos em tempos, as diferentes elites brasileiras criam os seus Capitães do Mato, especialmente quando a excluída maioria do povo emite algum sinal de que pretende sair daquele que é considerado o seu devido lugar. Com esse propósito, nossas elites não costumam sujar as próprias mãos, habituando-se à prática da terceirização ou da contratação de “laranjas”, para usarmos dois termos em voga nos dias atuais.

O fim da escravidão e o nascimento da República não significaram uma grande emancipação na vida das massas excluídas, nem mesmo para aqueles que engrossaram as fileiras do recém criado Exército Brasileiro e participaram da Guerra do Paraguai. Quando retornaram ao país encontraram uma nova modalidade de habitação na capital do Império: a favela.

A história do desenvolvimento econômico brasileiro é a história da exclusão. Aqui, a construção do país sempre buscou contemplar apenas uma ínfima camada da população: no passado, os Senhores de Engenhos; no presente – pelo menos até a chegada ao poder do Partido dos Trabalhadores em 2003 – os capitães da indústria e do sistema bancário. Para assegurar os privilégios, durante a República Velha, a polícia era encarregada de resolver os conflitos sociais, o que não mudou muito ao longo do Estado Novo, que produziu Filinto Muller, o famoso chefe da Polícia Política do Distrito Federal, responsável direto pela deportação de Olga Benário para a Alemanha nazista. Na ditadura militar, foi a vez das Forças Armadas assegurarem um país para poucos. Será que na vigência da Constituição de 1988 as elites brasileiras buscam no Poder Judiciário o Capitão do Mato do passado? Estará o Poder Judiciário aceitando a tarefa de trazer de volta ao seu lugar o escravo que sonhou com a liberdade? Se Lula representa o sonho de Zumbi dos Palmares e de tantos outros que acreditaram na possibilidade da emancipação do povo brasileiro, a inconsistente sentença condenatória recebida pelo ex-Presidente não representa, em alguma medida, o sinal de que esse país está reservado para poucos?

Apesar de serem provenientes das camadas populares, os Capitães do Mato foram retratados por Rugendas montados em belos cavalos. Muitos dos integrantes do sistema

* Advogado.

de justiça brasileiro, na terceirizada função de assegurar a manutenção do *status quo*, têm suas imagens vinculadas a prêmios, viagens e altos salários. Mas, da mesma forma que os Capitães do Mato do passado, eles tampouco casam com as filhas dos Senhores de Engenho.

A inconsistente sentença do juiz Sergio Moro, que condenou o ex-Presidente Lula a 9 anos e 6 meses de prisão, outra coisa não é senão uma nova tentativa da nossa elite de colocar no cabresto aqueles que por algum momento acreditaram que o capitalismo brasileiro deveria incluir mais do que os seus históricos 30%. Nesse sentido, a sentença não atinge apenas a pessoa do ex-Presidente, mas igualmente condena um projeto comprometido com objetivos igualitários e com uma transferência da renda que permita mobilidade social e ascensão profissional.

Pombos-Correio são treinados para levar mensagens. Um treinamento lento e exaustivo é a garantia de que ele aprenderá a retornar de onde partiu, porque mais importante do que levar a mensagem é saber regressar ao lugar ao qual pertence. Essa é a garantia que a mensagem foi entregue. Se o sistema de justiça brasileiro, ao condenar sem provas o ex-Presidente Lula, pretende eliminar a maior liderança popular do país, atua como os Capitães do Mato. Esquecem apenas que um líder político como Lula jamais retornará ao lugar de onde saiu. Afinal, não seria quem é se tivesse vocação para pombo-correio.

ENTRE A LEGITIMIDADE E A VIOLÊNCIA: A PROPÓSITO DA PRIMEIRA CONDENAÇÃO CRIMINAL DE LULA

Marco Alexandre de Souza Serra*

A primeira e mais persistente impressão que se tem, ao se aproximar de qualquer evento transcorrido no contexto da Operação Lavajato, é de que o magistrado que preside os processos criminais que das investigações têm derivado, na verdade tem funcionado como presidente é da própria operação. A leitura da sentença que culminou na primeira condenação contra o ex-presidente Lula é capaz de converter tal impressão numa sólida convicção. Pode ser que uma afirmação como esta não traduza qualquer novidade. Mas ela talvez ainda se afigure necessária, por mais incrível que pareça, porque, à distância que o grosso da população acompanha as intermináveis fases da Operação Lavajato, um papel tão ou mais proeminente deveria estar reservado ao Ministério Público, ao menos no campo da iniciativa probatória.

Na leitura da extensa e repetitiva sentença, uma expectativa como essa não demora a desfazer-se. Embora afirme fiar-se sobretudo na prova documental acumulada nos autos processuais, a sentença devota muito mais energia em explicitar a prova oral, para tanto recorrendo ao expediente de transcrever os depoimentos gravados por sistema de áudio e vídeo. Sem embargo da utilidade que tal expediente pode encerrar, é a partir dele, justamente, que se descortina, sem reboço, o protagonismo judicial, já que a grande maioria das perguntas transcritas são de autoria do incensado magistrado e apenas uma pequena porção das mesmas fica a cargo do órgão acusatório, que é o Ministério Público Federal. É possível que o magistrado tenha preferido valer-se das suas perguntas em detrimento das efetuadas pelos outros sujeitos – estes sim necessária e legitimamente parciais – da relação processual, porque elas seriam, segundo sua própria percepção, mais pertinentes. Embora não possa ser descartada, esta possibilidade não é capaz, por si só, de explicar a desproporção assinalada. No curso de um outro processo criminal da operação Lavajato, o advogado e professor Jacinto Coutinho teve a paciência de efetuar a contagem de perguntas efetuadas pelo juiz e pelos membros do Ministério Público aos inúmeros depoentes da causa. Enquanto os últimos – que integram uma força-tarefa, e que, portanto, são vários – fizeram cerca de 900 perguntas, o verdadeiro protagonista dos incontáveis feitos realizou mais de 2.100 perguntas.³²⁴

A garantia de imparcialidade integra um conjunto de franquias democráticas que, se por um lado, assistem e fortalecem o sujeito hipossuficiente de toda e qualquer relação processual-penal – que é o réu -, por outro confunde-se, necessariamente, com aquela que deveria ser compreendida, sobretudo por aqueles que a desempenham, como a mais irrenunciável das características da função judicial: a independência, quer em sua dimensão objetiva ou funcional, quer em seu aspecto subjetivo, em reverência, em

* Doutor em direito penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2017) e professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR).

³²⁴ Esta informação pode ser retirada das notas taquigráficas transcritas do julgamento da apelação criminal n 5083376-05.204.4.04.7000 perante a 8ª turma do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, em 08/06/2016.

ambos os casos, ao órgão de soberania que juízes e tribunais encarnam, no exercício, que lhes compete com exclusividade, de um poder de Estado.

Por sua vez, o atributo da independência desdobra-se em várias significações, nas quais se exteriorizam e patenteiam implicações que extravasam o plano estritamente jurídico, produzindo implicações políticas, econômicas e sociais.³²⁵ Nesta perspectiva é que a qualidade da independência deve revelar-se diante dos restantes poderes de Estado, da generalidade dos tribunais, da organização hierárquica da burocracia judicial a que o próprio magistrado está vinculado, e, finalmente, perante quaisquer grupos da vida pública. Dentre estes grupos colocam-se, com destaque, a mídia mais ou menos corporativa e partidos políticos, ostentem que orientação for.

Acresce dizer, ainda nesta mesma direção, que este mesmo predicado, compreensível como garantia ou característica, está em conformidade com o modelo processual que nossa ordem jurídica, caudatária daquelas de feição liberal mais avançadas, se não adota em plenitude, promete almejar. Tal modelo é aquele reconhecido como acusatório, de remota tradição, e que contemporaneamente continua a significar que o papel reservado ao juiz deve ser marcado pela placidez, notadamente no plano probatório. Para ser mais rigoroso, segundo o arquétipo acusatório, a iniciativa probatória está interdita ao magistrado. Ela deve estar reservada àqueles sujeitos processuais necessariamente parciais, de sorte que a estes que compete, para mais uma vez lembrar Jacinto Coutinho³²⁶, a “gestão da prova”. No modelo antagônico (inquisitivo), no qual pureza nenhuma também é possível, a gestão da prova é atribuição do juiz, com o correlato efeito de converter o arguido ou réu em mero objeto de investigação.

Essas considerações, sem qualquer pretensão de originalidade, precisam ser recuperadas a fim de informar ao público em geral, não iniciado em assuntos jurídicos, tanto mais nesses mais abstratos porque principiologicos, em que termos se desenvolve a teoria jurídica e que projeções ela implica sobre este caso tão rumoroso quanto decisivo para o futuro e o presente, a partir das tradições e traduções que lhe conformam a existência e lhe reclamam certo compromisso histórico, inclusive com o passado. Embora não seja muito, a tradição liberal, se seriamente considerada no horizonte de projeção do direito processual penal, é capaz de produzir um sistema de garantias bastante ambicioso³²⁷, habilitado a conjurar grande parte dos abusos derivados do exercício em ato do poder punitivo estatal, que se realiza por meio do direito processual penal.

A consequência que tal violação a um princípio como é o da imparcialidade, correlato à independência judicial, enseja, é a invalidade de todo o processo em que ela se revela.

Os processos que tramitam em torno da operação Lava Jato ostentam, ainda nesse nível de generalidades, outras tantas fontes de contaminação de sua higidez jurídica. Entre elas também desfruta de destaque uma violação a outro princípio de índole equivalente que é o do juiz natural. Em princípio, a competência para processar e julgar uma causa

³²⁵ Nesse sentido, DIAS, Jorge Figueiredo. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra editora, 1974, p. 304.

³²⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, n. 30, Curitiba, PR, Brasil, dez. 1998, p. 163-198.

³²⁷ A referência necessária, a este respeito é, por todos: FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

criminal cabe ao juízo com jurisdição no lugar em que o crime se consuma. Para ficar na decisão que se está confrontando, os crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro pelos quais o ex-presidente Lula foi condenado versam sobre o recebimento de um apartamento para o qual ele teria contribuído apenas com uma parte do preço. Tal apartamento importaria vantagem indevida porque seu oferecimento estaria vinculado ao fato de o acusado ter sido ex-presidente da República. A isto se tem agregado, ainda segundo a perspectiva da sentença condenatória, a ocultação da real titularidade do apartamento, uma vez que, formalmente, mesmo com a aquisição pelo ex-presidente Lula e sua finada esposa, o imóvel continuou formalmente registrado em nome de uma das empresas do Grupo OAS. Uma razão complementar seria a responsável pela fixação da competência na 13ª Vara Federal de Curitiba: a existência de conexão e de continência, sob as suas diversas formas, convergindo para o mencionado juízo em função da prevenção como critério residual (artigo 78, *caput*, c do Código de Processo Penal) para tal determinação. Referida prevenção teria se estabelecido em função de um crime de lavagem de dinheiro recebido em propina por, entre outros, o ex-deputado federal José Janene, propina esta com origem na ação penal n 470 que tramitou no Supremo Tribunal Federal, vulgarizada como “mensalão”, mas que também alcançava o esquema criminoso cuja principal vítima foi a Petrobras. Descer aos demais detalhes que têm sido acionados, inclusive por tribunais superiores, a fim de manter ou enviar investigações e processos perante a 13ª Vara Federal de Curitiba não é uma possibilidade para estas despretensiosas notas. Mais impossível, contudo, é acreditar que a prevenção seja razão suficiente para atrair a competência para julgar crimes praticados em lugares diferentes com penas igualmente distintas em termos de gravidade (artigo 78, II, a do CPP) ou em número maior em caso de infrações de mesma gravidade (artigo 78, II, b do CPP). Basicamente porque, mesmo diante de causas de prorrogação de competência, as regras de determinação em razão da matéria ou do local prevalecem sobre a prevenção, que deve continuar, para este efeito, a ser compreendida como critério subsidiário.³²⁸

³²⁸ Nesta mesma linha decidiu, a propósito de fato também vinculado à operação Lavajato, o Supremo Tribunal Federal na questão de ordem julgada no contexto do inquérito 4.130, de cuja ementa transcreve-se o seguinte fragmento: “(...) 6. A prevenção, essencialmente, não é um critério primário de determinação da competência, mas sim de sua concentração, razão por que, inicialmente, devem ser observadas as regras ordinárias de determinação da competência, tanto *ratione loci* (art. 70, CPP) quanto *ratione materiae*. 7. Nos casos de infrações conexas, praticadas em locais diversos, não de ser observadas as regras de determinação do foro prevalente previstas no art. 78 do Código de Processo Penal, uma vez que a conexão e a continência importam em unidade de processo e julgamento. 8. A prevenção, nos termos do art. 78, II, c, do Código de Processo Penal, constitui critério residual de aferição da competência. 9. Não haverá prorrogação da competência do juiz processante - alargando-a para que conheça de uma causa para a qual, isoladamente, não seria competente -, se não estiverem presentes i) uma das hipóteses de conexão ou de continência (arts. 76 e 77, CPP) e ii) uma das hipóteses do art. 78, II, do Código de Processo Penal. 10. Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, “a conexão intersubjetiva ou instrumental decorrente do simples encontro fortuito de prova que nada tem a ver com o objeto da investigação principal não tem o condão de impor o *unum et idem iudex*”. Do mesmo modo, “o simples encontro fortuito de prova de infração que não possui relação com o objeto da investigação em andamento não enseja o *simultaneus processus*” (RHC nº 120.379/RO, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 24/10/14). 11. Ainda que o juízo de origem, com base nos depoimentos do imputado colaborador e nas provas por ele apresentadas, tenha decretado prisões cautelares e ordenado a quebra de sigilos bancário ou fiscal e a realização de busca e apreensão ou de interceptação telefônica, essas medidas, por si sós, não geram sua prevenção, com base no art. 83 do Código de Processo Penal, caso

Muitas são as outras questões instigantes constantes da condenação de Lula, sobretudo as que avançam sobre o mérito da causa. Não faltam estímulos para enfrentá-las.

O espaço disponível recomenda encerrar detendo-se sobre apenas mais um aspecto final. Para isso será necessário evitar qualquer juízo sobre uma possível verdade que o impressionante acervo probatório reunido no processo permite divisar. Num nível simultaneamente mais alto e profundo de compreensão, enfim, parece indubitável de que neste, como de resto sucede à generalidade dos processos criminais, a seletividade, intrínseca ao funcionamento do sistema penal, se exteriorizou em toda sua plenitude. A ela tradicionalmente se pode antepor os antídotos reunidos sob a ideia de devido processo legal. Pois sob a carapaça da legalidade que experimentamos, a legitimidade de um exercício de poder tão grave é obtida pela reverência aos procedimentos antecipadamente consagrados a tanto. Sem ela não haverá legitimidade, nem legalidade. Apenas exercício de violência, sem qualquer mediação jurídica.

devam ser primariamente aplicadas as regras de competência do art. 70 do Código de Processo Penal (local da consumação) ou do art. 78, II, a ou b, do Código de Processo Penal (determinação do foro prevalente, no caso de conexão ou continência). 12. Os ilícitos em apuração nos procedimentos encaminhados pelo juízo da 13ª Vara da Seção Judiciária do Paraná se referem, dentre outros fatos, a repasses de valores por empresa prestadora de serviços de informática na gestão de empréstimos consignados de servidores federais, no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com a utilização, em tese, de notas fiscais falsas e de empresas de fachada. 13. Não há relação de dependência entre a apuração desses fatos e a investigação de fraudes e desvios de recursos no âmbito da Petrobras, a afastar a existência de conexão (art. 76, CPP) e de continência (art. 77, CPP) que pudessem ensejar o *simultaneus processus*, ainda que os esquemas fraudulentos possam eventualmente ter um operador comum e destinação semelhante (repasso de recursos a partido político ou candidato a cargo eletivo). 14. O fato de a polícia judiciária ou o Ministério Público Federal denominarem de “fases da operação Lava-jato” uma sequência de investigações sobre crimes diversos - ainda que sua gênese seja a obtenção de recursos escusos para a obtenção de vantagens pessoais e financiamento de partidos políticos ou candidaturas - não se sobrepõe às normas disciplinadoras da competência. 15. Nenhum órgão jurisdicional pode-se arvorar de juízo universal de todo e qualquer crime relacionado a desvio de verbas para fins político-partidários, à revelia das regras de competência. 16. A mesma razão (inexistência de conexão) que motivou o não reconhecimento da prevenção de Ministro da Suprema Corte que supervisiona a investigação de crimes relacionados à Petrobras estende-se ao juízo de primeiro grau. (...)” (Inq 4130 QO, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 23/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-020 DIVULG 02-02-2016 PUBLIC 03-02-2016).

A SENTENÇA CONDENATÓRIA DE LUIZ INÁCIO DA SILVA E A ARGUMENTAÇÃO NEGATIVA DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Margarida Lacombe Camargo e José Ribas Vieira *

A sentença condenatória do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva apela, marcadamente, para um contexto narrativo que extrapola os limites do caso concreto. Em artigo publicado no Jota, em março de 2016, com o título “A estratégia institucional do juiz Sergio Fernando Moro descrita por ele mesmo”³²⁹, mostramos que o juiz autor da sentença condenatória do ex-presidente Lula, em seus trabalhos acadêmicos, sempre sustentou a prevalência do Poder Judiciário frente aos demais poderes da república, sob a equação de que “quanto maior a deslegitimação do sistema político, maior a legitimação da magistratura”. E, no bom estilo do estado de exceção schmittiano, em que vigora o decisionismo,³³⁰ ele apela diretamente para a opinião pública de forma a legitimar suas ações. É o que se percebe também agora, na sentença condenatória do ex-presidente Lula, quando encontramos um discurso voltado primordialmente para o público e cuja força persuasiva recai sobre a construção de uma narrativa criminosa que ultrapassa os limites do processo. Por isso, a decisão em pauta só pode ser compreendida no contexto do golpe parlamentar de 7 de abril de 2016, quando a base do governo no Congresso Nacional se voltou contra a presidente eleita Dilma Rousseff, aceitando o pedido do seu afastamento a final consumado no dia 31 de agosto do mesmo ano.³³¹

Elio Gaspari em poucas palavras descreve o golpe: “A primeira ideia foi a de se eleger Aécio Neves. Faltaram três milhões de votos (3%). Então veio a segunda chance, a de se derrubar Dilma Rousseff. Deu certo, e Michel Temer foi para o Planalto com uma plataforma oposta à da campanha de Dilma, mas com uma base de apoio parlamentar quase idêntica.”³³²

O golpe parlamentar, que assim se confunde com o Impeachment, só foi possível porque contou com forte campanha contra o governo, por parte da mídia manipuladora. A grande mídia se serviu dos resultados das investigações produzidas no âmbito da Operação Lava Jato para fomentar na opinião pública uma guerra contra a corrupção e fragilizar as instituições vigentes. Em momentos como esse, a credibilidade dos poderes que se apoiam na soberania popular é a mais atingida, e com mais força ainda isso se dá sob a chancela do Judiciário. Portanto, é a democracia que sofre.

Ocorre que, quando o combate à corrupção, que se encontra na seara do crime, se dá para fins políticos, as esferas do político e do jurídico se confundem. Foi o que se viu recentemente no Brasil, com o Impeachment da presidente Dilma, que contou com a complacência do Poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal brasileiro não apenas se

* Professores de Direito da UFRJ.

³²⁹ <https://jota.info/artigos/estrategia-institucional-juiz-sergio-moro-descrita-por-ele-mesmo-28032016>

³³⁰ Sobre o decisionismo no Estado de Exceção ver Ronaldo Porto Macedo *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2. ed., 2011, especialmente item 4.1

³³¹ Sobre o golpe parlamente vide o livro de Wanderley Guilherme dos Santos, *A democracia impedida: o Brasil do século XXI* (Rio de Janeiro: FGV, 2017), especialmente páginas 25 a 31.

³³² Jornal *O Globo* de 9 de julho de 2017.

omitiu em relação ao Impeachment como também passou a sancionar todas as iniciativas heterodoxas tomadas pelo juiz responsável pela Operação Lava Jato, que ajudou a montar o “conjunto da obra” necessário à deflagração de todo esse processo. Uma típica atitude corporativista do Judiciário, que contou também com a atuação expressiva do Tribunal Regional Federal da 4ª região, mas que, ao adentrar no campo da política, serviu para conferir legitimidade ao que não era legítimo. Isso tudo para garantir a substituição da presidente da república e afastar do cenário político o Partido dos Trabalhadores e seu principal líder, o também ex-presidente Lula.

Foi um processo traumático para o povo brasileiro. Não apenas porque a economia e a credibilidade do país ficaram extremamente afetadas, mas também porque as medidas de austeridade que daí se seguiram levaram ao retrocesso da conquista dos direitos sociais, no melhor estilo neoliberal. Mas os efeitos negativos não se limitaram a isso. O sucesso do golpe dependeu da imagem depreciativa das nossas instituições *ad nauseum* veiculada pela grande mídia. Dia e noite, noite e dia, partidos políticos, parlamentares e quadros integrantes do Governo passaram a ser alvejados e a política desacreditada. Ainda que em um processo seletivo, para atingir uns e poupar outros, a política partidária acabou sendo ferida de morte, passando-se a buscar quadros alternativos na iniciativa privada, onde se acredita poderem estar os arautos da moralidade empreendedora.

Além disso, o sectarismo tomou conta da sociedade atingindo relações pessoais e familiares. O ódio inibido pelas regras de convivência social encontrou terreno fértil para ser destilado nas redes sociais, uma vez que no isolamento do ambiente virtual as pessoas se sentem encorajadas a manifestar posições radicais, não raramente ofensivas e discriminatórias, que a presença física reprime. São desdobramentos pérfidos que talvez os defensores do golpe não imaginaram, pois tudo parecia poder ser resolvido pacificamente pela via do Impeachment.

Ocorre que o golpe não se mostrou eficaz com relação aos resultados pretendidos dado que as reformas neoliberais que pretendia implementar não alcançaram o sucesso vislumbrado. O governo Temer não conseguiu formar quadros para a sua administração. Foi alvo de escândalos de corrupção e perdeu popularidade. O “mercado” abandonou Temer, segundo o mesmo Elio Gaspari aponta; e agora se aproximam as eleições gerais de 2018, com o PT mostrando-se forte candidato à Presidência da República. Na senda do golpe, que no todo não se consumou, muito possivelmente a sentença condenatória de Luiz Inácio Lula da Silva apareça em momento providencial a impedir que a esquerda volte ao poder. Da mesma maneira que Dilma foi afastada da presidência da república pelo “conjunto da obra”, Lula foi condenado pelo “contexto de corrupção endêmica” que nos cerca. Dilma teve as pedaladas fiscais e os decretos orçamentários como pretextos para o seu afastamento da presidência da república e Lula a “propriedade” fantasma de um apartamento triplex no Guarujá (SP) como justificativa para sua condenação pelos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro.

Como típico de um contexto de Estado de Exceção, em que as instituições encontram-se rompidas e os governantes falam diretamente ao povo em busca de apoio, o juiz Sergio Moro, em sua decisão, dirige-se especialmente à sociedade. Constrói uma narrativa que vai ao encontro de tudo aquilo que a sociedade quer ouvir, e que é discurso fácil: o combate à corrupção. Boa parte das 238 páginas é ocupada com justificativas sobre as medidas de exceção tomadas durante todo o processo de

incriminação do ex-presidente Lula, sob a lógica de que os fins justificam os meios, e sempre com o respaldo do poder judiciário. O que podemos chamar de “Lawfare”, isto é, a politização da lei para uso sem limites do poder e o direito serve de arma contra o próprio direito; ou o direito luta contra o próprio direito.³³³

Para isso o juiz se vale largamente da retórica. Mas no mal sentido, porque não se atém aos limites do processo. Constrói uma linha argumentativa que transborda o caso concreto, em busca do apoio do público. Vai além da comprovação do crime de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, relacionados à suposta propriedade do apartamento que entende ter sido recebido como propina. Apoia-se, assim, em um contexto que constrói como criminoso.

Coloco na conta do mau uso da retórica³³⁴ toda a estratégia de argumentação e convencimento que ultrapassa os limites da comprovação objetiva da autoria e da materialidade do crime objeto da denúncia, numa estratégia de puro convencimento ao público em geral. Diferente de autores de matriz pós-positivista que apostam na argumentação respeitados os limites institucionais do Estado Constitucional, como Alexy, MacCormick, Dworkin e Atienza,³³⁵ o que se vê na sentença do juiz Moro é uma argumentação que, na linha do Estado de Exceção, rompe com os limites institucionalmente impostos, no caso notadamente pelas regras do processo penal. Dirige-se diretamente à sociedade, apelando para uma argumentação meramente persuasiva em busca de apoio para o seus feitos. Vale-se de fragmentos de outros processos e inquéritos em curso, como é o caso da reforma do sítio de Atibaia. Como as provas da propriedade do apartamento do Guarujá são frágeis, o juiz Sergio Moro se socorre dessas outras fontes para construir uma explanação robusta o suficiente a suprir tal fragilidade. Até artigo de jornal é considerado em apoio à sua narrativa probatória.

Após concluir pela propriedade do imóvel com fulcro principal no testemunho de um réu confesso, o presidente da empreiteira OAS que, na qualidade de colaborador se beneficiaria diretamente dos resultados das informações apresentadas (itens 643 a 647), o juiz adensa a justificativa de sua decisão com o que explica serem as causas do crime: a participação da OAS no esquema de corrupção da Petrobras e as suas relações com o Partido dos Trabalhadores, o que passa a descrever em detalhes. Mas o juiz foi mais longe e apontou uma série de outras pessoas envolvidas ainda que fora do escopo da ação, transcrevendo trechos de depoimentos que, por força de ilações, acabam por levá-lo a incriminar o ex-presidente Lula (itens 648 a 806 da sentença):

801. Parece, aliás, pouco estranho que, diante da magnitude do esquema criminoso, ilustrado pelo fato da Petrobras ter reconhecidos cerca de seis bilhões de reais em perdas contábeis com corrupção no balanço de 2015, não tivesse o ex-Presidente

³³³ Vide entrevista concedida por John Comaroff, Professor de Harvard e especialista na delimitação da categoria “lawfare”. <http://www.downloadyoutubeonline.com/video/skCRotOT1Lg>

³³⁴ Utilizo aqui o termo “retórica” no sentido da “nova retórica” de Chaim Perelman, que, em sua teoria, chama a atenção para os elementos persuasivos das sentenças judiciais.

³³⁵ O pós-positivismo assume a argumentação jurídica numa perspectiva valorativa, respeitados os limites institucionalmente impostos. Alexy defende a teoria do caso especial, trabalhando a razão prática nos limites da dogmática jurídica e dos precedentes judiciais; Dworkin, com a analogia do romance em cadeia, circunscreve a interpretação e aplicação dos direitos nos precedentes e nos princípios que caracterizam o Direito como integridade; MacCormick respeita os limites do raciocínio lógico-dedutivo próprio do Direito; e Atienza encerra a argumentação nos limites do Estado Constitucional.

qualquer conhecimento, máximo porque ele, o esquema criminoso, também teria envolvido utilização de propinas em acertos de corrupção na Petrobras para financiamento de campanhas eleitorais, inclusive do Partido dos Trabalhadores e pelo qual o ex-Presidente foi eleito e elegeu sua sucessora.

802. Além disso, chama a atenção a ausência de qualquer juízo de reprovação da parte do ex-Presidente em relação a agentes públicos que, durante o seu Governo, teriam participado do esquema criminoso que vitimou a Petrobrás.

Vimos então que o juiz precisou ir longe para condenar Lula. Mas um longe que se sustenta mais pela força retórica de uma narrativa que constrói do que por um conjunto probatório necessário a condenar alguém, muito menos se considerarmos os crimes apontados na denúncia que deu origem à Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, de que agora se cuida.

A sentença se sustenta muito mais em uma argumentação de natureza puramente retórica, porque vai além dos limites do processo e busca conquistar o público pela força exclusiva da persuasão e não da legalidade. Uma argumentação abusiva que não condiz com os limites impostos pelo Estado Constitucional,³³⁶ quando as instituições vigoram, servindo mais à dinâmica de um Estado de Exceção, quando impera o decisionismo.

³³⁶ Manoel Atienza, em sua última obra *Filosofía del Derecho y Transformación Social* (Madrid: Trotta, 2017) faz um balanço da Filosofia do Direito articulando a perspectiva argumentativa com o constitucionalismo e as teorias de transformação social.

VIOLÊNCIA E ESPETÁCULO NA DECISÃO CONTRA O PRESIDENTE LULA

Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega*

Introdução

A condenação do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva por um juiz de primeira instância em processo criminal sem o necessário, devido e adequado fundamento jurídico expresso no texto da sentença, inexistindo crime, além da flagrante ilicitude é manifestação do profundo estado de violência enfrentado pelo Brasil, nos tempos atuais, com a retração de direitos e a conseqüente espetacularização dos reconhecimentos públicos. Violência que afronta os cidadãos (primeiramente Lula, um cidadão com direito de acesso à justiça, e aos muitos outros brasileiros), contra o povo brasileiro, contra as instituições, contra o Estado, contra a Constituição da República, contra a democracia.

Isso é aqui analisado na perspectiva teórica da sociedade do espetáculo, originariamente elaborada por Guy Debord e nas ideias posteriores de Francisco Bosco (2017), associada às reflexões sobre violência e suas fontes passionais, trazidas pelo pensador brasileiro Adauto Novaes (2017) e outros eruditos cujos aportes contribuíram com o seu debate.

O contexto e a decisão

Há no Brasil um violento processo de desmantelamento democrático e conseqüente espetacularização da vida pública protagonizado por parte da mídia, por agentes de mercado e por instituições cujo dever é, paradoxalmente, a defesa das instituições democráticas. Acrescente-se a isso a ausência absoluta do debate sobre as responsabilidades dos sujeitos políticos, notadamente a responsabilidade dos órgãos de prestação jurisdicional e sobre o afastamento da ética da obediência, pressuposto do sentido primeiro da democracia.

O desmantelamento democrático é exposto diariamente na mídia, que constrói e pereniza o espetáculo e que blinda os atores políticos por meio da construção de personagens ideais, conformando uma opinião pública acrítica.

Neste processo histórico, marcado por ações e respostas antidemocráticas judiciais e administrativos contextualiza-se a condenação de Lula.

Assim, numa decisão proferida em um texto longo e confuso, o juiz se descarta da objetividade da decisão e desvia o olhar do jurisdicionado, do leitor, do cidadão, para outras investigações, construindo um cenário acusatório espetacular para proferir uma decisão sem provas, sem fundamento de direito. O juiz, nesse agir, revela antes de tudo a espetacularização da vida pública e o uso da jurisdição como instrumento de violência contra o jurisdicionado, contra a ordem constitucional.

A Retração dos direitos e o espetáculo

* Professora Titular na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás e Universidade de Ribeirão Preto.

O constitucionalista Dalmo de Abreu Dallari (2017) aponta com muita propriedade a inconstitucionalidade da decisão referendando, em seus argumentos, a ideia aqui apresentada de ser ela violenta pois violadora da Constituição e contrária à democracia. Adverte o autor que a decisão tem uma construção desnecessária considerando que “a acusação especifica o crime cometido pelo acusado”. Acrescenta que o julgador dá voltas “citando fatos e desenvolvendo argumentos que não contêm qualquer comprovação da prática de um crime que teria sido cometido por Lula. E sem qualquer base para uma fundamentação legal chega à conclusão condenando o acusado.” Afirma o constitucionalista que “a base para a condenação não foi jurídica e um conjunto de circunstâncias leva inevitavelmente à conclusão de que a motivação foi política, o que configura patente inconstitucionalidade.”

Essa violência, extremamente clara no texto da decisão, desde pronto pensada de modo espetacular para uma sociedade de espetáculos, conduz à reflexão sobre o papel do direito e das instituições na construção da violência cotidiana, e da participação dos sujeitos que se reconhecem e são reconhecidos nessas instituições, e de suas paixões na propulsão de um estado de guerra.

A retração dos direitos do cidadão face às adversidades políticas, que exemplarmente se apresenta na condenação de Lula, ampliam a potencialidade do reconhecimento espetacular nas relações intersubjetivas, institucionais, sociais. Francisco Bosco (2017), na obra “Violência e sociedade de espetáculo” afirma que o espetáculo é uma instância do reconhecimento social diretamente associada ao menor reconhecimento jurídico dos cidadãos. Segundo o autor (2017, p.18) “O enfraquecimento do espírito público significa o enfraquecimento da instância do reconhecimento jurídico (já que é na política que se definem os processos de ampliação de direitos)”. Isso promove a ascensão do espetáculo como instância do reconhecimento, obedecendo a uma lógica privada. Os avanços midiáticos, portanto, e a preocupação do órgão julgador com a construção de um cenário espetacular, na decisão condenatória para o caso Lula, são evidências da fragilidade do espírito público ali presente e da necessidade daquele órgão obter por outras vias o seu próprio reconhecimento.

A fragilidade do espírito público é a fragilidade de uma ética pública e de responsabilidades dos sujeitos políticos que estão configurando as instituições. A democracia pressupõe responsabilidades políticas. Tais responsabilidades são conformadas pela obediência responsável à ética e ao direito no espaço público que ocupa. O sujeito político responde em suas mediações intersubjetivas e institucionais. “Responsabilizar o sujeito político é lembrar-lhe que ele nunca pode se manter completamente isento do sistema do qual participa e das violências sociais e econômicas que esse sistema produz.” (GROS, 2017, p.23) As responsabilidades devem ocupar um espaço importante na democracia, sob pena de a própria democracia sucumbir. É o que ocorre no Brasil contemporâneo, pós deposição da Presidenta legitimamente eleita, Dilma Rousseff- o desmoronamento democrático.

Adauto Novaes, na obra “Fontes passionais da violência”, (2017) seleciona um conjunto de ensaios por meio dos quais afirma buscar responder “Qual o papel das violências passionais nos destinos da humanidade”, lembrando que a violência é uma força apaixonada. E o autor conduz o pensamento para refletir com Leopoldo e Silva que a violência é parte do humano, como dialética da criação e da destruição, presentes nas relações sociais, que tentam escondê-la e na política que tenta racionalizá-la.

O que assistimos no campo das relações sociais no Brasil, sobretudo na recepção e exposição de todo o processo incriminador e da decisão proferida contra o líder político Luiz Inácio Lula da Silva, sejam elas midiáticas ou jurídicas, é a tentativa de ocultamento e da racionalização da violência destrutiva da democracia brasileira instrumentalizada pela força apaixonada do humano. Humano atrás e em nome das instituições.

Não há como negar a paixão humana no cenário brasileiro de estabelecimento da violência contra a democracia brasileira, no último biênio. E nele o ódio e o ímpeto de destruição que impulsionam o homem atrás das instituições, notadamente políticas. Novaes (2017, p.10), cita o diálogo de Freud e Einstein em “Por que a guerra” e o consenso entre os autores de que o homem carrega em si um instinto de ódio e de destruição que o mobiliza. E, com Alain (2017, p.12) afirma que qualquer paixão justifica-se por ela mesma. Que a verdadeira causa do ódio é o ódio, que cresce no próprio movimento. Esse ódio e esse ímpeto de destruição é identificável nos contextos jurídicos que suportam o cenário da desconstrução da democracia no Brasil.

A busca incessante de atingir o líder político Lula é movida por impulsos de ódio e necessidades de reconhecimento de existência objetiva de certos atores sociais que com ele interagem no espaço público, nos espaços institucionais.

Bosco lembra que a realidade da existência humana é intersubjetiva. As paixões humanas aí estão. Não há realidade autônoma. “Para ser humanamente real, para se sentir parte constitutiva da realidade humana, para ser humano enquanto tal, o indivíduo deve ser reconhecido pelos outros” (BOSCO, 2017,p.14). A falta de reconhecimento ameaça o sentimento de si, a segurança sobre a própria existência objetiva. A luta pelo reconhecimento pressupõe a destruição do outro, não pela sua morte, mas pela sua supressão dialética. Nessa relação entre sujeitos, na busca pelos reconhecimentos, há evidência de uma necessidade intrínseca de supressão do político Lula. Bosco afirma que “A relação de reconhecimento é constitutivamente uma luta e potencialmente violenta” em que o que busca reconhecimento reage de forma a “suprimir realmente o outro que é fonte de sua angústia de inexistência objetiva.” (BOSCO, 2017, p.14).

Nesta sociedade espetacular se faz presente a necessidade de destruição do outro para o próprio reconhecimento. Isso se passa com Lula.

Considerações finais

A decisão condenatória contra o Luiz Inácio Lula da Silva além dos aspectos jurídicos da ilegalidade aferida pela não comprovação da prática de crime, pelas muitas razões já apontadas por tantos juristas, da inconstitucionalidade mostrada por constitucionalistas consagrados e que não nos é permitido reproduzir nesse espaço, traz certas preocupações basilares.

A primeira delas é o quanto essa decisão exemplar indica a instalação cada dia mais ampla e presente de uma sociedade de espetáculo, pressupondo a retração dos reconhecimentos jurídicos e portanto um afrouxamento dos direitos no estado contemporâneo. Podemos concluir com a reflexão teórica aqui apresentada que o avanço dos cenários midiáticos, que se constrói na decisão com as diversas narrativas não relacionadas ao pretense crime que se está a julgar, e que se constrói também em

muitas outras situações para justificar questões de direito estão diretamente ligadas à negação dos espaços jurídicos adequados e do sucumbir do estado de direito.

A segunda preocupação de base é que essa sociedade espetacular se impõe por meio da violência. Violência praticada contra os cidadãos, contra o povo, contra as instituições democráticas, contra a Constituição Federal e contra a democracia.

Violência que alimenta a destruição do outro, sobretudo do outro político que ao espelhar o que a sua volta se põe é responsável pela angústia humana de alguns sujeitos públicos que se veem diante da própria inexistência objetiva dentro dos processos de reconhecimento.

E tudo responde a uma lógica privada em que o espaço público se vê subjugado, num processo mobilizado pelas paixões humanas, sem discussões sobre ética e responsabilidades do sujeito político.

A saída dessa condição de dominação antidemocrática depende da capacidade da sociedade brasileira de se conscientizar deste processo e reagir contra ele.³³⁷

³³⁷ Referências

BOSCO, Francisco. Violência e sociedade do espetáculo. In NOVAES, Adauto. *Mutações: Fontes passionais da violência*. Ebook. São Paulo, Edições SESC, 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Condenação de Lula: sem fundamento legal. *Jornal do Brasil*. Disponível em <http://www.jb.com.br/sociedade-aberta/noticias/2017/07/15/condenacao-de-lula-sem-fundamento-legal/> Acesso em 19 de julho de 2017.

DEBORD, Guy. *La société du spectacle*. Paris Gallimard, 1988.

GROS, Frédéric. A ética da obediência. in NOVAES, Adauto. *Mutações: Fontes passionais da violência*. Ebook. São Paulo, Edições SESC, 2017.

NOVAES, Adauto. Org. *Mutações: Fontes passionais da violência*. Ebook. São Paulo, Edições SESC, 2017.

Onze notas sobre as fontes passionais da violência. NOVAES, Adauto. Org. *Mutações: Fontes passionais da violência*. Ebook. São Paulo, Edições SESC, 2017.

QUEM ESTÁ ACIMA DA LEI?

Maria Goretti Nagime*

Saio de minha casa de manhã e encontro com uma amiga. Ela me diz que o ex-presidente Lula foi preso, e foi pego no aeroporto, tentando fugir do país.

Disse que a televisão só falava disso, como eu não sabia? “Bandido, mas agora já era!”

Chegando em casa vi que havia sido a condução coercitiva de Lula, filmada em tempo real. Helicópteros seguindo o carro, justamente para dar um ar de prisão. Eu havia aprendido que condução coercitiva tinha utilidade quando o investigado se negava a depor voluntariamente. Sequer foi o caso. Era uma condução coercitiva sem a prévia notificação prevista no artigo 260 do Código de Processo Penal. E foi interrogado em um aeroporto, ou seja, um local estranho às dependências policiais.

Lula foi pego de surpresa, mas não a Rede Globo. Os helicópteros filmando o trajeto dos carros de polícia até o aeroporto ao vivo, ocupando toda a programação, era um desenho do Processo Penal do Espetáculo.

O juiz da ação, Sérgio Moro, sempre dá entrevistas a esta emissora de televisão e, através dela, chegou ao ponto de pedir apoio à população em horário nobre e em rede nacional. Um juiz pedir o apoio da população?

Nesta emissora também o juiz Moro divulgou em primeira mão interceptações telefônicas do réu Lula. Interceptações ilegais, sigilosas e sem que contivessem sequer crime. Inclui-se a divulgação em rede nacional de Marisa Letícia, sua então esposa, conversando com seu filho. Algo como um “Furo” para uma revista de fofoca, mas um “furo” conseguido utilizando o poder jurisdicional.

O argumento utilizado como justificativa foi – pasme-se - a própria confissão do fim do Estado de Direito. Disse que a operação que preside não deveria seguir as regras, pois trataria de uma situação especial. Segundo ele as questões da operação Lava Jato “trazem problemas inéditos e exigem soluções inéditas”.

E a rede de televisão – titular de uma das maiores, se não a maior fortuna do país - trata-o como seu representante, o herói. Produz um discurso nesse sentido e nele investe fortemente, como em uma hipnose diária aos telespectadores. O público alvo, quem compraria o discurso, são os despolitizados.

Assim como na época pré-nazista, sob a falsa justificativa de combate à corrupção, expressões e movimentos fascistas vão saindo do esgoto, sendo incentivados e naturalizados. E órgãos estatais envolvidos na persecução penal claramente vêm sendo influenciados por esta onda de fascismo.

O juiz Sérgio Moro não foi tratado como herói por ser juiz, ou seja, por ser imparcial, mas justamente por ser parcial, por significar oposição política ao réu. Por evidenciar sua parcialidade e confessar ignorar a lei.

* Advogada, mestrandia em Sociologia Política na Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (UENF) e pós-graduanda em Direitos Humanos e Estudos Críticos de Direito no Conselho Latinoamericano de Ciências Sociais (CLACSO).

Duas revistas do mesmo grupo de mídia da emissora o colocaram nas capas em uma metáfora de luta de boxe, lutando contra Lula, como opositor a Lula. No uniforme de lutador de boxe, as cores do partido de oposição ao partido de Lula. Atônita com a naturalidade com que a situação era tratada nas capas de revista, a população perguntava-se: se Moro está naquela luta, então quem é o juiz?

Assim como as revistas, toda a população sabia que Moro iria condenar Lula, com ou sem crime.

Institutos de pesquisa, como o Datafolha, incluíram o juiz Moro nos questionários de intenção de voto como opção eleitoral, como um político candidato de oposição a Lula.

A evidente suspeição, no entanto, não era reconhecida como um vício, mas como motivo de orgulho, representação da classe dominante, um verdadeiro símbolo da onda de fascismo. “Passar por cima da lei” é motivo de orgulho para a classe que vive da exploração ou dos que reproduzem as lições ensinadas por esta classe através da hipnose da mídia de massa. Como consequência, é comum ouvir “Quero que ele seja preso, não importa como nem por quê”.

Ao final de seus dois mandatos como presidente da República, Lula tinha mais de 90% de aprovação da população, segundo os institutos de pesquisa IBOPE e DATAFOLHA. Se condenado em segunda instância, não poderá concorrer novamente à presidência da República.

Lula deixou de ser tratado como titular de direitos. O grupo político e os institutos que protagonizaram o Golpe de Estado que depôs uma presidente legitimamente eleita são os mesmos que querem impedir a candidatura de Lula via *Lawfare*.

Ficaram mais nítidas suas intenções pelos escandalosos cortes do governo golpista nas pastas sociais. E Lula é justamente símbolo de um projeto de inclusão social. Citemos como exemplo de sua gestão a eliminação do trabalho escravo infantil na região do Nordeste, o que provocou a ira da classe que era beneficiada com a escravidão.

Sua sentença ocorreu no dia seguinte à reforma trabalhista. Não se pode ignorar a correlação dos fatos e o teor revanchista que une os dois acontecimentos.

Todos sabiam que Moro iria condenar Lula. Muitas arbitrariedades foram cometidas em prejuízo a Lula e de forma a criar notícias para aquela rede de televisão durante mais de um ano. Quando veio a sentença, a fragilidade da acusação conseguiu ficar ainda mais nítida.

A sentença diz que um apartamento é de Lula e de sua falecida esposa. No Brasil existe uma grande burocracia até o reconhecimento de uma propriedade. É necessário pagar altas taxas em cartórios e aguardar trâmites para, enfim, ter uma escritura registrada, com a necessária matrícula do imóvel no Registro Geral de Imóveis. Muito menos do que proprietário, Lula sequer teve posse direta ou indireta do imóvel. O imóvel sempre esteve em nome da OAS. Todos os itens afirmados na sentença como sendo “prova de propriedade” – visitas no imóvel, vontade de adquiri-lo, reserva do bem para futura aquisição – mesmo se provados, nunca serviriam como prova de propriedade caso qualquer cidadão quisesse provar judicialmente ser dele um imóvel.

Por isso a sentença tornou-se motivo de piada jurídica em todo o país. Sobre transferência da propriedade de um imóvel apenas de forma verbal, adquirir um imóvel

bastando a visita ou a intenção de compra futura, lavagem de dinheiro sem dinheiro, etc.

Na faculdade de Direito costumávamos ouvir piadas sobre juízes vaidosos, juízes "estrelas", juízes que primeiro decidem e depois pensam em como justificar sua decisão. Mas tudo me parecia distante ou, no mínimo, clandestino. Nunca conheci nenhum operador do Direito que, julgando um caso, pensaria em dar entrevista agradecendo à população pelo apoio, vazaria para programa de televisão grampo judicial sigiloso – e sem diálogo revelando crime - de esposa de investigado conversando com o filho. Ilegalidade dentro de processo eu já havia visto acontecer, claro, mas chegado o ponto de o juiz não se preocupar em ao menos parecer imparcial, pelo contrário, orgulhar-se de ser símbolo de oposição a uma pessoa que ele julga, de suas medidas fugirem às regras previstas, e tudo isso estando sob holofotes: trata-se da completa desmoralização do judiciário.

No dia de hoje o PSDB, partido de oposição à Lula e protagonista do Golpe de Estado de 2016, disponibilizou em seu sítio eletrônico uma pesquisa de opinião. A questão posta era: “A condenação do ex-presidente Lula pelo juiz Sérgio Moro, na sua opinião, mostra:”. Existiam três respostas possíveis de serem respondidas na enquete: “1- Que não existe ninguém acima da lei no Brasil”, “2 – Que a justiça foi feita” e “3- Que foi uma decisão política.”

Em uma hora de enquete no ar, mais de 94% dos votantes haviam respondido que “foi uma decisão política”. Em duas horas de enquete no ar, o sítio eletrônico retirou a pesquisa e em seu lugar exibiu um comunicado: “desculpe, mas a enquete não está mais disponível”.

Um líder historicamente reconhecido por projetos implementados de inclusão social e combate à fome ser condenado penalmente sem provas com o objetivo de ceifá-lo das eleições presidenciais traz três consequências visíveis: o aumento de descrédito atribuído ao Poder Judiciário, o afastamento entre o Direito, a justiça e a sociedade no Brasil e a demonstração da fragilidade do Estado Democrático de Direito.

CASO LULA: UN PAÍS AL MARGEN DE LA LEY

María José Fariñas*

Desde hace tres años Brasil atraviesa un contexto social, económico, jurídico y político de gran retroceso, que ha derivado en una peligrosa crisis sistémica nacional. El último episodio ha sido la sentencia emitida por el juez Sérgio Moro en el caso de corrupción abierto por el MP contra el Expresidente de Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010), justo un día después de ser aprobada en el Senado la mayor reforma laboral en años con restricciones importantes a los derechos de los trabajadores y regresiones en las políticas sociales llevadas a cabo precisamente en las legislaturas encabezadas por Lula da Silva.

Tanto la forma como el contenido de todo este proceso judicial, incluyendo el partidario seguimiento mediático, apuntan a la puesta en práctica de un “derecho penal de autor”, donde el Expresidente Lula, y no los hechos, se ha convertido en el objeto mismo de la sanción legal. La percepción que se tiene internacionalmente es que asistimos a un juicio político *ad personam*, sobre todo si comparamos este caso con otros posibles casos de corrupción, como el de Aécio Neves o el del propio Presidente Michel Temer, cuyas cuantías lo sobrepasan con creces, pero que están siendo fuertemente protegidos por el STF.

Todo parece indicar que el fallo judicial del juez Sérgio Moro carece de prueba suficiente, teniendo en cuenta que entre los bienes confiscados ni siquiera aparece el Tripex de Guarujá, que es el objeto material de la sentencia condenatoria por corrupción. Pero la intención del mismo no es encarcelar directamente a Lula ya que lo convertiría en un “mártir” a ojos de gran parte de la ciudadanía brasileña, agravándose aún más la fractura social, sino de impedir que se pueda organizar para presentarse a las próximas elecciones presidenciales en 2018. Conseguido el *impeachment* contra la Expresidenta Dilma Rousseff hace un año (y no precisamente por corrupción), toca ahora la condena contra el Expresidente Lula da Silva, para destruir definitivamente su carrera política y, con ello, debilitar al PT y allanar el camino para las reformas estructurales de corte neoliberal, que el Gobierno de Temer ya ha iniciado.

A mi juicio, el trasfondo de todo esto es el de una cierta “anomia constitucional”, tal y como la explicó el *iusfilósofo* argentino Carlos Santiago NINO en su libro *Un país al margen de la ley*. Brasil se asemeja cada vez más a “un país al margen de la ley”, donde impera una cultura del incumplimiento y de la impunidad (un “todo vale” con tal de conseguir el poder y el dinero), con prácticas consentidas de corrupción, favoritismo administrativo, arbitrariedad, elitismo, defensa política de los intereses oligárquicos, corporativos o particulares, y con graves disfunciones en la representación política democrática. Todo lo cual se ha agravado desde las revelaciones de corrupción en la empresa estatal Petrobras.

* Catedrática de Filosofía y Sociología del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid (España).
jose.farinhas@uc3m.es

Obviamente, todo esto desemboca en una quiebra del Estado de Derecho (en tanto que *rule of law*) y de la estructuración democrática de toda la sociedad. Si falla el Estado de Derecho, la situación política deriva en autoritarismo o anarquía (o en un cierto Estado de Excepción). Si falla la democracia, la situación deriva en exclusión social, desigualdad socioeconómica e injusticia.

La Sentencia del juez Moro contra el Expresidente Lula, al igual que algunas actuaciones recientes del STF o del Parlamento brasileño, ponen de manifiesto algo preocupante. Por un lado, una inobservancia generalizada de las normas jurídicas, y especialmente un incumplimiento de las normas constitucionales (dada su eficacia normativa directa) en beneficio de sujetos e intereses concretos y privados. Por otro lado, la ignorancia de los fines generales perseguidos por las normas jurídicas, es decir, la satisfacción de expectativas y derechos para la mayoría.

La ciudadanía lo percibe como una falta de "lealtad constitucional" por parte de los poderes públicos y privados, es decir, la utilización de las normas constitucionales con fines diferentes para los que fueron creadas. O dicho de otra manera y al estilo de García Márquez, "burlar las leyes sin violarlas o violarlas sin castigo". Finalmente, los ciudadanos se sienten desconfiados, frustrados y desafectados con respecto a las normas e instituciones que permiten la vertebración democrática, basada fundamentalmente en el respeto y la protección de los todos los derechos para toda la ciudadana, reforzándolos y/o blindándolos contra –parafraseando a Luigi Ferrajoli– los "poderes salvajes" tanto arcanos como los nuevos derivados de la globalización neoliberal.

Además se cae en una falsa retórica de las llamadas a la honradez política y a la lucha contra la corrupción, que no va a buscar las causas, sino sólo a incidir sobre algunos resultados finales. La causa es la siguiente: el sistema político y económico brasileño está en ruinas, pasa por su peor momento. Existe una crisis institucional muy grave, una cooptación de las instituciones democráticas por los intereses privados de los grandes poderes económicos y financieros, un secuestro de la voluntad popular, así como una restricción de derechos y libertades fundamentales. Se ha caído en la estrategia del caracol y los verdaderos corruptos siguen impunes. Paralelamente el principal problema social persiste y radica en el propio sistema político y económico productor compulsivo de desigualdades de todo tipo. La cuestión no está sólo en una ética individual. Es el sistema el que sostiene la corrupción.

Si no se tiene claro que el objetivo último es la igualdad, la inclusión social, los derechos sociales, el trabajo digno y el interés general, nadie va a luchar en serio contra los delitos económicos ni contra la corrupción política y la extorsión. Pero tampoco Brasil conseguirá salir del subdesarrollo social y político. Seguirá siendo un sistema que sobre el *papel* y solo así se podrá denominar Estado constitucional de Derecho. Un Estado que permite que se utilice ahora la figura del Expresidente Lula como "chivo expiatorio" de la podredumbre de todo un sistema netamente plutocrático que actúa ya sin contrapesos. Brasil no responde al modelo de Estado de Derecho y democracia que proclaman sus leyes y su Constitución, pero tampoco estamos ante su negación total. No se debería olvidar que las instituciones ganan o pierden prestigio por lo que hacen, pero también por lo que con ellas se hace.

O PREVISTO JULGAMENTO DE LULA

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima*

“Nunca te guies pela lei do arbítrio, que sói ter muito cabimento com os ignorantes presumidos de agudos. (...) Desde, porém, que vos deixei e subi pelas torres da ambição e da soberba, entraram-me alma adentro mil misérias, mil trabalhos e quatro mil desassossegos”³³⁸.

Sem nenhuma surpresa, veio a público em 12 de julho de 2017 a decisão do juiz titular da 13ª Vara Federal no Paraná, Sérgio Moro, sobre o caso a envolver o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Uma condenação de nove anos e meio, mais a interdição para o exercício de qualquer cargo ou função pública pelo dobro do tempo da pena, de acordo com o inciso II, art.7º da Lei nº. 9.613/1998: “[o]bjetivamente, o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e o seu associado Paulo Tarciso Okamoto foram acusados pelo Ministério Público Federal da prática de crime corrupção e de lavagem de dinheiro e, na sentença, será exclusivamente examinada a procedência ou não da acusação, nem mais, nem menos”, diz o par. 56 da decisão. Eventual imparcialidade do julgador, como constantemente alegada pela defesa do Réu, constituir-se-ia em “mero diversionismo”, de acordo com o par. 57 (e ainda os par. 65, 138, 148) do texto da sentença. No dia 16 de julho, a defesa do ex-Presidente deu publicidade ao oferecimento de embargos de declaração. No dia 19 de julho tornou-se público o/a “despacho/decisão” do Juízo da 13ª Vara Federal no Paraná com a improcedência destes embargos.

Porque se pode afirmar que a condenação não trouxe nenhuma surpresa? Há consequência negativas para o que ainda resta da democracia brasileira com a procedência de tal afirmação? A sentença³³⁹ poderia absolutória? Enfrentarei brevemente estas perguntas.

O juiz Sérgio Moro já havia escrito, desde 2004, qual seria um dos principais fundamentos da validade de suas decisões, especialmente quando se trata de punição em desfavor de “poderosos” da economia e da política. No seu escrito “Considerações sobre a operação *mani pulite*”³⁴⁰, Sérgio Moro não deixa dúvidas: a opinião pública deverá ser envolvida de forma decisiva em casos de processos de políticos proeminentes:

Um Judiciário independente, tanto de pressões externas como internas, é condição necessária para suportar ações judiciais da espécie. Entretanto, a opinião pública, como

* Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt. Professor Titular da Universidade de Fortaleza e Procurador do Município de Fortaleza.

³³⁸Cervantes, Miguel de. D. Quixote de la Mancha. V. III. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações, 2002, pp. 166/262.

³³⁹A sentença traz erros gramaticais e digitação: “(...) medida que, ao final, não ultimou-se” (par. 71, p. 16/218); “Petrorás” (par. 189, p. 34/218). Não se nega o saber do autor da sentença: é ele portador do título de Doutor em Direito pela UFPR, além de professor na mesma Universidade. Os enganos não são dignos de nota por serem apenas erros; a que todos estamos sujeitos. Merecem destaque em razão de evidenciarem a pressa na prolação de uma decisão num caso tão complexo e de tanto impacto na vida institucional brasileira, como o sentenciador reconhece (pags. 960, 961, p. 218/218).

³⁴⁰Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nº 26, de julho/setembro de 2004, pp. 56-62.

ilustra o exemplo italiano, é também essencial para o êxito da ação judicial. (...) Talvez a lição mais importante de todo o episódio seja a de que a ação judicial contra a corrupção só se mostra eficaz com o apoio da democracia. É esta quem define os limites e as possibilidades da ação judicial. Enquanto ela contar com o apoio da opinião pública, tem condições de avançar e apresentar bons resultados. Se isso não ocorrer, dificilmente encontrará êxito³⁴¹.

Não parece problemático que se conclua sobre a percepção do Autor: a força da aplicação do direito, mesmo numa democracia, depende mais da opinião pública do que maturidade das instituições judiciárias. Aquela é que “definirá” esta. Não terei espaço para explicitar a parcialidade dos meios de comunicação no Brasil e no mundo, ainda mais nos tempos atuais. Igualmente, não se deve presumir que o juiz que conduz a Operação Lava Jato não possua discernimento sobre os meios de comunicação e seus vínculos com interesses econômico, políticos e os seus próprios, e mesmo seu papel nas sociedades modernas. O que deve ser registrado é que Sérgio Moro não gasta uma única linha de sua reflexão sobre a possibilidade de imparcialidade dos meios de comunicação.

Em outras palavras: somente com o apoio intenso e permanente dos meios de comunicação é que a justiça poderá ser realizada. Como não se pode imaginar apoio dos meios de comunicação às ações judiciais que não lhe interessam, é razoavelmente fácil de conceber que, no mínimo, deverá ocorrer convergência de interesses: entre o poder judiciário que exerce sua tarefa de processar e julgar e os meios de comunicação que intensa e permanentemente informam a opinião pública destes processos e julgamento levados pelo poder judiciário. Também ausente na reflexão de Sérgio Moro é a comparação com o caso italiano, tomado como paradigma, e a concentração do econômico dos grupos detentores dos meios de comunicação no Brasil. Na Itália, a diversidade de informação existe. O exemplo brasileiro é precisamente o oposto.

Na esteira de seu pensamento, Sérgio Moro não deixou dúvidas quanto ao lado que escolheu. Na busca de consolidar sua ideia exposta em 2004, compareceu a diversos eventos e recebeu prêmios patrocinados por meios de comunicação abertamente desfavoráveis ao Partido dos Trabalhadores e aos ex-Presidentes Lula e Dilma Rousseff, e até pelos principais adversários políticos como o hoje Prefeito de São Paulo, João Dória; determinou desnecessária condução coercitiva do ex-Presidente Lula e fez vazar conversas telefônicas - logo para a Rede Globo - em que a então Presidenta da República fazia-se ouvir, usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal; deixou-se sorridente fotografar com a principal liderança de oposição ao Partido dos Trabalhadores e de seus governos. Estes são apenas alguns episódios mais destacados. Há inúmeros deles, a exigirem mais detalhes, mas se encontram na forma de fontes primárias para pesquisadores com maior espaço para escrita, e estão disponíveis em sítios da rede mundial³⁴².

Há um elemento objetivo que possibilita a confirmação de parcialidade do juiz Moro. O próprio Sérgio Moro pediu “escusas” ao Min. Teori Zavascki quando da divulgação indevida de conversa telefônica entre o ex-Presidente Lula e a então Presidenta Dilma

³⁴¹Id. Ib., pp. 57/61.

³⁴²As peças processuais da defesa do ex-Presidente Lula, com descrição dos fatos e com argumentação jurídica, estão disponíveis em <http://www.averdadedelula.com.br/pt/>.

Rousseff³⁴³. Embora se saiba que “escusas” não se constituem em qualquer figura processual a dissipar punição por infração praticada por magistrado, causou espanto a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região quando esta atitude do juiz Moro foi reclamada naquela Corte. As palavras do Relator são claras, a não permitirem dubiedade quanto decidem pela não aplicação de qualquer penalidade ao juiz da 13ª Vara Federal no Paraná³⁴⁴:

Ora, é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada “Operação Lava-Jato”, sob a direção do magistrado representado, constituem *caso inédito (único, excepcional)* no direito brasileiro. Assim, tendo o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas de investigados na referida operação servido para preservá-la das sucessivas e notórias tentativas de obstrução, por parte daqueles, garantindo-se assim a futura aplicação da lei penal, é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art. 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal. (...) Parece-me, pois, incensurável a visão do magistrado representado (...).

Até o momento, não se deu a revisão deste entendimento do juiz Moro, confirmado pelo TRF da 4ª Região. Neste conjunto de fatos objetivos reside também o fracasso da democracia brasileira e de sua Constituição Federal. Nossa democracia sempre teve enormes dificuldades para lidar com o republicanismo no âmbito do Poder Judiciário. O sentimento de casta, a gozar de privilégios especiais, com a concepção clânica da política tem caracterizado uma sociedade de tradição escravocrata, a preferir ser servida. Mesmo os olhares conservadores sobre o Brasil constatarem tal realidade³⁴⁵.

Como explicar que se sinta um juiz livre para cometer atos ilegais, e ainda dar ampla divulgação desta ilegalidade sem qualquer repreensão? Somente a certeza da impunidade relativamente aos seus atos, e o compadrio das instâncias superiores finalmente capturadas pela “opinião pública” explicam a sobrevivência de afrontas tão graves à democracia e à Constituição.

Estes precedentes tornaram possível que se previsse a decisão que condenou o ex-Presidente Lula. Era o desfecho anunciado. Há a sádica celebração dos que são contrários ao ex-Presidente e que não se cansam de dizer que “Lula deve ser preso” sem saberem qual crime teria sido cometido e, menos ainda, quais seriam as provas. Por isso, respondo ao que indaguei no começo deste rápido escrito: desde o começo do processo, qualquer um já sabia que Lula seria condenado. Esta percepção era difundida amplamente em quase todos os meios de comunicação, quase todos os dias, com mais frequência após a apresentação das alegações finais da acusação e da defesa. Naturalmente que um ambiente institucional, ainda que regulado por uma constituição e leis a possuírem as formais eficácia e vigência, mas que permite a alguém que ingresse em juízo já condenado, não pode ser caracterizado como estado de direito. A ausência da possibilidade de um julgamento justo, sem condenação prévia, desencadeada por

³⁴³No par. 126, p. 24/218, o magistrado reconhece que “pode ter errado” quanto ao levantamento do sigilo das conversas gravadas.

³⁴⁴P.A. CORTE ESPECIAL Nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS. <https://gedpro2.trf4.jus.br/form imprimir.html.asp?codDocumento=8527569>, acesso em 30.09.2016, pp. 4-5 de 5.

³⁴⁵O melhor exemplo fica por conta de Fco. José de Oliveira Vianna e seu “Instituições Políticas Brasileiras”, publicado em 1949.

um juiz parcial, como é o caso que se analisa, só enfraquece a Constituição, as leis e a democracia.

O que a sentença contra o ex-Presidente significa não é a derrota processual que o atinge. A sentença é a derrota final de uma ordem constitucional que se queria nova no País. Tratava-se de um Constituição moderna, dirigente, intervencionista, que oferecia os mecanismos para que o Brasil fosse menos desigual e mais generoso com seu povo. Após a Emenda Constitucional nº 95/2016, que suspendeu a Constituição existente, e com a sentença contra Lula, não há mais Constituição, e não há mais democracia com um Poder Judiciário parcial e que não corrige a si quando se faz necessário.

Os reacionários de primeira e última hora têm mesmo o que comemorar. Quem nada tem a festejar é exatamente quem lutou por esta Constituição, quem deu sua vida pela democracia, pela independência do Poderes – de forma especial do Judiciário e pela ação do Ministério Público – e agora tem que assistir como os poderes do Estado podem ser usados para liquidar adversários. Talvez o erro tenha sido dos setores progressistas brasileiros, tão cegos a ponto de imaginar que, no Brasil, a “elite” nacional poderia atingir patamar civilizatório razoável, ainda que sob uma forte modelo de economia de mercado.

Mas os que perpetraram o golpe de 2016 contra Dilma Rousseff, e os que o apoiaram estes, também são derrotados. O que atinge Lula agora, o precedente que se abriu com a remoção do cargo de uma Presidenta acerta o alvo do lado dos golpistas, vez que o rubicão foi atravessado. Não tenho a ingenuidade de pensar que o poder dos grandes meios de comunicação, em aliança com a burocracia judiciária patrimonializada, e com a elite econômica dependencista, tenham aprendido que, aquilo que atinge Lula, Dilma e o Partido dos Trabalhadores também os acerta, como agora se vê com os casos do Sen. Aécio Neves e do Pres. Michel Temer. Seria exigir destes setores algum progresso civilizatório, que nem de longe são capazes de enxergar. Não temos no Brasil uma elite que aprecia e respeita a história e o povo que possuem: ao contrário, odeiam o povo mestiço com quem são obrigados a conviver. Resta ao País, então, caminhar pelas próprias pernas, com seu povo. Sem esta ação, jamais deixaremos de ser um país do futuro.

“QUID PRO QUO” SEM “QUID” BREVE ANÁLISE DE UMA SENTENÇA “SUI GENERIS”

Mauricio Stegemann Dieter*

Jacson Zilio**

1. Introdução

Diante de escândalos do mundo jurídico a regra, hoje, é chegar tarde: a velocidade na qual circulam as comunicações impede maiores reflexões e exige dos teóricos posições, com sorte, *prêt-à-porter*.

Não foi diferente no caso da sentença mais esperada e previsível do ano. Várias opiniões, todas apressadas e mais ou menos corretas, já foram expostas nos diferentes meios de comunicação, de massa ou alternativos.³⁴⁶ Seguindo a polarização e avidez que marcam a atual cena política, a essa hora tanto defensores quanto detratores do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva já estão devidamente abastecidos de munição para o enaltecimento ou descrédito da decisão assinada pelo juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba, um pouco antes das duas da tarde da quarta-feira, 12 de julho de 2017.

Agora, ânimos um pouco menos acirrados, a proposta é passar aspectos da controversa decisão pelo pente fino de uma análise jurídico-penal, de natureza essencialmente técnica, tentando resgatar alguma objetividade para uma discussão qualificada. Objetivo, entretanto, que não se realiza sem assumir posição, pois difícil ignorar que essa sentença também coloca em jogo, sem qualquer exagero, o futuro do país, notadamente quando se projetam, no horizonte, sombras verdadeiramente autoritárias, oriundas da noite obscurantista de um passado ditatorial recente.

2. O tamanho importa

Antes de enfrentar o mérito, contudo, do ponto de vista meramente quantitativo, é preciso reconhecer que se trata de uma peça incomum por sua extensão; com 216 páginas e 962 parágrafos, contrasta com a absoluta maioria das decisões judiciais que, Brasil à fora, absolvem ou condenam centenas de pessoas diuturnamente.

Uma conhecida estimativa, de base oficial, revela que 89% das condenações que mandam homens à prisão referem-se a apenas oito crimes, a maior parte deles (51%) praticados sem violência ou grave ameaça.³⁴⁷ Essas decisões coloquiais, como podem atestar os defensores públicos, frequentemente não passam de 15 folhas, são recheadas

* Professor de Criminologia e Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-Doutor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Doutor pela Universidade Federal do Paraná.

** Professor de Criminologia e Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Doutor pela Universidade Pablo de Olavide (Sevilha/Espanha).

³⁴⁶ No equilíbrio possível entre imediatividade e qualidade, poucas opiniões se destacaram tanto quanto a do competente e conhecido criminalista Nelio MACHADO (“Críticas à defesa do ex-presidente Lula mostram parcialidade de Moro”, disponível em <http://www.conjur.com.br/2017-jul-12/nelio-machado-sentenca-lula-mostra-parcialidade-moro>).

³⁴⁷ Especialmente meras subtrações e o comércio de substâncias que o Estado diz que você não pode consumir. Ver os dados consolidados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), de dezembro de 2014, publicação oficial do Ministério da Justiça.

de chavões e fórmulas vazias e contam com redação marcada por frequentes erros de concordância, a indicar o pródigo uso de mecanismos como “auto-texto” e “copiar/colar”, praxe no requentado exercício de punir: são sentenças tão pobres em número páginas e técnica quanto seus destinatários preferenciais em termos de renda. No cotidiano forense das manifestações judiciais em matéria criminal, usualmente e com as honrosas exceções de sempre, há automação no atacado e cuidado apenas no varejo. Nada, enfim, remotamente parecido com a infundável ladainha que subtraiu a atenção dos criminalistas nos últimos dias, cuja maior preocupação é justificar a si mesma e não, propriamente, acertar o caso penal do processo.³⁴⁸

O tempo necessário para redigir algo desse insólito porte revela quão pueril é a ingênua expectativa legal de que os juízes sentam, eles próprios, em frente ao computador pra redigirem integralmente suas sentenças, do relatório à dosimetria.³⁴⁹ Fora dessa ilusão, é fácil perceber que se está diante de uma peça montada aos poucos, antes do fim da instrução, em torno de um já consolidado bloco condenatório, ali posto desde o recebimento da denúncia – ou, talvez, mesmo antes, como especulam os partidários do réu. De vantajoso, ao menos, apenas o fato de que o amplo elogio corporativista a esse catatau proíbe, a partir de sua publicação e uma vez defenestrado o valor da síntese,

³⁴⁸ A escolha da palavra ladainha aproveita sua popular conotação pejorativa para assinalar o recalitrante lamento do juiz da causa com o comportamento dos defensores e alguns de seus superiores. Primeiro, mostra bastante ressentimento em relação ao puxão de orelha público que recebeu do falecido Ministro Teori Zavascki, construindo ao final uma narrativa em busca de redenção parcial, sem sucesso. Segundo, queixa-se das constantes críticas do uso instrumental da mídia para levar adiante o processo, o que considera, equivocadamente, ser uma mera extensão do direito à liberdade de expressão. Terceiro, justifica não só a dolosa violação de sigilo telefônico da presidente da República como simples “erro” de sua parte na consecução das melhores intenções (podemos apenas supor como “interpretaria” tal erro um juiz com as mesmas características no julgamento desse fato), como rejeita as alegações de franca ilegalidade no grampo telefônico que determinou contra o advogado Roberto Teixeira, apologeticamente reduzindo esse absurdo a uma falta menor provocada pelo excesso de trabalho. Quarto, em tom quase infantil, censura os advogados criminalistas – exceto os adeptos da delação e assistente de acusação, por motivos tão pedestres que não valem a tinta – ao mencionar repetidas vezes a suposta “inadequação” das diversas alegações defensivas e reclamar da “animosidade” e “hostilidade” dos advogados, de quem o Juízo parecia esperar, ao que tudo indica, uma “docilidade útil” que só deve ser esperada dos procuradores de delatores, já que a advocacia, ensina Sobral Pinto, não é profissão para covardes. Talvez alguém tão suscetível ao contraditório devesse repensar a magistratura como carreira, pois o incômodo revelado mostra incompatibilidade com as exigências essenciais ao cargo. Nesse sentido, é importante enaltecer a coragem dos advogados de verdade que atuaram no caso, em especial a combativa posição de Juarez Cirino dos Santos, referido de modo negativo na sentença – o que, em todo caso, deve ser motivo de orgulho, porque sinaliza o cumprimento da missão constitucional contra o arbítrio.

³⁴⁹ No caso seria improvável, para dizer o mínimo, de nos filiarmos ao que seria a mera formalidade do registro informático das atividades do Juízo. Pois consta que os autos foram conclusos para sentença na terça-feira dia 11 de julho de 2017, exatamente às 16:17:21. Menos de 24 horas depois, às 13:52:56 da quarta-feira, dia 12, o juiz assina digitalmente a sentença condenatória, incluída no processo às 13:54:07. Mesmo de supor um espartano sono de 5 horas entre um dia e outro, a conta de trabalho ininterrupto é de um minuto por parágrafo de análise, transcrições à parte, ou seja, virtualmente impossível. Em outro sentido, de consideramos o registro do evento 939 do processo, que assinala “autos com juiz para sentença” às 12:45:23 do dia 21 de junho – um dia após as apresentações dos Memoriais escritos das Alegações Finais das defesas – há um espaço considerável de 22 dias, que obriga a escrita de dez páginas por dia; sem ser irrealizável, é bastante puxado e, de todo, incompatível com a jornada da famosa Vara responsável pela “Lavajato” (sic).

que juízes reclamem do tamanho das alegações finais apresentadas por advogados e defensores.

Para encerrar, no que é permitido dizer a partir do volume que salta aos olhos, a longa sentença confirma o mantra de que “escrever pouco é escrever bem”. Em elogio ao adágio, mais não será preciso dizer e parte-se, com isso, do continente ao conteúdo.

3. A corrupção da lei

A hipótese acusatória contra Luiz Inácio Lula da Silva é bastante simples: no final de 2009 ele teria agenciado junto à OAS, por meio dos Srs. Paulo Okamoto e João Vaccari Neto, um “upgrade” no apartamento que ele e sua esposa estavam financiando na praia do Guarujá/SP. Esse “upgrade” consistiria na entrega de uma unidade maior, no último andar, decorada e mobiliada às expensas da empreiteira, valendo-se de uma parte do dinheiro destinado ao Partido dos Trabalhadores a título de propina, como contrapartida por três contratos de consórcios integrados pela empresa com a Petrobrás.

Aceitas com as devidas reservas as versões das testemunhas de acusação, tudo indica que o que aconteceu foi mesmo algo próximo a isso. Especialmente se validadas as declarações do presidente da OAS, José Adelmario Pinheiro Filho, mais conhecido como Leo Pinheiro, elogiado pelo julgador por sua estranha “colaboração informal” e merecedor de mais de 20 páginas de minucioso, cansativo e impotente detalhamento.

O problema, para a sentença, é que essa história é, por si só, insuficiente tanto para uma adequação ao tipo legal de corrupção passiva quanto para o de lavagem de dinheiro contra o ex-presidente, e não é preciso ser muito letrado para compreendê-lo.

3.1. No princípio, são os verbos

A situação típica do artigo 317 do CP tem por ações nucleares *receber*, *solicitar* ou *aceitar*. Estas, por sua vez, referem-se a uma vantagem indevida imediata ou potencial, definida como condição para o exercício de alguma atribuição funcional. Para caracterização primária da tipicidade objetiva, portanto, é necessário demonstrar que o acusado tenha efetivamente *recebido*, *solicitado* ou *aceito* uma vantagem ou sua promessa, para fins de fazer ou deixar de fazer algo indevidamente, caracterizando a troca de “um favor por outro”, o tal e famoso “*quid pro quo*”.

Por que isso não se concretiza, no caso? Analisem-se as hipóteses separadamente.

Pode-se descartar, de plano, o *recebimento*, porque o ex-presidente jamais poderia *receber* algo que sequer estava concluído, sendo-lhe impossível exercer qualquer uma das dimensões elementares do direito de propriedade – usar, gozar, fruir e dispor – sobre o imóvel. Em particular, quanto a esse ponto, espanta aversão do magistrado pela disciplina dos direitos reais, que reduz à frivolidade. Seja como for, não há dúvida possível sobre a afirmação: se não por força do direito civil, que o magistrado solenemente despreza, pela pura força da lógica, o ex-presidente jamais *recebeu* o apartamento.

Diferente é a perspectiva da imputação que gira em torno da *solicitação* ou da *aceitação*, que não fracassam por falta de lógica, mas de evidência.

Pois não há, como a sentença é obrigada a admitir de forma velada, prova de que o ex-presidente tenha de fato *solicitado* à OAS esse “upgrade”, seja pessoalmente, seja por

meio de outrem. Ao que tudo indica, a crença geral entre os membros da OAS envolvidos no caso é de que o apartamento realmente seria destinado ao ex-presidente e sua família; mas não há nada – rigorosamente nada – na sentença a comprovar que ele realmente teria pedido essa específica vantagem para si ou para outrem, direta ou indiretamente. A notícia de que seria dele o triplex é, no fundo, apenas isso: um ouvir dizer, em torno da qual muitos atuaram, mas que jamais foi comprovado, nem mesmo pelos que se encarregaram de levar a obra adiante.³⁵⁰

Quanto ao *aceitar*, a acusação é particularmente inverossímil; o ex-presidente e sua esposa mostram pouco ou nenhum interesse pelo novo apartamento e sua transformação e, embora possam ter em algum momento considerado a aquisição do triplex rabisando uma proposta jamais apresentada, a conduta da família é incompatível com a expectativa real de desfrutar dessa vantagem imobiliária no futuro.³⁵¹ Evidentemente, além de não caracterizar o tipo objetivo, tal comportamento deveria servir para excluir o dolo, mas essa opção não foi levada a sério.

Como se vê, na falta de ações substanciais atribuíveis ao presidente, a acusação paira no ar de maneira frustrante para quem a formulou, faltando-lhe densidade.

Sem se fazer de rogada, a decisão condenatória aterra essa insustentável leveza atribuindo-lhe o peso de uma crença firme na culpa. A inversão não é exatamente sutil: a falta de um pedido expresso é considerada parte da estratégia de ocultação e a apática indiferença pelo bem é vista como outra evidência do enorme conluio elaborado pelos que vivem a certeza de desfrutar o imóvel futuramente. A sentença, então, claramente decide a dúvida em prejuízo ao réu, violando em grande estilo a determinação constitucional e despudoradamente promovendo a mentira de que a defesa tem por obrigação a demonstração inequívoca de suas alegações – tese muito ao gosto dos inquisidores modernos, em que pese antijurídica.

3.2. “Fi-lo porque qui-lo”³⁵²

Mesmo que uma cansativa retórica pudesse preencher o vácuo da lógica e das provas relacionadas aos verbos do tipo, e não foi por falta de tentar, não se encontram na sentença sequer indícios de uma retribuição específica por parte do então presidente em troca do apartamento superior, definido como vantagem.

³⁵⁰ Lembrando que a compra dos empreendimentos imobiliários da Bancoop pela OAS, entre os quais o prédio no Guarujá onde o ex-presidente tinha adquirido cotas para aquisição de uma unidade, foi precedida de uma avaliação técnica que considerou positivo o investimento, só depois autorizada pelo presidente da empresa. A aquisição, portanto, estava comercialmente respaldada, independentemente da propriedade potencial do bem por quem quer que seja.

³⁵¹ Lula teria visitado a unidade apenas uma vez, sem maior interesse pelo imóvel. Mais: suas afirmações no ato do interrogatório, de que o imóvel não lhe agradava e de que não tinha a menor pretensão de frequentar a praia do Guarujá, por questões pessoais, foram sumariamente desconsideradas, embora bastante críveis. Ainda, é interessante notar que a “personalização” do apartamento foi, de todo, impessoal: em nenhum momento, nem ele nem a ex-primeira-dama, participaram da elaboração ou opinaram sobre os caros projetos de decoração levado adiante pela OAS. Mas esse descaso não é, ao contrário de outras questões circunstanciais, objeto das ilações do julgador, que prefere conjecturar exclusivamente em desfavor ao acusado.

³⁵² A frase “Fi-lo porque qui-lo” é atribuída ao ex-presidente Jânio Quadros, para reforçar a caricatura que dele se faz. Gramaticalmente o correto é “Fi-lo porque o quis”.

De fato, não há qualquer prova de que o tenha feito ou omitido algo à frente do Executivo Federal a fim de beneficiar a OAS – e muito menos em troca do benefício em discussão. Nem nomeação de diretores, nem direção da política econômica, nem nada.

A especulação de que, com isso, uma empreiteira conquistaria genericamente os bons favores da presidência é, por óbvio, insuficiente para caracterizar corrupção nos termos da lei e a condenação, apesar de obstinado esforço, não consegue ignorar essa falta. Trata, por isso mesmo, de dribla-la alegando que o pagamento “em razão” do cargo público já seria suficiente para caracterização do crime de *corrupção passiva*, apesar da vasta e pacífica literatura e jurisprudência acumuladas sobre o tema, a exigirem que a vantagem se refira a algo concreto, remetendo à célebre expressão *ato de ofício*.³⁵³ Não basta ser presidente, portanto: é preciso fazer algo vinculado a essa posição em favor do corruptor para caracterizar o tipo objetivo do crime.

Deixar de exigí-lo, a propósito, além de grave inovação contra a exigência de lei certa imposta pelo princípio da legalidade, também causaria, pela desigualdade, um problema político-criminal: considerando que a *corrupção ativa*, prevista no art. 333 do CP, exige expressamente que a *oferta* ou *promessa de vantagem* indevida se dirija à prática, omissão ou retardo de *ato de ofício*, apenas o funcionário público seria punível por corrupção no Brasil, excluído o particular da incriminação por ser incapaz de realiza-lo. Não por outro motivo, com acerto, a doutrina caracteriza a *corrupção passiva* como mercancia de atos concretos que possam ser praticados, precisamente, em função da ocupação de determinadas ocupações públicas.

Para dobrar essa esquina, como antecipado, a sentença lançou outra novidade: a referência a jurisprudência ianque sem qualquer mediação, vulgarizando o direito comparado em comparação de ocasião.

Ora, se analogia em prejuízo ao acusado é proibida pela lei (“*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*”), então o que dizer dessa inédita analogia “*contra legem*” e “*in malam partem*” a partir de precedentes estrangeiros sem qualquer contextualização? Pois foi exatamente o que fez a sentença. Pior: sequer atentou para o fato de que o crime de corrupção tem, nos dois países, definições bastante distintas, além de convenientemente ocultar que, em alguns dos julgamentos citados, os crimes imputados eram diferentes, o que impediria a equivocada comparação direta.³⁵⁴ Em

³⁵³ Situação análoga ao art. 333 do CP, no qual isso aparece de modo complementar, com todas as letras. Na jurisprudência sobre o tema, confira-se, por exemplo, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os seguintes processos: APn 307/DF, 2ª Turma. Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 13/12/1994 e a famosíssima APn 470/MG. O juiz, por óbvio, não desconhece a jurisprudência, mas aqui deixou de lançar mão dos precedentes para seguir um caminho próprio – novamente, em detrimento à expectativa de liberdade do acusado.

³⁵⁴ A questão, como sabe qualquer estudioso honesto de direito comparado, é bastante mais complexa, e jamais poderia ter sido invocada como foi na sentença. Em todo caso, apenas para que não reste dúvida do que está em jogo: A “*Hobbs Act*” é uma lei federal de 1964 que somou ao “*US Code*” uma nova incriminação, a “*extortion under color of official right*”, incluída no parágrafo 1951. Ao contrário da definição de “*bribery*”, de extensa previsão no parágrafo 201, e que via de regra exige um “*quid pro quo*” explícito na transação, ainda que não efetivamente realizado pelo agente público. Assim, por exemplo, nos citados “*US v. DiMasi*” e “*US v. Abbey*”, estamos diante de acusações, entre outros crimes, de “*extortion*” e não “*bribery*”, o que já impediria uma assimilação teórica sem as devidas ressalvas. E, mesmo nesses caso, havia previsão do efetivo recebimento de dinheiro (o que sabidamente não houve no caso

uma avaliação rigorosa, conduzida por professores intelectualmente honestos, o manejo desse tipo de artifício em trabalho acadêmico teria como resposta, na melhor das hipóteses, uma severa admoestação e, na pior, uma reprovação sumária. Tratando-se de manifestação judicial, infelizmente, a correição técnica passa longe e não incomoda a maioria dos Tribunais, tornando-se mera curiosidade alegórica, exemplo de (falsa) erudição importada.

Em síntese, a conclusão simplista, em oposição à lei e partidária da acusação que justificou a aplicação de pena foi a seguinte: a “mera ocupação” do cargo de presidente já é, em si mesma, uma contrapartida pela *aceitação da expectativa de vantagem*, e nada disso requer prova cabal para caracterizar *corrupção passiva* no ordenamento jurídico brasileiro.

Pura presunção, suficiente apenas para os que se satisfazem com a própria convicção: o primeiro “*quid pro quo*” sem “*quid*” da história nacional.

3.3. A sorte dos que vão com muita sede ao pote

Volte-se à advocacia do diabo: então a OAS realmente deu um “upgrade” para o apartamento que estava sendo financiado pelo Sr. Luiz Inácio e sua esposa, na esperança de que a expectativa de desfrute futuro do imóvel o mantivesse soprando – ainda que sem ser mais presidente – bons ventos em direção às velas da empreiteira. E, apesar do que prevê a figura típica definida pelo Código Penal, chame-se isso de *corrupção passiva*. Seria, então, possível uma condenação?

A resposta é negativa. Dessa vez, por conta da natureza jurídica do crime.

Pois, para a imensa maioria dos penalistas, a *corrupção* é classificada como um tipo de *mera atividade* (ou formal). Por que isso é importante? Ao contrário dos chamados crimes *de resultado*, os de *simples atividade* não admitem a forma tentada; em outras palavras, não existe a possibilidade jurídica de *tentativa de corrupção*: ou o agente público foi comprado, ou não foi.

Consequentemente, o lapso temporal entre o *solicitar* ou *aceitar* vantagem indevida e, de fato, *recebê-la* e dela usufruir, caracteriza o que convencionalmente se chama nos manuais de *exaurimento*: a situação típica já está totalmente caracterizada, pouco importa a vantagem ser realmente aproveitada, o crime está consumado.

A implicação dessa compreensão é clara: mesmo na pior das hipóteses – e ao arrepio da lei – o que se descobriu foi a evidência de *atos preparatórios* para uma possível corrupção futura, que na ausência de *solicitação* ou *aceitação* inequívoca só iria se materializar com o *recebimento*, nunca efetivado – talvez, justamente por conta do açodamento da investigação, o que não deixa de ser irônico. Sem, ao menos, início da execução, a punição é proibida, ainda que tenha existido uma articulação coletiva para tanto, como reza a cartilha dogmática a partir do artigo 31 do Código Penal.

À luz desses esclarecimentos seria preciso, por consequência, inventar uma *corrupção* “*sui generis*” para poder condenar o ex-presidente, correto?

do triplex, a propósito), apenas dispensando-se uma contrapartida específica a justificar a oferta, razão pela qual, nessa hipótese, se dispensa o “*quid pro quo*”.

Foi exatamente o que fez a sentença: legislou para a ocasião e incluiu no ordenamento jurídico brasileiro o pomposamente chamado *crime de corrupção complexo*, até então desconhecido das leis e da literatura técnica de tradição continental. Um delito sob medida, caracterizado por diferentes atos e tempos e no qual, ao contrário da inconveniente definição do Código Penal, o tipo de injusto não se esgota na ação, viabilizando a censura desejada. Crimes de mentira, condenações de verdade.

Por isso parece suficiente, a título de conclusão provisória, dizer sobre a correção da sentença em relação à suposta *corrupção passiva* o seguinte: o Sr. Luiz Inácio foi condenado em função de um bem que nunca *recebeu*, nem foi provado ter *solicitado* ou *aceitado*, pago com dinheiro de não se sabe onde e em troca de nada em particular.

Lato ou stricto sensu, condenado por uma *corrupção atípica*.

4. Lavagem a seco

O sobressalto determinado pela destruição de qualquer parâmetro legal na imputação de *corrupção passiva* não esgota o alarmante potencial da sentença.

É que a condenação do ex-presidente incluiu, ainda, a *lavagem de dinheiro*, em *concurso material*.

Mas visto antes que, seja por força da lógica ou do direito civil, nunca houve *recebimento* do imóvel, o quê, exatamente, poderia o ex-presidente “lavar”, no sentido de incluir no sistema regular de circulação de bens a fim de ocultar a origem ilícita do apartamento?

Se, a partir do artigo 1º da Lei 9613/98, sabe-se que há explícita exigência de que o bem tenha origem em prévia infração penal (crime ou contravenção), então isso pressupõe ao menos duas ações. Primeiro, a posse de um bem originário de uma ação penalmente ilícita – o que, no caso, não ocorreu. Segundo, a regularização desse bem por meio de artifícios, que escondam sua proveniência e permitam seu uso.

A decisão, nesse ponto, apela genericamente para a corrupção na Petrobras, sustentando que o dinheiro da OAS para a mudança e decoração do apartamento na cobertura que seria do ex-presidente veio de um “propinoduto” qualquer. Isso, entretanto, não passa o umbral da especulação, pois não há qualquer demonstração desse vício de origem, ausente o rastreio do dinheiro destinado a esse fim pela empresa. Os valores tanto podem ter vindo desse caixa escuso quanto da conta regular de pessoa física ou jurídica, simplesmente não há como saber.

Para, novamente, tentar contornar esse óbice fático, a decisão alega que é o próprio apartamento que “lava” a corrupção “*sui generis*” do réu. O problema, nesta hipótese, é não ser admissível que uma só ação – o “upgrade” da unidade da Bancoop financiada pelo ex-presidente e sua esposa pela OAS – atenda simultaneamente às funções de “lavar” e “ser lavado”.

E mesmo que o imóvel tenha sido uma tentativa da empresa de “lavar dinheiro” destinado ao partido do ex-presidente, comprando com dinheiro “sujo” um apartamento que eventualmente lhe seria entregue, essa acusação nunca poderia ser imputada ao próprio, mas exclusivamente à OAS, única autora desse suposto delito.

Sem esquecer que, no limite, o que se insinuava em relação ao crime anterior de corrupção era a *aceitação* de uma *expectativa de vantagem* – ainda que a troca de nada em particular – por parte do antigo líder do Executivo nacional. E, de ser assim,

descobriríamos a existência de uma nova e misteriosa figura típica da “*lavagem de bens em haver*”, permitindo uma releitura processual penal do célebre filme de Anselmo Duarte, intitulado “o lavador de promessas”. Cômico, não fosse trágico: sem tirar nem pôr, nesses termos um cidadão brasileiro foi condenado a pena de 9 anos e seis meses de reclusão, em regime fechado.

Para (literalmente) cúmulo, a excêntrica condenação dessa “dupla de um” é apresentada como se fosse *concurso material*, embora a definição legal do artigo 69 do Código Penal exija, com toda a clareza, a prática de múltiplos crimes por meio de “mais de uma ação ou omissão”.

Assim, entre outros prodígios já denunciados, também descobrimos na sentença que o zero não é parcela neutra na adição de pena. Pois, ainda que fosse comprovado que o acusado era o real possuidor do apartamento, o uso desse bem não poderia constituir sua própria “lavagem”, mas o mero *exaurimento* da *corrupção*, desfrutando-se do apartamento em troca de um *ato de ofício* praticado pelo então presidente (tudo isso inexistente, vale lembrar).

Em outras e mais simples palavras, ainda que tudo o que o Ministério Público tenha dito fosse verdade, isso não poderia caracterizar dois crimes, porque usar um apartamento recebido como contrapartida por uma ação em função de cargo público não caracteriza novo crime, mas *post-factum* impunível do próprio crime de *corrupção passiva*. A razão é simples: sempre existe unidade de ação naqueles tipos que abarcam uma *unidade de valoração*.³⁵⁵ Na verdade, o caso não representa um concurso de crimes, mas sim uma forma de interpretação de tipos penais (conflito aparente de leis penais). O critério do *antefato* e *pós-fato copunidos* estão em relação de consunção com o fato principal. São, portanto, punidos em conjunto com o fato principal.³⁵⁶

Mas, na busca do objetivo final, quem se importa com detalhes?

5. Um caso de direito penal de autor: materialidade por autoria

Feita a análise das imputações típicas, privilegiando suas dimensões objetivas, outra parte da sentença que chama especialmente a atenção é o momento de aplicação da pena.

Regimes autoritários tem uma predileção pelo chamado direito penal de autor (*Täterstrafrecht*), em geral caracterizado pela legitimação do poder de punir por meio de tipificação de características – físicas, sociais, políticas, ideológicas - de determinados autores. Trata-se, *grosso modo*, de um sistema fundado na personalidade, no ânimo antissocial do autor.³⁵⁷

³⁵⁵ O que também acontece, por exemplo, nos delitos sexuais, de maus-tratos ou no tráfico de drogas (por meio da aquisição de drogas para venda posterior, sem que tenhamos aqui dois delitos).

³⁵⁶ Por exemplo, o dano na coisa furtada pelo ladrão não constitui delito de dano, mas sim um fato compreendido no conteúdo de injusto do furto, como parece desnecessário esclarecer para qualquer estudante ou bacharel em Direito.

³⁵⁷ STRATENWERTH, Günter, KUHLEN, Lothar, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München: Verlag Franz Vahlen, 2011, p. 32. Também, de forma bastante crítica, ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlangen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. A. Auflage*. München: Verlag C. H. Beck, pp. 178-189. O Código Penal alemão (*StGB*), tal como o brasileiro, ainda contém expressa influência do direito penal de autor: “§ 46 Grundsätze de Strafzumessung. Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der

Por outro lado, o chamado direito penal de fato, afim aos regimes democráticos, caracteriza-se pela descrição de comportamentos que podem, se realizados, ofender bens jurídicos vitais ao indivíduo e à sociedade. O princípio constitucional *nullum crimen, nulla poena sine lege* dá primazia ao direito penal de fato, pois os tipos penais devem descrever ações para serem precisos.

Tanto um quanto outro repercutem no campo da tipicidade e da culpabilidade. A tipicidade de direito penal de autor pretende oferecer uma teoria criminológica de tipos de autor e, com isso, abarcar determinados grupos de indivíduos (*Lehren vom kriminologischen Täter-typ*), enquanto que a tipicidade de direito penal de fato alcança comportamentos proibitivos possíveis de realização por todo corpo social imputável. A culpabilidade de direito penal de autor preocupa-se com a reprovação oriunda da condução da vida (*Lebensführungsschuld*), ao passo que a culpabilidade de direito penal de fato interessa-se pela reprovação pelo tipo de injusto concretamente realizado. Portanto, um reprova o autor pelo que ele *é*; outro, pelo que ele efetivamente *fez*.

Isso tudo, porém, não significa que as manifestações autoritárias do direito penal de autor são referidas apenas aos elementos jurídicos do delito. O momento de determinação da pena é, certamente, muito revelador do nítido autoritarismo do sistema de direito penal de autor, entre outras coisas porque (a) reforça a censurabilidade do indivíduo por má condução pretérita da vida, (b) dá ampla margem de discricionariedade ao julgador e (c) consome o princípio da liberdade por ideias utilitaristas (segurança, defesa social etc.).

No Brasil, apesar da reforma realizada em 1984 na Parte Geral do CP, o arbítrio na determinação da pena continuou imenso. O art. 59 do CP determina que o juiz estabelecerá, dentro dos limites previstos, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, a quantidade de pena aplicável, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Esse dispositivo não apenas permitiu a incorporação do direito penal de autor, como também a consolidação da jurisprudência no sentido do livre poder judicial na determinação da pena, um verdadeiro drama na vida de qualquer autor condenado: lei e jurisprudência incorporaram elementos jurídicos indeterminados (*personalidade*, por

Strafe. 2Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen. Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen namentlich in Betracht: die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende; die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille; das Maß der Pflichtwidrigkeit; die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat; das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie; sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen, sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen. Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht berücksichtigt werden." Ao permitir ao juiz levar em conta a vida pretérita do autor, as circunstâncias pessoais e econômicas, o Código Penal alemão também permitiu influências do direito penal de autor na medição da pena (JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil. Berlin: Duncker und Humblot, 1996, § 6, III, 2).

exemplo) e dados desvinculados do fato cometido (*conduta social, antecedentes criminais e reincidência*, por exemplo).

A única leitura democrática possível é extrair desse dispositivo dois juízos fundamentais para determinação da pena: de um lado, o juízo de necessidade, pois uma pena desnecessária para fim preventivo não pode ser imposta; de outro lado, um juízo de suficiência, complementar ao juízo de necessidade, inferido da relação entre a lesão de bem jurídico, a conduta concreta do agente, sua capacidade de motivação e a consequência jurídica a ser imposta. Ambos juízos, então, compõem um juízo maior de culpabilidade pelo fato como limite da pena: a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade.

Dentre as circunstâncias de ponderação previstas no art. 59 do CP, que devem ser submetidas ao crivo da necessidade e da proporcionalidade e que servem como caminho do processo de determinação da pena, a culpabilidade pelo tipo de injusto - que não é a mesma que compõe o delito, porque do contrário se estaria violando o princípio *ne bis in idem* - é a referência essencial como fator de individualização da pena. Mas cuidado: culpabilidade aqui é dado de conteúdo empírico que retrata a capacidade de motivação do agente para o fato por ele realizado, em face dos apelos normativos da ordem jurídica aos quais tivera acesso, ou seja, acessibilidade aos apelos de proibição ou de determinação. Em outras palavras: um critério em função do que o sujeito poderia efetivamente fazer ou não fazer, quando submetido a uma norma vinculante de sua conduta. Conseqüentemente, os demais critérios complementares do art. 59 do CP devem necessariamente estar vinculados ao fato (logo, estão excluídos os critérios dissociados do fato, como fatores morais, antecedentes criminais, conduta social, personalidade, por exemplo) e só podem ser considerados em favor do réu, como esclarece Juarez TAVARES.³⁵⁸

Apesar dessas balizas possíveis de limitação do arbítrio, o autoritarismo penal consegue contorná-las para materializar um perfeito exemplo de direito penal de autor. Embora isso se reproduza no cotidiano da atividade judicial do sistema penal brasileiro, o exemplo da sentença proferida no *caso do triplex* é paradigmático.

Como visto, Luiz Inácio Lula da Silva foi condenado pelo delito de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Entre os oitos indicativos previstos no art. 59 do CP, quatro não foram valorados (*maus antecedentes, conduta social, motivos e comportamento da vítima*). Foram valoradas negativamente as *circunstâncias, as conseqüências, a personalidade e a culpabilidade*.

Todas elas, contudo, foram valoradas de forma errada.

As *circunstâncias* foram entendidas negativamente porque “a prática do crime (de) corrupção envolveu a destinação de dezesseis milhões de reais a agentes políticos do Partido dos Trabalhadores, um valor muito expressivo. Além disso, o crime foi praticado

³⁵⁸ “Em qualquer caso, elementos subjetivos relacionados ao autor só podem ser invocados em seu prejuízo se tiverem influenciado, previamente, o desvalor da ação. Todos os demais fatores – como, as circunstâncias contidas no artigo 59 do CP – só devem ser usados em favor do autor. Fatores morais ou outros relacionados à suposta má conduta do autor são estranhos ao processo de individualização e devem, desse modo, ficar de fora de qualquer avaliação” (TAVARES, Juarez, *Culpabilidade e individualização da pena, em Cem anos de repressão: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*, Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 135).

em um esquema criminoso mais amplo no qual o pagamento de propinas havia se tornado rotina”. Na mesma linha, as *consequências* seriam desfavoráveis “pois o custo da propina foi repassado à Petrobrás, através da cobrança de preço superior à estimativa, aliás propiciado pela corrupção, com o que a estatal ainda arcou com o prejuízo no valor equivalente”.

Estes pontos deveriam ser analisados na relação entre culpabilidade e fato concretamente realizado. A questão aqui é: avaliação da gravidade do fato como lesão ao bem jurídico e consequências do delito, ou seja, quanto maior a gravidade e as consequências abrangidas pelo âmbito de proteção da norma, maior a culpabilidade. Caberia, portanto, cotejar todos aqueles dados que envolvem o processo de desenvolvimento da ação, as facilidades e dificuldades da execução, os fatores externos no processo de produção do resultado (comportamento da vítima, de terceiros ou das autoridades), a extensão do dano, o valor dos bens lesados, a reparação como forma de limite de sua extensão, a duração do ilícito, a divisão de tarefas na execução, as relações objetivas do autor com a vítima, etc., sempre que esses fatores não configurarem, em razão do princípio da proibição de dupla valoração, circunstâncias determinadas pela lei (agravantes e atenuantes). Portanto, o valor expressivo da corrupção pode sim ser valorado na determinação da pena, mas desde que se refira à relação entre culpabilidade e fato concretamente realizado. O problema da sentença é que valorou duplamente esse “valor muito expressivo” nas circunstâncias e nas consequências, pior ainda, nas duas situações num evidente rompimento na relação culpabilidade-fato concretamente realizado, pois os valores não foram considerados aqueles da imputação. Com isso se afrontam os princípios da proibição da dupla valoração e da culpabilidade.

Além do mais, as consequências fogem dos limites possíveis de conhecimento do agente. Isso é inadmissível e constitui uma forma de responsabilidade objetiva. As consequências possíveis de valoração, por óbvio, são apenas aquelas relacionadas ao tipo de injusto imputado, das quais o agente tenha pleno conhecimento ou, no mínimo, já apareçam como previsíveis (*verschuldete Auswirkungen der Tat*). FRISCH exige corretamente que as consequências estejam abrangidas pelo âmbito de proteção da norma.³⁵⁹ Não se incluem, portanto, as consequências externas ao tipo de injusto não conhecidas pelo agente e não abarcadas nos fins protetivos da norma violada, tais como o dano psicológico sofrido pelas vítimas de delitos de roubo, à bancarrota e, depois, o suicídio da vítima de estelionato ou até os danos à saúde e morte dos consumidores de drogas.³⁶⁰

A sentença também considerou a culpabilidade elevada.³⁶¹ Errou mais uma vez. Não

³⁵⁹ ZStW 99 (1987, p. 754).

³⁶⁰ Confira-se, nesse sentido, por todos, TEIXEIRA, Adriano, Teoria da aplicação da pena. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

³⁶¹ O argumento foi este: “O condenado recebeu vantagem indevida em decorrência do cargo de Presidente da República, ou seja, de mandatário maior. A responsabilidade de um Presidente da República é enorme e, por conseguinte, também a sua culpabilidade quando pratica crimes. Isso sem olvidar que o crime se insere em um contexto mais amplo, de um esquema de corrupção sistêmica na Petrobras e de uma relação espúria entre ele o Grupo OAS. Agiu, portanto, com culpabilidade extremada, o que também deve ser valorado negativamente. Tal vetor também poderia ser enquadrada como negativa a título de

existe culpabilidade pela posição social ou política do autor. O que a sentença faz é confundir juízo de reprovação pelo tipo de injusto realizado (elemento do delito) com juízos de necessidade e suficiência (diretrizes de fixação da pena). Na verdade, o máximo que se poderia fazer aqui é avaliar, também dentro da relação entre culpabilidade e fato, a autonomia do agente, que envolve contextos da vida consistentes na verificação das dificuldades concretas individuais ou sociais enfrentadas para realizar o fato apesar dos apelos normativos da ordem jurídica, isto é, quanto maior a autonomia, maior a culpabilidade. Isso porque fatores concretos da vida, como os decorrentes de relacionamentos pessoais e familiares, de emprego ou de desemprego, de riqueza ou de miséria, de formação educacional ou de despreparo, de poder e de submissão, influem diretamente na autonomia. Mas, em se tratando de alguém sem nenhuma dificuldade de exercer sua autonomia, de seguir sua vida normal sem realizar o fato, a culpabilidade deveria ser normal, sem necessidade de ser diminuta, é dizer, não necessitaria uma diminuição aquém dos limites fixados.

Do fato não se extrai, ademais, condições externas que dificultassem o exercício da autonomia, tais como “a coação individual ou social, a relação de dependência do autor em relação a outrem, quer como funcionário, empregado ou simplesmente companheiro, ou a falta de outro meio institucional que lhe possibilitasse a realização de um resultado juridicamente adequado”³⁶². Logo, não há nenhuma razão para entender que a simples posição de poder – social ou político – autorizaria uma culpabilidade maior na fixação da pena. Essa forma de proceder viola o próprio princípio da culpabilidade pelo fato, abrindo espaço para o ingresso do direito penal de autor.

Por fim, quando a sentença fala de “especial reprovação” como critério para determinação da pena, revela adotar uma inadmissível teoria unificada ou mista da pena, com prevalência da ideia de retribuição. Entretanto, essa reprovação mencionada no art. 59 do CP apenas significa que a pena aplicada deva ser proporcional ao dano ou ao perigo ao bem jurídico. A ideia de retribuição, portanto, está excluída do processo de determinação da pena, simplesmente por conta da incompatibilidade de ordem constitucional, já que é “inadmissível que, em um Estado de direito democrático, se pudesse associar à pena uma natureza puramente repressiva sem qualquer utilidade”.³⁶³ A prevenção do crime, portanto, é o único fundamento possível para configurar os juízos de necessidade e suficiência da pena.

6. Algumas conclusões possíveis

Uma análise técnica logo encontra na sentença, em sua quase insuportável extensão, problemas dogmáticos de primeira ordem e todos tão evidentes que dispensam maior fundamentação teórica.

Também revela que a decisão pretendeu, pelo cansaço, contornar os óbices que impediam uma condenação com inovações contrárias à lei, em nome de uma messiânica luta contra a corrupção. Algo louvável, talvez, não fosse o fato de que pressupõe, sem limite, o sacrifício da liberdade humana, assegurada pelo respeito aos direitos fundamentais ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, ao juiz natural,

personalidade. Considerando três vetoriais negativas, de especial reprovação, fixo, para o crime de corrupção passiva, pena de cinco anos de reclusão.”

³⁶² TAVARES, Juarez, Culpabilidade e individualização da pena, p. 144.

³⁶³ TAVARES, Juarez, Culpabilidade e individualização da pena, p. 123.

à correlação entre acusação e sentença, à proteção à intimidade e vida privada, à presunção de inocência, à vedação de provas ilícitas etc.

O Estado de Direito caracteriza-se pelo poder legal de controlar pulsões punitivas utilitaristas gerais e individuais.

A sentença analisada, contudo, confirma que nem sempre isso é possível.

Do ponto de vista político, ao menos, a condenação é o começo de uma despedida do julgador: com seu protagonismo encerrado, sobrarão os resíduos dessa fama que não parece ter sido de todo indesejada, especialmente diante do aberto ativismo na defesa da causa, de ser referente jurídico informal de parlamentares, de promover iniciativas legislativas, defender a própria atuação em artigos de opinião e convocar e orientar partidários da operação em manifestações, entre outras atividades proibidas ou não recomendadas aos magistrados, em função da dignidade do cargo.

E do ponto de vista jurídico, que é aqui mais importante, essa condenação deixa estampado que a dogmática penal nem sempre consegue barrar, pelo controle dos meios, os fins que movem determinadas agências penais, a despeito dos princípios constitucionais formalmente vigentes. Nesse contexto, o direito penal de autor é a regra consolidada dessa democracia de ocasião e suas decisões judiciais “sui generis”.

Resta saber como os Tribunais que aguardam esse processo vão lidar com tamanho quiproquó.

Bibliografia

JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil. Berlin: Duncker und Humblot, 1996.

MACHADO, Nelio. Críticas à defesa do ex-presidente Lula mostram parcialidade de Moro. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2017-jul-12/nelio-machado-sentenca-lula-mostra-parcialidade-moro> (Acesso em 21 de julho de 2017, às 15:37)

ROXIN, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlängen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. A. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2006.

STRATENWERTH, Günter, KUHLEN, Lothar, Strafrecht Allgemeiner Teil, München: Verlag Franz Vahlen, 2011.

TAVARES, Juarez, Culpabilidade e individualização da pena, em *Cem anos de reprovção: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*, Rio de Janeiro: Revan, 2011.

TEIXEIRA, Adriano, Teoria da aplicação da pena. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

DELAÇÃO PREMIADA VERSUS DIREITO AO SILÊNCIO. QUEM GANHA NA SENTENÇA?

Michelle Aguiar*

No dia 12 de Julho de 2017, o fraco sistema democrático que ainda rege o Brasil sofreu mais um duro Golpe. Foi divulgada sentença proferida pelo juiz da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, Sérgio Moro, condenando o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva a 9 anos e 6 meses de prisão na Operação Lava Jato.

O caso analisado envolvia a compra de um tríplex localizado no Guarujá, no litoral paulista e as acusações seriam, em suma, de que teria supostamente o ex Presidente Lula participado conscientemente de um esquema criminoso envolvendo o Grupo OAS e a Empresa Petrobras.

Neste sentido, aduziu o Ministério Público Federal que o Grupo OAS, seria um dos grupos empresariais que teriam promovido o pagamento de vantagem indevida em contratos da Petrobras a agentes públicos e a agentes ou partidos políticos e que, concernente a esses valores, R\$ 3.738.738,00 teriam sido destinados especificamente ao ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, corporificados através da disponibilização de um apartamento tríplex sem que houvesse pagamento do preço correspondente pelo então ex-presidente.

A tese foi acolhida pelo juízo, sentenciando Luís Inácio Lula da Silva aos crimes de corrupção passiva, conforme artigo 317 do Código Penal, com a causa de aumento na forma de seu §1º (em razão de ato de ofício ou de dever funcional) do mesmo dispositivo legal e, por um crime de lavagem de dinheiro do artigo 1º, caput, inciso V, da Lei n.º 9.613/1998, alcançando-se o patamar de 9 anos e seis meses de reclusão.

Ocorre, que durante a leitura da extensa sentença (em exatas 218 páginas), é possível verificar-se uma postura absolutamente parcial, arbitrária e de lógica inquisitória por parte do *juízo a quo*. E mais grave do que isto, por diversas vezes é externada a defesa de atos que contrariam direitos e garantias fundamentais do acusado e do próprio ordenamento jurídico brasileiro, no que tange ao sistema acusatório e democrático.

Um exemplo nítido desta afirmação se respalda na defesa das chamadas delações premiadas e, em contrapartida, na reprovação ao direito ao silêncio, como assim é elucidado em página 44, parágrafo 251 da referida sentença:

Quem, em geral, vem criticando a colaboração premiada é, aparentemente, favorável à regra do silêncio, a omertà das organizações criminosas, isso sim reprovável. Piercamilo Davigo, um dos membros da equipe milanese da famosa Operação Mani Pulite, disse, com muita propriedade: **"A corrupção envolve quem paga e quem recebe. Se eles se**

* Advogada Criminal, Pós-graduada em Processo Penal e Garantias Fundamentais (ABDConst-RJ), Bacharel em Direito (IBMEC-RJ), Diretora de Pesquisa da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (Abracrim-RJ) Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Membro do Law Enforcement Against Prohibition (LEAP). Delegada da Comissão de Prerrogativas (OAB/RJ). Autora de diversos artigos jurídicos na área criminal.

calarem, não vamos descobrir jamais" (SIMON, Pedro coord. Operação: Mãos Limpas: Audiência pública com magistrados italianos. Brasília: Senado Federal, 1998, p. 27).³⁶⁴

Salta aos olhos que um magistrado seja capaz de defender o instituto da delação premiada como se esta fosse um meio incontestado de salvação da nação (como já ocorreu em diversos eventos anteriores à sentença) e se reprove o direito ao silêncio, que constitui uma das dimensões do Direito a Ampla Defesa do acusado.

Em apartada síntese, o direito ao silêncio constitui o princípio do “*nemo tenetur sine detegere*”, ou seja, o direito de não produzir prova contra si mesmo e “*calar-se*”, direito esse, como já mencionado acima, que compõe a dimensão do Direito de Ampla defesa; pilar fundamental do sistema processual penal democrático, esculpido em sede constitucional, consoante inciso LXIII, artigo 5º da Constituição Federal.

Frisa-se que a opção de ficar em silêncio não pode ser interpretada *in malam partem* (para o mal) do investigado ou denunciado, noção esta que igualmente possui respaldo legal no artigo 186, parágrafo único do Código de Processo Penal³⁶⁵ e é inclusive causa de nulidade processual, conforme entendimento unânime doutrinário e jurisprudencial.³⁶⁶

Destarte, a presente sentença claramente contraria dispositivos constitucionais e legais, assim como princípios que conferem garantias fundamentais e, evidentemente, não pode ser relativizadas ou ignoradas, sob pena de retrocesso do regime democrático brasileiro.

Sublinha-se que aqui não se pretende criticar a delação premiada em si, mas sim a forma como esta tem sido utilizada nas presentes Operações, nas quais tem-se utilizado a prisão como regra e, conseqüentemente, como meio para a obtenção da confissão dos crimes praticados, a fim de se evitar a própria prisão ou a de familiares. Logo, não há um pingão de voluntariedade em se fazer qualquer tipo de delação por parte do investigado ou do denunciado, o que ele deseja é tão somente evitar a prisão, ou se já preso, buscar sua liberdade. Não há então nenhum motivo para se orgulhar ou defender um procedimento destes.

Ainda que se afirme na sentença que “*jamais se prendeu qualquer pessoa buscando a colaboração ou confissão*”³⁶⁷, não é o que a prática demonstrou ou tem demonstrado durante todas as prisões efetuadas no âmbito das Operações Lava Jatos.

Vale ressaltar que no antigo sistema inquisitório brasileiro (e que ainda se demonstra presente no atual sistema penal), o interrogatório tornou-se um ato processual de extrema relevância, posto que consistia na formalização da obtenção da prova mais valiosa, da prova inquestionável e que, por essa razão, correspondia à verdade real. Para

³⁶⁴ Íntegra da sentença disponível em http://estaticog1.globo.com/2017/07/12/sentenca_lula.pdf.

³⁶⁵ Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

³⁶⁶ A exemplo tem-se a inteligência do artigo 478 do Código Processo Penal: durante a sustentação oral as partes não poderão fazer referências, sob pena de nulidade: b) ao silêncio ou à ausência do réu em plenário.

³⁶⁷ Parágrafo 235, folhas 42 da sentença.

a obtenção desta chamada verdade incontestada e purificadora, os fins justificariam os meios, no sentido de que se haveria a possibilidade da prática de meios de tortura, desde que se obtivesse o fim almejado: a confissão.

Não se afirma aqui que o presente juízo seja defensor ou que tenha se valido de práticas ilegais ou reprováveis, mas sim de elucidar que o procedimento da delação premiada tem inevitavelmente remetido a essa época tão sombria que foi a chamada inquisição. Por quanto disto, é preciso ter cautela antes de se posicionar sobre assuntos tão polêmicos, como é o caso da delação premiada.

Sobretudo, é preocupante que ao destacar a importância da delação premiada no citado parágrafo, tenha sido elencada como referência uma bibliografia referente a chamada “Operação *Mani Pulite*”, traduzida aqui no Brasil como “Operação Mãos Limpas”.

Isto porque, em apertada síntese, a “Operação Mãos Limpas” se iniciou na Itália em 1992, com a prisão de Marcio Chiesa, então presidente de um hospício em Milão, ao ser flagrado recebendo suborno de um empresário. Esta seria então o início de uma longa sequência de prisões e investigações visando erradicar a corrupção política.

Uma das técnicas comuns de investigação neste cenário era o excesso da utilização da colaboração com o juízo (leia-se, delação premiada). Neste diapasão, expõe Renzo Orlandi que:

A Corte Constitucional havia tornado possível a prolação de sentenças com base em declarações feitas pelo corréu ao Ministério Público, ainda que não confirmadas durante o processo, diante de um juiz imparcial, no contraditório das partes. Em outras palavras, o corréu fazia um favor ao Ministério Público, fornecendo declarações incriminadoras destinadas a valer como prova no processo. Por sua parte, o Ministério Público retribuía o favor, deixando de pedir a emissão de provimentos cautelares e favorecendo uma saída “indolor” do processo por meio da barganha judicial, muitas vezes combinada com a suspensão condicional da pena.³⁶⁸

Nesse sentido, é de se refletir que qualquer semelhança com a Operação Lava Jato não é mera coincidência. Vale ressaltar que a citada “Operação Mãos Limpas” acabou por desorientar a relação entre os poderes do Estado, enfraquecendo o sistema dos freios e contrapesos³⁶⁹, atribuindo poderes incontroláveis tanto para a magistratura, quanto a procuradoria, exterminando toda e qualquer chance de direito de defesa, sendo então reconhecida como uma brusca involução inquisitória do sistema processual.

Desse modo, defender a prática da delação premiada da forma como tem sido implementada no Brasil e utilizar a Operação Mãos Limpas como se esta representasse algum passo de evolução, definitivamente contraria qualquer noção de um processo justo e de respeito à democracia. Em um momento tão sombrio para o processo penal, é preciso de juízes que defendam e cumpram as regras do Jogo, não que as derrubem.

³⁶⁸ ORLANDI, Renzo. “Operazione Mani Pulite” e Seu Contexto Político, Jurídico e Constitucional, in Constituição, Economia e Desenvolvimento. Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, vol. 8, n.15, Jul – Dez, p. 389.

³⁶⁹ O Sistema de freios e contrapesos possui como escopo garantidor a separação de poderes, possibilitando que cada poder, no exercício de competência própria, controle outro poder e seja pelo outro controlado, sem que haja impedimento do funcionamento alheio ou mesmo invasão da sua área de atuação.

A CONDENAÇÃO DE LULA: UMA PROMESSA CUMPRIDA

Nasser Ahmad Allan*

A condenação em primeira instância do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva não causou surpresa à comunidade jurídica. Nem mesmo à maior parte da população brasileira. Todos a supunham. Não, porque a instrução do processo tenha dizimado qualquer controvérsia sobre a existência de prática criminosa por parte do ex-presidente, mas, em razão daquilo que foi anunciado previamente: sua condenação. Independentemente de autoria, de materialidade e da dilação probatória, todos sabíamos que o juiz de piso condenaria o ex-presidente. Algo que ele prometeu e cumpriu.

O resultado da sentença havia sido anunciado antes mesmo de a denúncia ser oferecida pelo Ministério Público Federal. Basta recordar que no dia 16 de março de 2016, o mesmo juiz Sérgio Moro, **ilicitamente**, levantou o sigilo sobre áudios de conversas telefônicas do ex-presidente Lula e de seus familiares, sendo uma delas, mantida entre ele e a, então, presidenta Dilma Rousseff.

O juiz de piso arriscou-se. Violou à lei.

Dias mais tarde, ao tentar se explicar formalmente ao Supremo Tribunal Federal demonstrou a parcialidade, por ele sempre rechaçada, com que instruiu e julgou a ação penal contra o ex-presidente Lula. Disse o juiz em sua manifestação escrita que apesar “do diálogo interceptado [entre Dilma e Lula] **ser relevante na perspectiva jurídico-criminal para o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, já que indica o propósito de influenciar, intimidar ou obstruir a Justiça**, no que se refere à excelentíssima presidente da República, não há qualquer manifestação dela assentindo com esse propósito” (destacou-se). À frente, ele imputou, mais uma vez, conduta criminosa ao ex-presidente Lula ao afirmar que o levantamento do sigilo das gravações das conversas telefônicas tinha por escopo “**prevenir novas condutas do ex-presidente para obstruir a Justiça, influenciar indevidamente magistrados ou intimidar os responsáveis pelos processos**”³⁷⁰.

É preciso registrar que nada existe no conteúdo das conversas amplamente divulgadas pela imprensa brasileira que confirme as afirmações do referido juiz e indiquem tentativas do ex-presidente de obstruir a investigação em curso ou intimidar membros do ministério público ou da magistratura.

Depois da divulgação dos áudios obtidos através destas gravações, presenciamos uma sucessão de fatos que culminaram no golpe de Estado, com o afastamento, primeiro temporário e depois definitivo, de uma presidenta eleita, sem ter cometido crime de responsabilidade. Os atos iniciais deste enredo resultaram no uso político dos áudios por parte dos veículos da imprensa conservadora, massificando a ideia de que a

* Pós-Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Mestre e Doutor em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná. Advogado em Curitiba-PR.

³⁷⁰ Extraído de: Sérgio Moro pede desculpa por ‘polêmicas’ de áudios de Lula e Dilma. El país. São Paulo, 31. mar. 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/30/politica/1459296826_155962.html, acesso em 23. jul. 2017.

indicação do ex-presidente Lula para o Ministério da Casa Civil ocorrera para lhe conferir foro privilegiado. Decisões liminares de juízes de primeira instância, em flagrante usurpação de competência do STF, inquinaram a validade da nomeação, feita por uma presidenta da República, de um cidadão que, àquela altura, nem sequer era réu em ação penal. Pouco tempo depois, o representante político da oposição no STF concedeu liminar suspendendo a nomeação do ex-presidente Lula, como ministro de Estado.

Não deve se olvidar que em qualquer regime democrático, onde vigora o direito, um membro da magistratura também está sujeito às leis e ao cometer alguma ilegalidade deveria ser punido, respondendo administrativa e criminalmente por seus atos, o que até o momento isso não ocorreu. Ao contrário, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao julgar em primeiro julgamento da conduta reconheceu a excepcionalidade do caso. Para situações excepcionais, decisões de exceção são legítimas, foi, praticamente, o que disseram. Igualmente, alguns dos defensores do mencionado juiz de piso, adotando a lógica do utilitarismo maquiavélico de que os fins justificam os meios, vêm argumentando que a ilicitude praticada por ele contribuiu decididamente para o afastamento da presidenta Dilma e, portanto, deveria ser perdoadada.

A despeito de negar com veemência qualquer finalidade político-partidária na divulgação dos áudios, o dito juiz foi bastante elucidativo no despacho por ele proferido, ao asseverar que “o levantamento [do sigilo] propiciará (...) o saudável escrutínio público (...). **A democracia em uma sociedade livre exige que governados saibam o que fazem governantes, mesmo quando estes buscam agir protegidos pelas sombras**”³⁷¹ (destacou-se). Parece forçoso concluir que ele imputa a então presidenta Dilma e ao ex-presidente Lula a prática de ações sob proteção “das sombras”, denotando sua valoração sobre o conteúdo das conversas, extrapolando em muito o papel destinado ao magistrado, atuando como ator político.

A divulgação dos áudios das conversas do ex-presidente Lula foi, de fato, peça essencial para a consolidação do golpe de Estado, em 2016. Não tenho certeza se naquela época o referido juiz de piso tivesse a dimensão disso. A julgar por suas manifestações públicas e intervenções acadêmicas, ele não aparenta ser alguém detentor de tamanha inteligência e capacidade analítica. No entanto, algo parece inquestionável, ele intencionava impedir a obtenção de foro privilegiado pelo ex-presidente Lula, que seria alcançado com a nomeação como Ministro de Estado. Pretendia ser o juiz responsável pela instrução e julgamento da futura ação penal contra o ex-presidente Lula.

Mas, por quê? Por que assumir tão difícil encargo? A tarefa inglória de sentenciar alguém admirado pela maioria do país, porém, que desagrade a determinados segmentos, dentre eles, a casta da qual o magistrado faz parte. Talvez, por vaidade, dirão alguns. A resposta que me soa mais plausível, no entanto, é a de que pretendia garantir sua condenação. Não se podia correr o risco de se deslocar a competência ao Supremo Tribunal Federal e, conseqüentemente, ao Procurador-Geral da República. Necessitava-se que a investigação permanecesse em Curitiba. E, assim, sucedeu.

A divulgação dos áudios ocorreu no dia 16 de março de 2016. Somente, quase seis meses depois, no dia 14 de setembro, o Ministério Público Federal ofereceu a primeira denúncia contra o ex-presidente. Em uma coletiva de imprensa, **realizada a**

³⁷¹ Ibidem.

praticamente duas semanas das eleições municipais, com direito à exposição em “*power point*” e acusação por parte dos procuradores de o ex-presidente ser o chefe de uma organização criminosa. Fato, aliás, que não foi objeto da denúncia, servindo somente a macular sua imagem e honra, atacando publicamente a reputação do ex-presidente.

Pouco mais de uma semana depois, no dia 22 de setembro, foi decretada a prisão de Guido Mantega, ex-ministro da Fazenda dos governos de Lula e Dilma, que, somente, não foi concretizada porque ele se encontrava com a esposa em internamento hospitalar para tratamento contra o câncer. No entanto, ainda no dia 26 de setembro, portanto, na semana em que seriam realizadas as eleições municipais, a pedido do Ministério Público Federal, o juiz de piso decretou a prisão do ex-ministro Antonio Palocci.

Tanto a denúncia contra o ex-presidente Lula quanto as prisões de dois de seus ex-ministros, às portas das eleições, atingiram duramente a imagem do Partido dos Trabalhadores, o que prejudicou, sensivelmente, o desempenho de seus candidatos e candidatas no pleito eleitoral. Parece forçoso concluir que, em relação a estes fatos, o planejamento das ações dos representantes do Ministério Público e do juiz de piso esteve concatenado com o calendário eleitoral. Certamente, não por acaso.

Não pretendo aqui abordar as arbitrariedades praticadas pelo juiz, denunciadas pela defesa do ex-presidente, ao longo da instrução processual. Tampouco me aterei aos fundamentos, por ele, adotados na sentença para condenar o ex-presidente Lula. Neste livro há quem fará isso com maior propriedade e desenvoltura, dedicando-se aos aspectos técnico-jurídicos do caso, como a prescrição dos supostos crimes praticados, a condenação baseada em algumas provas circunstanciais colidentes ao restante do conjunto probatório, etc.

Restrinjo-me à tentativa de explicitar que o ex-presidente Lula sempre esteve condenado. Mesmo antes de ser oferecida a denúncia, já estava condenado. Ele foi, e ainda é, desde o início da Operação Lava-jato o alvo central do núcleo de Curitiba (composto por alguns membros da Polícia Federal, da Procuradoria da República e, por fim, o juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba, responsável pelos processos resultantes da operação). A investigação, a denúncia, a instrução da ação penal e, finalmente, a sentença caracterizam um processo de perseguição política, com nítida intenção de macular o capital político do ex-presidente Lula e de seu partido político, e, em último recurso, de inviabilizar sua candidatura a um novo ciclo presidencial, o que poderá ocorrer se a sentença for mantida em segunda instância, com a ressalva de que o julgamento deverá acontecer em tempo hábil para o impedir de inscrever a candidatura.

A quem importa isso, isto é, a quem foi prometida a condenação do ex-presidente Lula, e quais os outros interesses ocultados nestas ações são questões que têm suscitado muitas controvérsias, mas, creio que resultaria difícil enfrentá-las sem transitar no terreno arenoso das especulações. Creio, no entanto, que os próximos atos indicarão se há mais envolvidos nesta trama, se o calendário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região também estará conectado diretamente ao eleitoral, ou se ainda nos restaram traços do Estado Democrático de Direito e das garantias previstas no texto constitucional de 1988. A conferir.

SOCORRA-NOS, MONTESQUIEU!

Nelio Machado*

Inevitável a polêmica diante do conteúdo da sentença condenatória datada de 12 de julho de 2017, na qual o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba entendeu de condenar o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva a uma pena de mais de 9 anos de reclusão, em regime fechado.

Já tivemos ocasião de verberar, tão logo tomamos conhecimento do decisório, contra os exageros do Juiz monocrático, gizando o rigor inaudito da sanção penal.

Dogmas essenciais que dimanam do princípio da reserva legal e que se desdobram na formulação de Beling, na formatação da tipicidade, garantia elementar do cidadão em face do poder punitivo do estado, não raro avassalador, foram reduzidos a quase nada, pouco se importando o emitente da sentença com os contornos mais elementares que informam os delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

Muitos dirão com maior proficiência e melhor do que nós sobre os desvios de rumo, os contorcionismos de que se socorreu o Julgador com o fito de enxergar, com sua lupa de viés condenatório, o crime contemplado no artigo 317 do Código Penal, a partir de concepção cerebrina divorciada por inteiro da prova coligida.

Elegeu-se tese, a saber, a da configuração dos delitos, e a partir dela, como se fosse impossível repudiá-la, mesmo que em seu desfavor clamassem a ciência penal, o direito constitucional, o direito processual penal, a acusação tinha que ser prestigiada a qualquer preço, sob pena de se ter uma empreitada inacabada.

Depois de muitos lustros no exercício diuturno da advocacia criminal, restou indifarável, para os que tenham olhos de ver, a posição de extremado rigor do Magistrado sentenciante, a revelar desde os pródromos da inquisa visível tendência incriminatória, passando ao largo da unidade conceitual do Direito, convolvando o instituto da propriedade em preceito destituído de relevo à luz do Código Civil, vindo a condenar quem não tinha uso, posse ou gozo de determinado bem.

Visitação a imóvel transmudou-se em prova inequívoca da culpabilidade, do mesmo modo que inexistência de ato de ofício para benefício de terceiros também se revelou algo de somenos, de importância nenhuma, valendo toda argumentação como arrimo para validar e viabilizar a tese adredemente concebida.

De resto, na espécie, faz corar o entendimento de que seria possível desfrutar o réu ex-Presidente da República de benefícios em 2014, em razão de atos em relação aos quais a prova é débil no que lhe concerne, que teriam tido lugar em 2007 e 2009, muitos anos antes.

Nem o mais severo dos exegetas, o mais conservador dos hermeneutas, o mais tosco e rude intérprete da Lei Penal sustentaria a absurdez de que se reveste o conteúdo do decisório que apenou o acusado que, por duas vezes, teve a responsabilidade de presidir a República do País.

* Advogado.

Certamente o réu há de ter tido méritos e insucessos, como curial, é da natureza humana. Porém, por tal enfoque, de modo algum será justificável que os institutos garantidores do Direito sejam adaptados à conveniência de punir, fazendo-o a qualquer preço, com o sacrifício do dogma já mencionado, a saber, o da reserva legal.

Não é pertinente transformar este aligeirado escrito em incursão doutrinária sobre os modelos penais incriminadores dos crimes contra a administração pública, menos ainda enveredar por cogitações acerca de crime organizado e quejandos, tampouco caminhar na senda vaga e fugidia, com palavra fácil de se pronunciar, trazendo-se à colação o que na moda se encontra, traduzido pela vaga expressão “crime organizado”.

O Direito Penal não nasceu hoje, muito menos as perseguições. Das últimas, há de se ocupar a história. Que o digam Tiradentes, Dreyfus, os irmãos Naves e tantos outros mais registrados na literatura universal.

O que se julga não é apenas como se fazia, em afronta ao Direito e à Justiça, em épocas já ultrapassadas, não só medievais, mas também antes delas. As garantias se erigem em obstáculos aos ardores punitivos, a reclamar, desde tempos imemoriais, até mesmo antes de 1215 os contornos do que veio a ser em favor da cidadania e do Direito das gentes, o irrenunciável *due process of law*.

Em tempos de delação, procedimento adotado, de forma tumultuária e equivocada, a história o dirá também, já não mais espanta a consciência dos que guardam fidelidade às conquistas da civilização, o que tem ocorrido na assim chamada “República de Curitiba”, atassalhando-se, frequentemente, a Lei Maior.

O que se tem visto, e não há como negar que as garantias da Constituição foram abastardadas, o devido processo legal esgarçado, o direito de defesa tido como incomodo a ser tolerado e, mais ainda, se possível, evitado.

Já se disse, pame-se, que “o problema é o processo”.

Jamais o problema será o processo.

Ao revés, a questão não se põe dessa forma.

O que importa é assegurar as garantias fundamentais, bem assim o tratamento equânime às partes, o respeito aos enunciados da Lei Maior, a paridade de armas entre acusação e defesa, a reverência que se há de conferir, de igual modo, tanto aos acusadores quanto aos defensores.

Averbe-se, como cediço, que não há hierarquia entre juiz, acusador e defensor, a menos que um ou outro se transforme em déspota, ainda que supostamente esclarecido, o que é impossível, pois os déspotas se aproximam muito mais do absolutismo do que da boa razão.

Cabe à defesa jamais se intimidar, jamais se acovardar, jamais se acorocar, exigindo-se dela altivez, coragem e independência, reclamando, em alto e bom som, o mais completo respeito à sua relevantíssima função.

Não nos esquecemos que Voltaire dizia que a única inveja que teria tido em sua profícua existência foi a de não ter sido advogado.

Que tempos são esses?

Vem a lembrança o papel exercido pelos advogados no período do regime militar, com o Ato Institucional n. 5, supressão do *habeas corpus*, torturas, desaparecimentos, e muito mais de barbárie, com o rompimento e ruptura da ordem constitucional.

Não será agora que toda essa luta vai se perder, em nome da eficácia repressiva.

Para terminar e não nos alongarmos mais, vale conferir especial destaque ao que se lê na polemica decisão vergastada por todos quantos preservem os princípios mais elementares e fecundos do direito posto, assinalando os itens 793, 794, 795 e 796 da sentença que vem sendo festejada por muitos, mas criticada com veemência por mentes arejadas.

O sentenciante precisa revisitar a obra de Montesquieu, lembrando-se que os poderes são três, não mais do que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, harmônicos e independentes.

O Juiz do Paraná, depois de enaltecer medidas tomadas pelo ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva em investimentos feitos na Polícia Federal e outros órgãos de controle, afirma, invadindo seara que não lhe compete, *in verbis*:

“Algumas medidas cruciais, porém, foram deixadas de lado, como a necessária alteração da exigência do trânsito em julgado da condenação criminal para início da execução da pena, algo fundamental para a efetividade da Justiça Criminal, e que só proveio mais recentemente, da alteração da jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal (HC 126.292, julgado em 17/02/2016, e nas ADC’s 43 e 44, julgadas em 05/10/2016)”

E agora surge a pérola, a enormidade, o equívoco em que incide o Magistrado que despreza Montesquieu, ao questionar, impropriamente, o acusado ex-Presidente da República, ao aduzir:

“Isso poderia ter sido promovido pelo Governo Federal, por emenda à Constituição, ou por ele ter agido para tentar antes reverter a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. (sentença item 795)

Melhor será que se olvide o que acaba de ser transcrito, pois ao cabo de contas desde quando compete à Presidência da República “*tentar antes reverter a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*”?

Cabe a cada qual e a cada um consultar sua consciência jurídica diante do teor da sentença condenatória, confrontando-a com o Estado Democrático de Direito.

USO E ABUSO DA CONDUÇÃO COERCITIVA

Otavio Pinto e Silva*

A publicação da sentença proferida pelo juiz Sergio Moro no julgamento da ação penal movida em face do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva suscitou inúmeros debates no meio jurídico, tendo em vista a fundamentação utilizada para sustentar a condenação do réu pela prática dos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, no âmbito da denominada “Operação Lavajato”.

No presente artigo, pretendo focar minhas reflexões em um ponto específico: as considerações adotadas na referida sentença acerca do instrumento da condução coercitiva, que está previsto no ordenamento jurídico para obrigar um cidadão a prestar depoimento perante um juiz, independentemente de sua vontade.

No momento em que o Estado brasileiro estabelece o monopólio da atividade processual no campo penal, prevendo na Constituição que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*” (artigo 5º, inciso XXXIX), assume o dever, por meio do Poder Judiciário, de apreciar as diferentes situações da vida que envolvem a prática de delitos e, quando provocado, adotar somente os meios adequados (e previstos em lei) para solucionar as questões jurídicas trazidas para sua apreciação.

Surge então a necessidade de debater o princípio do devido processo legal, como um compromisso político do Estado com seus cidadãos, previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição: “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”.

Carlos Roberto Siqueira Castro explica que o princípio do devido processo legal é apontado como um dos mais antigos institutos da ciência jurídica, que despontou na Idade Média, atravessou os séculos e garantiu sua presença no direito contemporâneo com vigor renovado. No direito constitucional norte-americano experimentou profundas variações no tratamento jurisprudencial, culminando em significar novas condições no relacionamento do Poder Público com os indivíduos e a sociedade civil, condições essas que refletem a visão da pessoa humana e do mundo acerca da liberdade e da solidariedade social no Século XXI. O roteiro histórico do chamado “*due process of law*”, assim, demonstra a sua transformação de simples garantia processual a um princípio substantivo e limitador do próprio mérito das decisões estatais³⁷².

Essas considerações são de extrema importância, uma vez que o processo precisa estar em perfeita consonância com a Constituição, que afinal de contas rege todo o direito que será aplicado na solução dos conflitos jurídicos e na punição aos que cometem delitos.

Nesse sentido, leciona Ada Pellegrini Grinover:

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP e advogado membro do Conselho Estadual da OAB/SP.

³⁷² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 5/26

O direito processual não se separa da constituição: muito mais do que mero instrumento técnico, o processo é instrumento ético de efetivação das garantias jurídicas. Sobre os princípios políticos e sociais da constituição edificam-se os sistemas processuais, num inegável paralelo entre o regime constitucional e a disciplina do processo³⁷³

Com a inserção do princípio do devido processo legal no texto constitucional, o sentido que se lhe atribui é o de um direito fundamental do cidadão. Não é apenas dever do juiz velar pelo respeito às normas jurídicas processuais: é uma garantia assegurada ao jurisdicionado, ao lado de outros direitos fundamentais previstos na Constituição.

Como explica Dalmo de Abreu Dallari, a Constituição é a declaração da vontade política de um povo, ela expressa solenemente o que se deseja para a organização e vida em sociedade.³⁷⁴

Vale dizer, então, citando Norberto Bobbio, que a norma do artigo 5º, inciso LIV, da nossa Constituição pode ser classificada como “categórica”, ou seja, aquela que estabelece certa ação que deve ser executada. Difere da norma “hipotética” (a que estabelece certa ação que apenas deve ser executada quando se verifica uma determinada condição). É uma norma categórica porque prescreve uma ação a ser executada ainda que sua inobservância não importe em qualquer sanção: a obediência ao comando normativo não depende de qualquer condição, ao menos quanto ao sujeito em relação a quem a norma é dirigida (o juiz)³⁷⁵.

Essa é uma das dificuldades do Direito: como lidar com os conceitos vagos ou indeterminados, a fim de lhes atribuir concretude. Segundo Karl Olivecrona, o objetivo de todas as disposições jurídicas, pronunciamentos judiciais, contratos e outros atos jurídicos é dirigir a conduta dos seres humanos. Desse modo, a linguagem jurídica é um meio para atingir esse fim, é um instrumento crucial para o controle e a comunicação social. As palavras podem estar carregadas de características emotivas ou volitivas, podem ter funções de signos ou realizativas; mas o propósito da linguagem jurídica é diretivo³⁷⁶.

No nos itens 67 a 77 de sua sentença, o juiz Sergio Moro busca expor os argumentos para sustentar a validade do procedimento por ele autorizado para a condução coercitiva do ex-Presidente Lula, embora reconheça “as controvérsias jurídicas” de sua adoção sem a intimação prévia do cidadão a ser conduzido.

Alega, assim, que a medida se fez necessária porque alguns diálogos obtidos por meio de interceptação telefônica “sugeriam que o ex-Presidente e associados tomariam providências para turbar a diligência, o que poderia colocar em risco os agentes policiais e mesmo terceiros”.

Acrescenta ainda que o tempo teria mostrado que a medida era necessária, pois houve tumulto no aeroporto de Congonhas, para onde o ex-Presidente foi conduzido

³⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975, p. VII.

³⁷⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 21/30

³⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria della norma giuridica*. Turim: G. Giappichelli Editore, 1958, p. 240/241

³⁷⁶ OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968, p. 43/59

coercitivamente para prestar depoimento, *“decorrente da convocação de militantes políticos para o local a fim de pressionar as autoridades policiais”*.

É verdade que a doutrina prevê a validade do uso do mandado de condução coercitiva com a natureza jurídica de medida cautelar pessoal restritiva da liberdade, podendo ser decretado em face da vítima (nos crimes de ação penal pública), de testemunhas e até do investigado ou acusado.

Ocorre que as justificativas adotadas na sentença não se coadunam com a garantia constitucional do devido processo legal, uma vez que o próprio julgador reconhece que não houve intimação prévia para prestar depoimento e que tenha sido desobedecida pelo ex-Presidente.

Com efeito, o artigo 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) estabelece, dentre as chamadas garantias judiciais, que *“toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”*.³⁷⁷

Ora, se havia a necessidade de obter esclarecimentos acerca de questões fáticas que eram objeto de investigação ou apuração, bastava marcar dia e hora do depoimento e intimar o cidadão a comparecer perante o juiz. Apenas em caso de ausência ou recusa injustificada em atender a essa intimação é que se poderia adotar a condução coercitiva, pois se trata de uma das garantias judiciais assumidas pelo Estado brasileiro em relação aos seus cidadãos (e explicitada perante toda a comunidade internacional).

Conclui-se, portanto, que a fundamentação adotada na sentença não nos convence acerca da imprescindibilidade do uso da condução coercitiva. O ato de força, que contou com ampla cobertura midiática, era completamente desnecessário e inadequado.

Afinal de contas, uma suposta necessidade de segurança dos agentes policiais não pode jamais ser colocada acima das garantias individuais dos cidadãos, sem que isso represente uma ofensa ao princípio do devido processo legal.

³⁷⁷ Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf, acesso em 20/07/2017

ATIVISMO JUDICIAL NA SENTENÇA DE LULA

Paulo Petri*

Fabiano Machado da Rosa**

No ano de 2015 o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso em artigo publicado no jornal espanhol *El País* denominado “Chegou a hora” (01 de fevereiro de 2015 disponível em <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/02/01/opinion/1422793512_769635.html>

Acesso em: 02 de fev. 2015), analisa o quadro político brasileiro, sustenta que na atual quadra da nossa história não há espaço para que os militares sejam os grandes agentes das mudanças necessárias ao país, assim transfere sua responsabilidade ao sistema da justiça ou, nas suas palavras “*que não se ponham obstáculos insuperáveis ao juiz, procuradores, delegados e à mídia*”. Em que pese tenha se passado mais de dois anos da entrevista dada por FHC ela mantém a atualidade e há de se perguntar se a assertiva do ex-presidente foi exposta de forma aleatória ou se faz parte de uma orientação programática presente na atual cena político-jurídica brasileira.

Certamente o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso não se referia ao fenômeno da judicialização da política onde os agentes políticos, notadamente o executivo e o legislativo, transferem o seu centro de decisão para o Poder Judiciário, dando a ele um protagonismo que não é (ou não deveria ser) seu. A aparente rendição de Fernando Henrique não apresenta reconhecimento a um protagonismo do judiciário na atual conjuntura, visto que ignora justamente a tensão social existente nesse movimento. Na realidade ainda verificamos a demanda popular pelo aprofundamento das instituições democráticas e dos direitos sociais, porém temos na contramarcha a crise destas instituições com a implementação de legislações supressoras de direitos, alijadas dos interesses populares, que tão somente teimam em conservar o poder político e econômico vigente, fato este que verificável com intensidade a partir das reformas aprovadas e que tramitam no Congresso Nacional. Tais instituições esvaziadas de sentido político e social, bem como o enfraquecimento da legitimidade dos espaços representativos, como conquistas da cidadania, têm aumentado exponencialmente em paralelo com o reforço do papel do judiciário na sociedade. Essa crise de representatividade é abordada detalhadamente pelo ex-ministro Tarso Genro em seu ensaio *Fundamentos do Estado de Direito e a Crise da Representação* publicado no Caderno nº. 1 do Instituto Novos Paradigmas – INP. Assim que a judicialização dos direitos, da política e dos processos sociais entra em pauta. Não ignoramos este fenômeno, muito ao contrário, ele ocorre e cada dia com mais força. No entanto, o que FHC preconiza, defende que ocorra e estamos assistindo é a outro elemento deste fenômeno, qual seja, o ativismo judicial.

Nesta modalidade, oportuno usar as palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF Luís Roberto Barroso em seu artigo *Judicialização, Ativismo Judicial e Legalidade Democrática* (<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>)

* Advogado, mestre em ciência política pelo IUPERJ.

** Advogado.

Acesso em 18 de jul. 2016) “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”. Precisamente neste vácuo que agem um conjunto de atores do aparato judicial do Estado. Em nome de um pretense combate à corrupção, direitos são subvertidos, princípios basilares do direito como a presunção da inocência, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal são alçados a categoria de coadjuvantes e são convenientemente flexibilizados para afã inquisitório ou ao sabor das vozes daqueles com predileção de vestir verde-amarelo ou de movimentos financiados por grandes entidades empresariais.

No entanto, os arautos da moralidade vindos de Curitiba deram nova roupagem ao mundialmente estudado fenômeno do ativismo judicial, visto que essa burocracia judicial quer mais e, para tanto, os holofotes fazem parte do seu arsenal estratégico. Desde o início ações policiais foram combinadas previamente com a grande imprensa amiga, pois que graça teria não expor o acusado à execração pública? Todas as fases das operações montadas são seguidas de extensas e detalhadas entrevistas coletivas, onde não é incomum os procuradores e delegados responsáveis pelos casos discorrerem sobre “os crimes praticados”, ignorando solenemente os princípios norteadores do direito acima descritos e se comportando como verdadeiros inquisidores, olvidando-se que também compete ao Ministério Público a função de *custus legis*. Não é incomum identificar o regozijo de alguns destes agentes públicos diante das manifestações de rua em um passado próximo passado intensos e agora constrangidamente desaparecidos, ultrapassando o tênue limite entre o direito e a política, houve inclusive o caso de um magistrado que após uma manifestação pública emitiu nota onde se dizia “*tocado pelo apoio*”, sempre que é instado a falar (com especial predileção por exposições internacionais) tece uma série de considerações eminentemente de caráter político sabendo que (ou deveria saber) o magistrado nem sempre está à serviço da maioria ou deve basear seus votos e posicionamentos a partir da vontade desta, tendo inclusive que julgar de forma *contramajoritária* sempre que necessário. Definitivamente foi-se o tempo em que “o juiz só fala nos autos”.

Portanto, se o ativismo judicial deriva de uma postura proativa do magistrado em interpretar a Constituição, ao analisarmos a forma como são suprimidos os direitos insculpidos na nossa Carta de 1988, os elementos postos a reflexão nos levam a crer que hoje no Brasil estão a aplicar os dispositivos de outra Constituição que não a nossa.

A ação penal conduzida pelo juiz da 13ª. Vara de Curitiba que resultou na condenação do ex-presidente Lula é um exemplar bem acabado e explica didaticamente como aplicar o ativismo judicial. É espantoso que um processo penal seja instaurado tão somente para justificar a vontade preliminar do acusador e o magistrado deliberadamente se some a este objetivo. O processo inicia com o final já sabido e assim se vai a presunção de inocência. O interrogatório é retratado pela imprensa como enfrentamento entre o réu e o juiz. Ora, não seria essa a fase da instrução?

Invertendo a lógica processual a defesa técnica se vê obrigada a produzir a prova da inocência do acusado, no entanto o magistrado a quem compete presidir o processo vê a defesa como entrave para a chegada ao objetivo já fixado e assustadoramente deixa isso claro na sentença. Tentativas permanentes de cercear o exercício profissional

durante as audiências, indeferimento constante para pedidos de produção de provas, atribuição de pesos distintos na análise da prova testemunhal, relativizar a prova documental, dentre outras medidas substituem a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal pela aplicação de um processo penal de exceção.

Com a sentença a única surpresa é a tranquilidade com que o juiz vai ignorando a prova produzida no processo, elenca subjetivações como método de análise e adota uma constrangedora postura de justificativas de ordem pessoal para aplicar a decisão. O ex-presidente Lula se encontrará novamente com este magistrado e, infelizmente, a mesma receita será usada. Não há de se esperar resultado distinto por mais estarrecedor que isso pareça (e é) para os operadores do direito e para uma sociedade democrática. Caberá às instâncias superiores restabelecer o direito e a elas devemos estar atentos.

UM JUIZ ACIMA DA LEI

Paulo Teixeira*

"Não importa o quão alto você esteja, a lei ainda está acima de você". Com esse ditado, o juiz Sérgio Moro concluiu a sentença que condenou o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva a 9 anos e seis meses de reclusão pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Lula teria recebido um apartamento triplex no Guarujá e escondido a propriedade em nome da empresa OAS.

A assinatura da escritura e a entrega das chaves são os atos que caracterizam a propriedade de um imóvel no Brasil. Não foi apresentada pela acusação cópia de escritura assinada por Lula nem o recebimento das chaves do referido imóvel por ele ou por sua família.

As regras do mercado imobiliário são claras quando permitem ao comprador de imóvel na planta promover o distrato e não adquiri-lo quando da sua conclusão. Tampouco houve crime de lavagem de dinheiro, uma vez que o imóvel está em nome da real proprietária, a empresa OAS.

A lei deveria estar acima do procurador Deltan Dallagnol e do juiz Sérgio Moro. Por enquanto, não é o que acontece. A condenação do ex-presidente Lula é ilegal. Não há provas contra ele. O próprio conceito de prova é relativizado na condenação, apoiada em teorias estranhas ao direito brasileiro.

A condenação de Lula era uma promessa da Lava-Jato desde o início da força-tarefa. A cada prisão ou delação premiada, a narrativa da mídia e dos próprios atores da operação reforçavam a certeza de ação criminosa praticada pelo ex-presidente. Em condições normais, a ausência de crime deveria escancarar o equívoco das suspeitas e redundar em pronta absolvição do réu. Não foi o que se viu. Diante da frustração causada pela não confirmação da promessa original, aumentou a violência em relação a Lula.

A senha estava dada aos presos nas inúmeras fases da operação Lava Jato: entregue o Lula que estará livre! Nada mais interessava. Num vídeo publicado na Internet, o grupo humorístico "Porta dos Fundos" fez a arte imitar a vida ao retratar a inquirição de um deputado fictício que, embora tivesse provas contundentes contra políticos de outros partidos, somente se viu livre dos interrogatórios ao mencionar um hipotético arroz de "Lula" servido num jantar em Paris.

Diante da ausência de informações comprometendo o ex-presidente, o juiz Sérgio Moro deferiu sua condução coercitiva sem que ele tenha se negado a depor. A cena toda foi minimizada pelo juiz, que disse não ter visto problema na efetivação de medida ilegal, de extrema violência e grande repercussão.

A escalada de ilegalidade teve seu auge no deferimento da quebra ilegal do sigilo telefônico e posterior divulgação ilegal de conversa entre o ex presidente Lula e a então presidenta Dilma Rousseff. Naquele momento, Sérgio Moro dava sua maior contribuição

* Advogado, mestre em direito pela USP, Deputado Federal – PT/SP.

para o golpe em curso, coordenado por Eduardo Cunha e Aécio Neves, para depor a presidenta eleita e colocar Michel Temer em seu lugar.

A condenação de Lula é parte do mesmo golpe. Ela não existiria se não vivêssemos um regime de exceção, fruto da quebra do estado democrático de direito.

Sérgio Moro age politicamente para impedir Lula de se candidatar à Presidência da República. Com esse objetivo, conta com a parceria dos procuradores federais da força tarefa e a forte aliança com a Rede Globo, para a qual produziu inúmeras matérias com exclusividade.

Em todo processo contra o ex-presidente, Moro agiu num duplo movimento: condenar Lula no tribunal da opinião pública, inclusive calibrando sua agenda de juiz com as ações políticas de grupos anti-Lula, e praticar contra ele violência por meio da mal aplicação do direito, como fez recentemente na constrição dos seus bens.

Ao responder aos embargos de declaração interpostos pelos advogados Cristiano Zanin, Valeska Martins e Roberto Batochio, o juiz Moro afirmou que os supostos recursos utilizados pela OAS para a prática de corrupção vinham de um caixa geral, e não da Petrobras. Tal reconhecimento reforça a certeza de que a ação não deveria tramitar em Curitiba, que não é a sede do imóvel.

Resta aguardar que os magistrados do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, o Superior Tribunal de Justiça - STJ e o Supremo Tribunal Federal o coloquem no lugar certo, estabelecido pela Constituição Federal: o de um juiz de direito, e não de um juiz arbitrário, acima da lei.

A SENTENÇA DE LULA COMO MEDIDA DE EXCEÇÃO

Pedro Estevam Serrano*

A condenação do ex-presidente Lula a nove anos e meio de prisão pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro é, creio que não a última, mas mais uma pá de cal a sepultar o Estado Democrático de Direito, confirmando a recorrência de medidas de exceção na nossa combalida democracia.

Obtida a partir daquilo que o advogado criminal Fernando Hideo chama de “processo penal de exceção” - ou seja, um processo com aparência de processo judicial, que cumpre ritos e supostamente observa a garantia constitucional à ampla defesa, quando, na verdade, é apenas um teatro, cujo final já está predeterminado no script - a sentença, se confirmada, pode trazer enormes prejuízos não apenas a Lula, mas a toda a sociedade brasileira.

É bastante evidente que o juiz Sergio Moro admitiu a defesa como um mero simulacro, uma maquiagem. Os argumentos e as provas apresentados pela defesa, assim como os depoimentos em favor do réu, nunca chegaram a ser considerados com o peso devido. A própria manutenção de Moro à frente do processo, quando a suspeita de parcialidade contra Lula era praticamente explícita, foi de uma inconveniência absoluta.

Mas, dentre as muitas arbitrariedades que macularam o processo até o momento, a condenação baseada em interpretações subjetivas e idealistas é a que causa maior constrangimento, além da certeza de que as liberdades públicas e os direitos fundamentais da liberdade, os chamados direitos negativos, estão ameaçados.

Vamos a alguns aspectos da sentença. Moro condenou Lula por corrupção passiva, sem entretanto, conseguir imputar-lhe um único ato de ofício específico, ou comando para sua produção ou omissão concreta e específica, ou ainda promessa de sua prática, que configure tal crime. Na ausência de comprovação de que o ex-presidente tivesse recebido vantagens indevidas (o apartamento triplex no Guarujá e a reforma do mesmo) como contrapartida por ter favorecido a empreiteira OAS em negociações com a Petrobras, Moro afirmou que o pagamento foi feito “em troca de atos de ofício indeterminados, a serem praticados assim que as oportunidades apareçam”. Além de meramente especulativo, o fundamento foge totalmente dos limites postos na acusação, tratando-se, portanto, de imputação sem a qual tenha havido direito a defesa

Condenar quem quer que seja por um crime de corrupção genérico, “indeterminado”, interpretado a partir de ilações e abstrações é, no mínimo, incivilizado. O processo penal precisa lidar com fatos, provas, e não com suposições. Supõe-se que Lula era o comandante de uma organização, mas não há provas de que ele tenha dado uma ordem específica ilegal. Não há um ato de corrupção que demonstre sua participação na cadeia de comando daquele ato específico, nem tampouco a demonstração de que tenha prometido um ato específico para qualquer agente.

Para efeito de comparação, na decisão envolvendo o ex-presidente Fernando Collor,

* Professor de Direito Constitucional da PUC/SP.

também acusado de corrupção, o Judiciário reconheceu que ele havia recebido benefícios ilícitos na reforma da Casa da Dinda e na doação do automóvel Fiat Elba. No entanto, como não havia a indicação de qual promessa ou ato específico ele teria praticado em troca de tais benefícios, Collor foi absolvido pelo entendimento de que o crime de corrupção não se consumou.

Voltando ao caso de Lula, a afirmação de que ele seria “proprietário de fato” do triplex é extremamente frágil, pois o ex-presidente jamais teve a posse do apartamento. Como foi demonstrado pela defesa, havia somente um plano de aquisição do imóvel, do qual Lula desistiu. A defesa apresentou ainda documentos e provas, não levados em consideração, de que o triplex é de propriedade da OAS e foi, inclusive, incorporado como bem da construtora para efeito de recuperação judicial.

Enquadramentos penais abstratos e inespecíficos como estes figuram em um contexto nacional de produção rotineira de normas penais de sentido vago, impreciso, que permitem interpretações extensivas, as quais, muitas vezes, atentam contra os valores mínimos de uma democracia. Trata-se de uma prática judicial não restrita à operação Lava Jato ou ao Brasil, muitas vezes fundadas em teorias autoritárias e normativas do direito, ao invés de científicas ou técnicas.

Pelo emprego cada vez mais frequente da utilização de conceitos indeterminados na elaboração das normas de direito sancionatório, em especial do penal, conceitos muito amplos e que abrangem potencialmente um grande número de situações, dificulta-se ao cidadão prever como o Estado vai reagir frente à conduta dele. O *nullum crimen sine lege* – não há crime sem lei anterior que o preveja –, um princípio de garantia da liberdade, que assegura a previsibilidade da conduta estatal, está sendo extremamente fragilizado.

Tais condições permitem que quase todas as condutas humanas que fogem do banal possam, por alguma interpretação jurídica, mesmo que falha por desconsiderar aspectos constitucionais, se tornar passíveis de sanção pelo Estado. E esse imbróglio normativo acaba por delegar a quem executa a lei – o delegado, o promotor, o juiz, o fiscal, o agente público em geral – o poder arbitrário, imperial, absolutista, de selecionar quem é atingido por essa norma e quem não é: isso é a essência da exceção.

Esse fenômeno trata-se de um dos aspectos possíveis de uma hipernomia geradora de anomia real

A produção de normas de conceito impreciso submete os cidadãos a um poder arbitrário, pois não há nenhum controle de validade sobre o espectro normativo onde existe a norma. A legalidade sancionatória está paulatinamente perdendo o seu caráter de proteção e convertendo-se em mecanismo de exceção.

Ainda que não seja um fenômeno circunscrito ao Brasil, é aqui e nos países periféricos em geral que esse esvaziamento da Constituição e das garantias individuais, reforçado, aqui, pela sentença aplicada a Lula, produz os resultados mais trágicos.

O Brasil é o quarto país do mundo que mais encarcera e o que mais sobe no ranking de número de aprisionados, com foco na população jovem, negra e de periferia. É o país onde a polícia mais mata e morre. Isso tudo é resultado de um sistema de Justiça que produz medidas de exceção e é por elas gerenciado.

Há um discurso moralizador e uma certa ilusão impregnada na sociedade de que, com a

prisão de grandes empresários e figurões da política, estaríamos mais próximos da igualdade entre ricos e pobres, o que é uma falácia. Não é por meio da universalização da injustiça praticada contra o pobre que se promoverá a igualdade, mas sim pela universalização dos direitos. Quando o pobre tiver direito à ampla defesa, ao invés de ser preso, torturado e morto na cadeia, sem nunca ter tido acesso a um advogado, estaremos mais perto de um sistema de Justiça com um mínimo de civilidade.

Muito em função dessa forma punitivista de se encarar o direito penal, criam-se normas penais de polícia soberana. Não se aplicam as leis penais e o Direito, mas o justicamento e a exceção. Naturaliza-se, pelo vício, a inobservância dos direitos dos acusados e réus.

Usando uma expressão do jurista italiano e principal teórico do garantismo penal, Luigi Ferrajoli, pode-se dizer que há no Brasil um poder “desconstituente”. As autoridades do Executivo, Legislativo e Judiciário, responsáveis por cumprir e fazer cumprir a Constituição, a esvaziam de sentido, a violam.

É natural que Estados Democráticos de Direito não funcionem perfeitamente, porém, o que estamos observando não é uma disfunção casual, mas sim uma patologia que aflige gravemente a democracia no Brasil e no mundo. Se as forças democráticas não souberem reunir os recursos necessários para sanar essa enfermidade, é provável que a paciente - a democracia - agonize e não resista.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO QUE CONDENA À PRISÃO LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA E O BRASIL

Pedro Pulzatto Peruzzo *

Tiago Resende Botelho **

Condenar líderes políticos populares não é nenhuma novidade na história da humanidade. O ato estatal de sentenciar repleto de parcialidade e injustiça é mais recorrente do que se possa imaginar, afinal a tradição jurídica ocidental sempre se utilizou do direito para legitimar as formas estruturais de opressão ou, quando muito, para conceder migalhas aos oprimidos.

Sabemos, também, que as figuras do juiz e do promotor estão muito mais ligadas à imagem simbólica da deusa *Iustitia* (que tem os olhos vendados) do que à da deusa grega *Diké* (que tem os olhos abertos). Além de admitir que a justiça desconsidera a necessidade de juízes e promotores viverem uma vida para além das regalias dos seus gabinetes e das suas bolsas-moradia, bolsa-isso, bolsa-aquilo, a venda nos olhos dificulta a compreensão de que entre homens e mulheres cultos e dotados do saber erudito também existem aqueles que transfiguram a lei e empurram vidas à indignidade.

Assim, a revisitação ao passado é a forma mais viável para concluirmos que injustiças judiciais estão sendo praticadas aos montes e denunciá-las é um dever ético. Se o Estado no passado foi capaz de fabricar sentenças injustas e ilegais contra líderes políticos como Tiradentes, Olga Benário, Mandela e Gandhi, entre outros, por qual motivo o presente não faria o mesmo? Quais as garantias de que perseguições políticas contra líderes populares não mais ocorrerão?

No Estado democrático de direito deveria ser a Constituição o limite do arbítrio estatal e a garantia de que nenhum ser humano seja perseguido e injustiçado. A norma constitucional assegura o devido processo legal (art. 5º, LIV), proíbe a prova obtida por meio ilícito (art. 5º, LVI) e assegura a presunção de inocência (art. 5º, LVII). Entretanto, a frágil democracia brasileira passa, desde 2015, a ser ainda mais vilipendiada com a abertura de um indevido processo de impeachment, recepcionado por Eduardo Cunha (hoje preso), que desencadeou o afastamento da presidenta democraticamente eleita Dilma Rousseff. O medo de que a trama antidemocrática seja desfeita tem residido na possível candidatura do nordestino que desafia seus limites e, pela terceira vez, pode vir a ser presidente do Brasil (novamente legítima e democraticamente).

Sem exceção, os processos que envolvem o maior líder político da América Latina são repletos de obscuridades, informações truncadas, erros e abusos judiciais, teses jurídicas avessas às usadas pela jurisprudência consolidada, falta de compromisso com a materialidade do crime e muita, mas muita espetacularização seletiva de atos processuais pelos meios de comunicação que, mancomunados com os organizadores do

* Doutor e mestre em Direito pela USP. Professor da PUC-Campinas e advogado. peruzzopp@hotmail.com

** Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra e Mestre em Direito pela UFMT. Professor da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD e advogado. tiagobotelho@ufgd.edu.br

golpe, também colocaram criminosos como Eduardo Cunha³⁷⁸ e o tal do “Japonês da Federal”³⁷⁹ no pedestal dos heróis.

A culpabilidade de um presidente da República é elevada? Sem dúvida alguma é! Mas o que é culpabilidade? Culpabilidade é um juízo de reprovação, e, a este respeito, nos parece inadmissível fazer vistas grossas à responsabilidade de todos aqueles que atuam na esfera estatal de apuração do crime. O Estado tem o poder/dever de aplicar a lei penal pelo fato de existir a presunção de que este deve ser ético. No entanto, se qualquer agente estatal implicado no processo penal se afasta da ética a aplicação da lei resta ilegítima.

No caso específico em análise, a predileção explícita do juiz Sérgio Moro por uma gama de políticas e políticos corruptos de partidos conservadores e de tradição econômica e civilizatória colonial é o fato principal que torna ilegítima sua sentença. Somado a isso, o fato de ter praticado ilegalidades (espetacularização do processo, grampos ilegais etc.) no curso do processo e de ter desconsiderado o depoimento das testemunhas que inocentaram Lula traz para o exercício da jurisdição (parcela do poder estatal) a máxima intolerável de que os fins justificam os meios.

Essa máxima é intolerável especialmente no Brasil, onde é utilizada para criminalizar a pobreza e as diferenças desde a chegada do invasor colonial. Foi isso que fizeram e fazem com os indígenas, com os negros, com os pobres e com as minorias de modo geral. Certamente Lula não é mais um sujeito pobre, mas o que se colocou no banco dos réus não foi um ex-presidente, mas uma política de governo que pela primeira vez na história deste país decidiu tentar cuidar da pobreza de forma mais estrutural. Mais uma vez a pobreza é que foi criminalizada, pois não podemos desconsiderar o conjunto da obra, ou seja, um processo penal presidido por um membro arbitrário da elite econômica nacional, dentro de um judiciário que não conseguiu controlar suas arbitrariedades a contento e, mais do que isso, não teve força suficiente para fazer valer suas decisões contra os herdeiros da colonização, simbolizados nas figuras de Renan Calheiros e Aécio Neves.

Sem contar o uso abusivo e absurdo de delações premiadas. No Brasil, os transplantes descontextualizados e irresponsáveis de institutos jurídicos de outros países é uma das causas, talvez a principal, do fato de ainda vivermos num estado colonial. Estimular a delação no país, cujo sistema penitenciário traduz literalmente um conjunto de masmorras medievais, pode ser entendido tranquilamente como crime de constrangimento ilegal ou ameaça. Isso para não falar do fato de Moro dizer de boca cheia que é especialista na operação italiana Mãos Limpas, mas em momento algum contar para o povo que ela trouxe desastrosas consequências, como a ascensão do neoliberal Silvio Berlusconi, o bilionário dono de um império midiático.

³⁷⁸O papel da mídia golpista levou integrantes da Força Sindical a gritar “Cunha guerreiro do povo brasileiro”. Disponível em: <<http://mais.uol.com.br/view/jinmcm98vmk/forca-sindical-homenageia-eduardo-cunha-em-sp-04020C183464E0A95326?types=A&>> acessado em: 18/06/2017.

³⁷⁹Na reportagem disponibilizada a seguir o tal “Japonês da federal”, condenado por facilitação de contrabando e usuário de tornozeleira eletrônica, volta a escoltar presos da Lava Jato. Seria uma forma de criar personagens e mais super-heróis? Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/09/com-tornozeleira-japones-da-federal-volta-escoltar-presos-da-lava-jato.html>> acessado em 18/06/2017.

Fica claro que o que incomoda, no Brasil, não é a corrupção, o tráfico de drogas em helicópteros, lanchas ou o contrabando de produtos eletrônicos em contêineres vindos dos EUA. A sonegação fiscal não incomoda se for para “fortalecer a empresa e gerar empregos”. O tráfico de armas também não incomoda se for para a proteção de latifúndios, pois neste país o agro é pop! O que incomoda é o menino negro que trafica para comprar o tênis da propaganda, o índio que se arma para proteger a própria vida ou, ainda, o retirante que se torna presidente da República e se transforma em referência mundial no combate à pobreza.

Um juiz que tenta se comportar como super-herói não tem absolutamente nada a contribuir com a justiça social, objetivo da República (art. 3º, inciso I, da CF), da ordem econômica (art. 170 da CF) e da ordem social (art. 196 da CF). O que o Moro fez foi sentenciar Lula como foi sentenciado Rafael Braga – único preso político das manifestações de junho de 2013, condenado por portar frasco de desinfetante, ou seja, sem provas robustas da materialidade delitiva e da autoria. É isso que nos revolta!

A sentença do processo que condena Lula à prisão é só mais uma dentre tantas outras proferidas de forma injusta e ilegítima pelo poder judiciário brasileiro. Os mais pobres deste país as experimentam com mais frequência. Apesar de proferida individualmente, seus danos à democracia são irreversíveis, afetando tanto os que vibram com a condenação quanto os que militam ao lado do condenado. O esgarçamento da democracia por meio de ato violador do devido processo legal atinge todos e todas. Condenar sem prova, desconsiderando depoimentos testemunhais e a história de um homem que tem construído inquestionavelmente a democracia é condenar consigo o Brasil e os brasileiros.

As arbitrariedades que antecederam a sentença dizem mais do que o próprio ato *decisorium*. Mesmo antes de prolatada, o Brasil e o mundo já estavam convictos da condenação, não porque as provas fossem robustas e clarividentes. Pelo contrário, porque as práticas adotadas nesse processo por membros do judiciário e do Ministério Público anunciavam sem vergonha o que estava por vir. A história se incumbirá de registrar que o devido processo legal foi desrespeitado no momento em que Lula foi condenado antes da sentença ser prolatada.

A denúncia defendida na Operação Lava Jato pelo Ministério Público Federal junto à 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba tenta sustentar que o ex-presidente praticou os crimes de corrupção (Art. 317 e 333 do CP) e crime de lavagem de dinheiro (Art. 1º, caput, inciso V, Lei 9.613/98).

Até a sentença que o condenou Lula, proferida em 12 de julho de 2017, inúmeras foram as violações que devem ser analisadas. Uma das mais atentatórias foi a condução para depor por meio de um mandado de condução coercitiva, executado em 4 de março de 2016, sem nunca ter Lula se recusado a ir à audiência, o que afronta com o conteúdo do Art. 260 do CPP e do Art. 9º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A justificativa usada por Moro para tal despautério deu-se na busca de “evitar a perturbação da ordem pública”. Se o objetivo fosse evitar a perturbação da ordem pública não teria o dito juiz comunicado previamente os principais meios de comunicação.

Outra gritante ilegalidade foram as interceptações telefônicas de Lula, dos membros da sua família e do seu advogado sem que se atendessem as exigências do Art. 5º, XII da

Constituição Federal e os Arts. 2º, 8º e 10 da Lei 9. 296/96. Ampliando a violação, nas interceptações havia uma conversa entre Lula e a presidenta legítima e em exercício Dilma Rousseff. Questionando ainda mais a imparcialidade, em 16 de março foram liberados para a mídia os áudios na íntegra, justificando ser o ato de interesse público, inclusive aqueles com conteúdos que nada possuíam de relação com o processo. Na denúncia n. 23.457/PR, feita em 22 de março de 2016 por Dilma no STF, o ministro Teori Zavascki afirmou que as razões da interceptação eram “abusivas” e a “divulgação pública da conversa era inaceitável”. Em 29 de março, Moro reconheceu que causou “constrangimento desnecessário” e pediu ao STF “respeitosas escusas”.

Frente à parcialidade clarividente e antevendo a decisão catastrófica, Lula, por meio de sua defesa, apresentou exceção de suspeição, rejeitada pelo TRF da 4ª Região. O tribunal entendeu não quebrar a imparcialidade do magistrado a ampla cobertura jornalística, manifestação de opinião pública, favorável ou contrária, para as quais não tenha contribuído, nome em pesquisa eleitoral, que não tenha anuído. Por uma questão de justiça, os inúmeros fatos argumentados e comprovados dão ao réu o direito à dúvida da imparcialidade. Por ser um caso que envolve um líder político de extrema popularidade na América Latina e, ao mesmo tempo, com rejeições naturais de um ex-presidente, faz-se razoável e humano numa democracia que o próprio juiz se declarasse como suspeito ou que o TRF assim o fizesse. Arguir suspeição não é suplicar a absolvição, mas lutar por imparcialidade, que é direito de qualquer cidadão que se sente violado. Se Lula não está para além do bem e do mal, os magistrados também não estão. Qual a necessidade de ser Moro o juiz a prolatar a sentença se Lula e parcela expressiva da sociedade veem fortes indícios de parcialidade? A resposta cabe a cada leitor, mas ao apresentá-la, bobeira ou não, lembre que estamos falando de uma decisão que escreve o nome de Lula mais de quinhentas vezes. Para semiótica, teríamos várias explicações.

Em sentença já sabida por todos, o ex-presidente é condenado a nove anos e seis meses de reclusão. É absolvido da imputação de corrupção e lavagem de dinheiro envolvendo o depósito do acervo, por falta de materialidade do crime. Sendo condenado por crime de corrupção passiva (Art. 317 CP) com a causa de aumento (§ 1º) por vantagem indevida recebida pelo Grupo OAS em decorrência do contrato CONEST/RNEST com a Petrobras, bem como lavagem de dinheiro (Art. 1, caput V, da Lei n. 9613/1998), por ocultar e dissimular a titularidade e os benefício das reformas do triplex 164-A.

Quanto à condenação pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, é importante registrar que a legislação utilizada pelo juiz Sérgio Moro está imperdoavelmente desatualizada. O juiz Hércules, ou melhor, Moro, condena Lula como incurso nos crimes previstos nos artigos 317 do Código Penal e 1º, inciso V, da Lei 9.613/98. Ocorre que desde 2012 o inciso V está revogado.

No caso de Lula, é fundamental retomarmos um pouco de teoria básica de direito penal. Há crimes que exigem a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado para se consumarem. São os chamados crimes de dano (matar alguém, por exemplo). Existem, contudo, crimes que não exigem a efetiva lesão, bastando a ameaça, o perigo de dano: são os chamados crimes de perigo. Esta categoria compreende os crimes de perigo concreto (cuja avaliação do perigo é feita após a prática do ato, como o crime de maus-tratos) e os crimes de perigo abstrato (cuja ameaça é presumida pelo legislador, sendo indiferente se a conduta causou ou não perigo, a exemplo do crime de consumir bebida alcoólica e dirigir).

Outrossim, existem crimes materiais (que exigem a produção de um resultado naturalístico) e crimes formais (que dispensam esse resultado exterior). O crime de corrupção passiva, por exemplo, é um crime formal, pois se consuma com o ato de solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem, não sendo necessário que o funcionário receba vantagem indevida. No entanto, apesar de existirem crimes que dispensam a realização de um resultado naturalístico ou a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, a questão central é que em qualquer dessas categorias de crime a prova da ação criminosa é fundamental, pois sem ela não existe nexo de causalidade.

Há séculos o direito penal vem sendo construído e fortalecido como uma técnica de exercício do poder estatal que exige como critério fundamental a certeza e a clareza da prática do ato criminoso. Na hipótese de não existir clareza em relação ao nexo causal ou à autoria, o princípio *in dubio pro reo* deve ser aplicado para absolver o condenado.

Referente ao tríplex, a frustrada tentativa em comprovar a posse ou propriedade de Lula coloca em questionamento a própria tipificação do enriquecimento ilícito e da lavagem de dinheiro. Primeiro, é impossível sentenciar por enriquecimento de um bem que não se consegue provar a titularidade e, sequer, benefícios pecuniários dele oriundos. Segundo, esconder bem para lavar dinheiro precisaria, no mínimo, da existência do bem acrescido ao patrimônio e à comprovação de que por meio de “propina” ele foi adquirido. Na pior das hipóteses, se Lula tivesse recebido o bem, o que não se consegue provar, dele não tomou posse. Além disso, não restou comprovado o nexo de causalidade entre uma conduta antecedente que resultasse em uma vantagem indevida.

Com requintes de crueldade e buscando vulnerabilizar ainda mais a defesa de Lula, no dia 19 de julho de 2017, acatando um antigo pedido do MPF, Moro determinou bloqueio de bens e valores para, segundo ele, reparar danos à Petrobras. Ora, a utilização de medida cautelar só teria respaldo legal caso o MPF tivesse comprovado risco real de Lula dilapidar o seu patrimônio. Tais riscos são postos de lado e de forma clarividente: o que se vê é mais uma decisão política que busca agredir moral e patrimonialmente a vítima. Com o bloqueio dos bens e valores de forma arbitrária, só resta concluir que a preferencia pela ilegalidade reside na busca pelo enfraquecimento da manutenção da própria defesa jurídica de Lula.

Como diria Celso Antônio Bandeira de Mello: “O desrespeito aos direitos fundamentais na área jurídica tem sido uma constante. O Juiz Moro é, ao meu ver, um homem muito pouco habilitado para exercer a função de magistrado. A magistratura exige muito equilíbrio, muita serenidade e, sobretudo, muita imparcialidade”.³⁸⁰ Corroborando, Dalmo de Abreu Dallari afirma que “[...] a condenação sem fundamento legal deixa também evidente a motivação política da decisão, o que configura um comportamento inconstitucional do Juiz Sérgio Moro, sujeitando-o a uma punição pelos órgãos

³⁸⁰ Jornal do Brasil. Bandeira de Mello: Moro não tem habilidade para exercer a função de juiz. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/07/19/bandeira-de-mello-moro-nao-tem-habilidade-para-exercer-a-funcao-de-juiz/>> acessado em: 18/07/2017.

superiores da Magistratura”.³⁸¹ Equilíbrio, serenidade e imparcialidade passam longe dos processos que envolvem Lula. Por não conseguir dar materialidade às teses defendidas, rompendo o devido processo legal, Moro agarra-se de forma desesperadora às delações premiadas de seres humanos que, amedrontados com a pena dos seus crimes, fazem de tudo para se libertarem das grades de uma prisão.

Por mais célebre que seja o presente, a história sempre reservou ao esquecimento julgadores que, em seu tempo, ousaram perseguir homens e mulheres que constroem legados à humanidade. A luta contra os arbítrios do Estado judicialesco jamais cessará, pois, como diria o poeta Manoel de Barros, “liberdade caça jeito”.

³⁸¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Condenação de Lula: sem fundamento legal. Jornal do Brasil. Disponível em <http://www.jb.com.br/sociedade-aberta/noticias/2017/07/15/condenacao-de-lula-sem-fundamento-legal/> Acessado em: 18 de julho de 2017.

DA VIOLAÇÃO DO ACUSATÓRIO AOS ABUSOS PROCESSUAIS E MORAIS: QUANDO O INDEVIDO PROCESSO LEGAL ENCONTRA A CRENÇA MESSIÂNICA

Rafael Fonseca de Melo*

I – Dos princípios (e suas violações) e da busca da verdade real

O método utilizado na busca da verdade, tarefa esta atribuída ao processo penal, dispõe as normas a prestar-se principalmente a este objetivo: desnudar e desvendar o absconso como condição necessária ao exercício estatal do monopólio punitivo. Se a *justiça* é o paradigma do direito penal, a *verdade* é o paradigma do direito processual penal e se torna pressuposto imperioso (mas, naturalmente, insuficiente) da justiça – sendo o fracasso desta a frustração sintomática daquela³⁸². O respeito a outros modelos historicamente concebidos e realizados, com base no esquema epistemológico de identificação do desvio penal oriundo do garantismo baseado nos princípios constitucionais, assegura o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo, a fim de limita-lo quanto ao exercício do poder punitivo e evita, com isso, arbitrariedades³⁸³.

A ânsia pela obtenção da realidade por meio de reproduções e representações e a utilização de mecanismos espúrios para, muitas vezes, serem úteis a ratificar a prévia e subliminar disposição de fazer prevalecer interesse ou sentimento pessoal, resulta em intromissões desmedidas na esfera privada individual. As agências policiais e seus serviços secretos ditos “de inteligência”, ao violarem dados sigilosos e a privacidade sob o argumento de se chegar à *verdade dos fatos*³⁸⁴, adotam a indiferença quanto ao sacrifício de direitos oriundos de conquistas históricas e argumentam a necessidade de controle e o temor a delinquência – interferências que criam um *novo direito de intervenção*³⁸⁵ e se justificam sob as mesmas premissas da sociedade de risco (Beck) e suas ameaças de crise financeira mundial, corrupção, danos ambientais, imigrações incontroláveis, violência juvenil e menores infratores, terrorismo e crime organizado, desemprego e guerras³⁸⁶. A criação do pânico por meio desse discurso, assim, desencadeia uma incontrolável e desesperada crença nestas instituições e a aceitação acrítica da necessidade de controle tem por consequência natural a crescente confiança que suas promessas de combate a esses males serão cumpridas, coagindo a anuência coletiva da violação de garantias para assegurar que a desejada verdade será alcançada

* Mestre em Direito Penal pela UFPE. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC/PR. Professor da Faculdade Damas e do Centro Universitário Estácio Recife. Advogado Criminal.

³⁸² HASSEMER, Winfried. Verdad y búsqueda de la verdad em el proceso penal. México, D.F.: Ubijus, 2009. p.10-11.

³⁸³ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 38.

³⁸⁴ Sintagma utilizado recorrentemente e que traz uma redundância irresolúvel: como fatos (eventos reais), devem necessariamente guardar íntegra relação com a verdade. Falsas são as representações ou versões que deles se apresentam, não parecendo possível, em oposição, uma inverdade fática ou uma verdade incoerida.

³⁸⁵ HASSEMER, Winfried. Verdad y búsqueda de la verdad em el proceso penal. México, D.F.: Ubijus, 2009. p.13.

³⁸⁶ HASSEMER, Winfried. Verdad y búsqueda de la verdad em el proceso penal. México, D.F.: Ubijus, 2009. p.13.

– assemelhando-se a um bêbado que, na noite em que perde as chaves de casa, as procura apenas debaixo do poste porque só ali há luz³⁸⁷.

Da análise da sentença que ora se analisa, vê-se o perigo provocado pela substituição das garantias do devido processo penal pelo novo, equivocado e inconstitucional *direito de averiguação* (e seus promíscuos instrumentos que são utilizados de maneira corrompida e irreversivelmente invasiva) criado pelo magistrado que aquela subscreve e que revela consequências devastadoras. A maior fonte delas é originada no desvirtuamento principiológico de direitos, tais como à *privacidade* – que, lastreada na *má* hermenêutica acerca da possibilidade (e não necessidade) da publicidade de atos processuais, é útil a execrar publicamente a dor do indivíduo e expô-lo abertamente em sua intimidade – e afetos à sua *personalidade* – quando os expedientes como a condução coercitiva³⁸⁸, as buscas e apreensões³⁸⁹, as quebras de sigilo³⁹⁰ e a divulgação de áudios oriundos de interceptações telefônicas³⁹¹ que devassam a intimidade acabam por alcançar, além da vida privada do acusado, a esfera intransponível e indisponível dos seus familiares e amigos, estranhos ao objeto de acusação.

A revelação da indiscriminada utilização destes meios na famigerada busca da *verdade* aqui referida escancara a forma desumana como o acusado é, não raras vezes, visto e tratado no processo penal brasileiro: sua *objetificação* estratégica (que pretende anulá-lo como sujeito de direitos – cujo exercício tem como porta de entrada o sublime e intocável *direito de defesa em sua plenitude*³⁹²) reduz as possibilidades trazidas pelo contraditório e corrompe sua condição presumida de inocente. A pena criminal, assim como sua ensejadora acusação – que, por si só, já consiste em aflição não passível de restituição – são medidas de caráter estritamente pessoal, devendo-se evitar as

³⁸⁷ HASSEMER, Winfried. Verdad y búsqueda de la verdade em el proceso penal. México, D.F.: Ubijus, 2009. p.13.

³⁸⁸ Item II, subitem II.1, pontos 72 e 73 – p. 16. Observe-se que, nestes itens, o magistrado confessa o conhecimento, em suas palavras, das “controvérsias jurídicas” quanto ao uso da *condução coercitiva* sem intimação prévia, mas afirma ser a medida “necessária” para “(...) evitar riscos aos agentes policiais que realizaram a condução e a busca e a apreensão na mesma data” – não sendo, portanto, prevista em lei tal finalidade para a aplicação da medida extrema e subsidiária, posto não ter sido o conduzido recalcitrante. Tal medida deve respeitar, imprescindivelmente, a antecedência lógica de diligência probatória coarctada. O desvirtuamento acaba por ser mais grave, considerando que os pontos 74 e 75 pretendem castigar a solidariedade e limitar a natureza do apoio popular recebido, obrigando os aderentes, nas palavras do julgador, a serem cúmplices da criminosa condução. Mais que isso: exigindo que apenas quem sofre a agressão pode reprova-la e reprimindo a universalidade dos direitos fundamentais.

³⁸⁹ Item II, subitem II.1, pontos 78 a 82 – p. 16-17. Aqui os argumentos são ainda mais inaptos: no item 82 o sentenciante diz compreender o sacrifício de quem as sofre, mas diz se tratarem de “medidas de investigação rotineiras no cotidiano das investigações criminais”.

³⁹⁰ Item II, subitem II.1, pontos 84 a 90.

³⁹¹ Item II, subitem II.1, pontos 91 a 94. O item 92 traz uma inversão da lógica acerca do sigilo e da sua quebra. Diz o magistrado que os áudios publicizados são mais relevantes (a que?) para a investigação do que os preservados.

³⁹² No Item II, subitem II.8, ponto 184, há uma afirmação intrigante: ao pretender dar significado restrito ao indiscutivelmente ilimitado e nomeadamente amplo direito de defesa, o magistrado sentenciante escancara o espírito cerceador – o que fica evidenciado dentre outras expressões ao longo do texto, quase sempre hostis e que objetivam desqualificar o trabalho dos defensores e suas atuações na qualidade de advogados dos acusados.

consequências dessas medidas que afetem a terceiros³⁹³. A necessidade da permanente lembrança do princípio garantidor da *personalidade* se evidencia com as associações desqualificadoras tais como a *proteção de dados/proteção de criminosos*, bem como pela tentativa de limitar as proteções individuais aos fins elegíveis ao bel-prazer de quem o viola³⁹⁴.

Os limites legais são claros, não subsistindo o argumento de que a não-utilização implica em não-violação dos direitos fundamentais³⁹⁵. Quando a quebra do sigilo telefônico foi autorizada e posteriormente utilizada³⁹⁶, deve-se indagar se fora utilizada em *ultima ratio*³⁹⁷. É certo que a imparcialidade do magistrado pode ser analisada sob vários prismas: desde o pessoal até o ideológico. Não menos certa é a afirmação de que a emissão de opinião prévia sobre a matéria submetida a julgamento evidencia o entendimento acerca do tema-objeto da ação e, se por um lado aponta qual o caminho que será percorrido por entende-lo mais coerente, por outro demonstra a maior dificuldade do defensor duplamente precisar provar o que não ocorreu e, ainda, que o julgador está equivocado no tocante às convicções pessoais acerca da autoria/participação em um fato inexistente. A bem da verdade, o pretense *novo* processo penal³⁹⁸ que se apresenta tem por objetivo declarado³⁹⁹ pelos seus componentes mudar a realidade brasileira por meio de condenações – tendo, para isso, usurpado a existência de outros juízos de igual competência jurisdicional que, por força do receio em ver resultado decisório diverso do pretendido e evidenciado por esta crença, levou-o egoística e prepotentemente a corromper as previsões legais acerca da determinação desta alçada.

A preocupação existente em desvencilhar o conteúdo da decisão das suas motivações e interesses pessoais⁴⁰⁰ também revela inequivocamente a vontade de evitar novas suspeitas oriundas de pontos obscuros futuros – sobretudo em relação às impossibilidades resultantes da conclusão da decisão. Ora, é natural a preocupação em justificar desconfiança pretérita, não se explicando a manifestação que sugere a

³⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013. p. 164-165.

³⁹⁴ HASSEMER, Winfried. Verdad y búsqueda de la verdade em el proceso penal. México, D.F.: Ubijus, 2009. p.14.

³⁹⁵ No Item II, subitem II.1, pontos 107 a 109, o magistrado utiliza argumentos de que as provas obtidas por meio da interceptação de escritório de advocacia, por não terem sido selecionadas pela autoridade policial ao considera-las irrelevantes, não constitui violação à inviolabilidade profissional.

³⁹⁶ Item II, subitem II.1, pontos 95 a 127. A questão aqui é mais complexa, porque envolve a (i)legalidade da prova. A lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), em seu art. 7º, II e III, confere proteção ao advogado em sua atuação profissional.

³⁹⁷ Entendimento do STJ (HC 130.054/PE, HC 56.967/SP, RMS 11.627/SP)

³⁹⁸ Melhor seria denominar “a nova forma de se fazer processo penal”, considerando esse modelo praticado na 13ª Vara Federal de Curitiba.

³⁹⁹ Note-se que em todas as citações acerca das *exceções de competência* opostas (Item II. Fundamentação, subitem II.1, pontos 51 e 52) são feitas menções às participações do magistrado sentenciante em palestras e cerimônias, bem como o conteúdo de suas considerações em textos jurídicos publicados em revistas especializadas. Tais mostras patentes de imparcialidade demonstram sua fé no *combate* à corrupção – conduta que impõe *oposição*, que por sua vez implica em *contestação* e *ataque* – inimaginável de quem se exige inércia e isenção.

⁴⁰⁰ Item II, subitem II.1, pontos 54 e 55.

desvinculação com as pretensões políticas futuras do acusado. Insinuar as exceções opostas como estratagema defensivo⁴⁰¹ é, neste sentido, curioso, para dizer o mínimo.

A carga normativa que justifica os atos de ingerência sobre direitos fundamentais se justifica pela importância existente, por exemplo, do direito à intimidade, da inviolabilidade de domicílio e da presunção de inocência. Os argumentos com requinte de tecnicidade utilizados na decisão analisada, nada obstante todos os esforços, em nenhum momento se apresentam convincentes. O dilema oriundo da fundamentação baseada em versões apresentadas por *colaboradores*⁴⁰² – sobretudo nos moldes feitos – revela um fracasso na lógica estrutural processual: a desconfiança geral permanente nesta prova⁴⁰³ e a prescindibilidade sistemática da busca da verdade que ameaça, inclusive, a própria *culpabilidade*, além de violar o já usurpado princípio da *publicidade* (os termos e a essência dos acordos permanecem sob sigilo – sendo essa, inclusive, uma condição para sua celebração).

A vulnerabilidade da busca da verdade é amplificada com os acordos de *colaboração premiada* porque esta mesma evita a procura criteriosa daquela (portanto, mais trabalhosa) com o seu reducionismo procedimental. A partir de uma versão apresentada (e que aponta culpa, pois as indicativas de inocência são irrelevantes) ignoram-se todas as demais divergências e evidências em contrário, sendo o acusado julgado por uma substituição da verdade pela conciliação entre acusador e terceiro estranho à acusação. Há um outro grave equívoco do julgador na decisão analisada: os limites de desempenho da defesa não são determinados pelo magistrado, nem tampouco pode este cercar o seu âmbito de atuação com a justificativa de que o resultado absolutório anistia a tirania, como visto ao longo da sentença⁴⁰⁴ – ignorando o juiz a possibilidade de reforma da decisão pela via recursal da acusação que, insatisfeita no tocante às absolvições, ofereceu apelação.

A desenfreada busca da verdade a qualquer preço rompe e relativiza princípios que constituem a essência do ordenamento jurídico, não respeitando limites impostos a garantir direitos nas esferas da intimidade, do exercício livre da profissão, da propriedade e da inviolabilidade de domicílio. Garantias não são obstáculos que devem ser superados, mas, antes de tudo, respeitados. A verdade judicial emitida nesta sentença em nada se confunde com a verdade (real), sendo inidônea a fundamentar, como pretendido, a condenação – seja pela utilização de porções incompletas da realidade, seja pela utilização da dúvida em prejuízo do condenado e provocada pelos erros, reduções e distorções utilizados na valoração das provas apresentadas e produzidas. O resultado obtido na sentença analisada não é adequado para representar

⁴⁰¹ Item II, subitem II.1, pontos 57, 58 e 65.

⁴⁰² Item II, subitem II.9, pontos 247 e 248 – p. 43. Também Item II, subitem II.9, pontos 252 – p. 44. Note-se que, nestes itens, o magistrado uma vez mais confessa o conhecimento do que ele denominou de “polêmicas” quanto às colaborações premiadas. Contradiz-se, no entanto, quando afirma serem exigidas *provas de corroboração* para utilizá-la (item 248) e, logo a seguir (ponto 249), revesti-la de unicidade quanto à possibilidade de elucidação de crimes complexos. Ora, se é a colaboração premiada a *única prova possível* para o esclarecimento de crimes labirínticos, como dito, não houve corroboração de outras provas, como justificado.

⁴⁰³ Desconfiança esta que não ignora o magistrado no Item II, subitem II.9, ponto 255, *in verbis*: “Ainda muitas das declarações prestadas por acusados colaboradores *precisam ser profundamente checadas, a fim de verificar se encontram ou não prova de corroboração*”

⁴⁰⁴ Item II, subitem II.8, pontos 220-222. Também Item II, subitem II.8, ponto 226.

de maneira fidedigna a correspondência com o objeto da acusação, por serem patente e demasiadamente seletivo.

A sentença penal aqui analisada é suficiente se considerados os fragmentos da realidade elegida, mas irresistível à determinação histórica e ao prognóstico obtido por meio da análise da recente experiência brasileira, onde a livre valoração da prova é resposta às regras rigorosas próprias do processo inquisitorial. Assim, a valoração da prova é livre na medida em que atende à convicção do juiz, mas desde que respeitadas as regras atinentes ao seu oferecimento e não as regras próprias externas instituídas⁴⁰⁵ – o que corrobora a tese de que a tortura é produto de um sistema probatório rigoroso, pois a sua utilização como elemento de prova é sempre acompanhada pela convicção do juiz.

A conclusão que se chega não podia ser outra: a condenação do acusado, baseada na convicção do magistrado sentenciante, pode não ter se dado diretamente com o uso da tortura ao réu – nada obstante a utilização a alguns dos demais acusadores colaboradores pela via da constrição de liberdade. Isso porque a denominada *livre apreciação da prova* em busca da verdade real torna-se um atalho, no instante em que utiliza o juiz de um procedimento argumentativo e racional para condenar o réu que não se conforma com os métodos legais, chegando a um resultado específico (condenação) sem serem assegurados os direitos ao acusado. Logo, a valoração dada às corrompidas provas não corroboradas baseou-se na igual corrompida representação da realidade, pois nesta análise dependem a apreciação e a metodologia da apreciação realizadas. O certo é que enquanto não for verificada a realidade com base nas normas da ciência empírica, não se terá uma autêntica busca da verdade – pois, acima disto, está o respeito ao conceito do devido processo, pois o que condiciona as autorizações probatórias é o que indica o nível do respeito ao acusado e reflete a cultura jurídica de cada país.

⁴⁰⁵ HASSEMER, Winfried. Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal. México, D.F.: Ubijus, 2009. p.14.

LULA, POLÍTICA E CORRUPÇÃO: AS MAZELAS DA TÉCNICA

Rafael Thomaz Favetti*

Fabiano Silva dos Santos**

A Sentença que condenou o ex-Presidente Lula deve entrar para os anais do processo penal brasileiro.

Há que se estudá-la e replicá-la. É um *case* de sucesso sobre os perigos do processo calcado em premissas proto-hipotéticas, o argumento desenvolvido ao longo das duas centenas de páginas serve para se oferecer uma lógica paraconsistente ao intuito original: a necessidade primordial de condenação, a fim de se legitimar todo um processo multifacetado.

Tarefa dura construir uma sentença dessas. Requer inteligência ímpar, rigidez procedimental e muito foco. Requer a consubstanciação do juiz Hércules de Dworkin e muita praticidade organizacional. Não se nega, ao contrário, as qualidades conhecidas tanto dos denunciantes quanto do julgador: são verdadeiros empreendedores num universo judicial ainda conector a práticas e posturas arcaicas, no qual o rococó é a estética dominante.

Tudo isso é de se aplaudir. Entretanto, quando se trata de direito penal, há que se olhar ao caso *cum granus salis*. Mais especificamente o processo penal exige uma construção baseada em provas, fatos e premissas válidas. Aliás, em “*A Verdade e as Formas Jurídicas*”, Foucault nos conduz a entender que a evolução de como se analisar as provas é a medida da civilidade de uma era, de um povo, de um sistema.

Esse caminho civilizatório evolutivo das provas de Foucault tem, no Brasil, uma certa construção coordenada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Meio como Dworkin prega, há uma sequência evolutiva sobre provas na jurisprudência de nossa Suprema Corte. A observação dessa jurisprudência, a observação desses capítulos jurisprudenciais que formam o livro do processo penal, esse respeito a esse parâmetro normativo, chamamos, para resumir, de técnica.

Então temos a seguinte possibilidade ao se analisar uma sentença: de um lado, uma sentença absolutamente empreendedora, inovadora no plano processual penal em especial quanto a valoração das provas, e nisto sua qualidade; por outro, a disparidade com a norma processual penal vigente, lapidada pela jurisprudência do Supremo.

Não há como negar que ao se perseguir criminalmente a maior figura política brasileira das últimas décadas, deve se ter alguns cuidados subjetivos na persecução penal. Isso, sem nenhum receio de cair em demagogias como “*todos são iguais perante a lei*”, deve-se ao fato de que as paixões políticas podem se tornar a mola propulsora da perseguição, transformando o legítimo em ilegítimo.

É exatamente para evitar que as paixões se sobressaiam à Razão que existe o Estado, como disse Locke. Hegel também navega nesses mares de legitimidade ao Estado,

* Advogado, Mestre em Ciência Política, Conselheiro da OAB-DF. Foi assessor de Ministro no Supremo Tribunal Federal, Consultor Jurídico e Secretário-Executivo do Ministério da Justiça. Foi também Presidente do Comitê Nacional para Refugiados e do Conselho Nacional de Combate à Pirataria.

** Advogado, Mestre em Direito Político e Econômico, Doutorando em Direito pela PUC/SP.

confiando a razão o terreno que oferece legitimidade ao Estado. Ora, como alerta Weber, deve o observador (no caso o juiz) ter noção de suas paixões a fim de se auto-respeitar. Como a magnitude do acusado é grande, exige-se, também, ao menos uma demonstração de imparcialidade maior, a fim de que se tenha, na maior medida possível, o cumprimento da exigência legal da imparcialidade.

Claro, sabe-se que a neutralidade é impossível em matéria de julgamentos, mas a imparcialidade é uma razão possível a medida que se sigam as técnicas processuais penais, e no plano real essa exigência da imparcialidade se efetiva na medida que se trabalham as provas, bem como a análise probatória seus argumentos subsequentes.

Em outras palavras: é no manejo das provas (e dos argumentos derivados destas) que se tem a verificação da imparcialidade do julgado. Este manejo é dado pela observância das leis e da jurisprudência dos Tribunais. Em resumo, a imparcialidade de um julgado é auferida pela sua qualidade técnica.

A técnica exige do acusador e do julgador uma clareza em matéria probatória. *Mutatis mutandis*, é o que afirma o Supremo Tribunal Federal (HC 84580, 2ª T, Min Celso de Mello, DJ 18.09.2009)

E M E N T A: - ... INEXISTÊNCIA, OUTROSSIM, DE DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS QUE VINCULEM OS PACIENTES AO EVENTO DELITUOSO - INÉPCIA DA DENÚNCIA - PEDIDO DEFERIDO.

PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO - OBRIGAÇÃO DE O MINISTÉRIO PÚBLICO FORMULAR DENÚNCIA JURIDICAMENTE APTA.

- **O sistema jurídico vigente no Brasil** - tendo presente a **natureza dialógica** do processo penal acusatório, **hoje impregnado**, em sua estrutura formal, de caráter **essencialmente democrático** – **impõe**, ao Ministério Público, **notadamente** no denominado “reato societário”, a **obrigação de expor**, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a **participação** de cada acusado na **suposta** prática delituosa.

- **O ordenamento positivo brasileiro** – cujos fundamentos **repousam**, dentre **outros** expressivos vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, no postulado essencial do direito penal da culpa e no princípio constitucional do “due process of law” (**com todos os** consectários que dele resultam) – **repudia** as imputações criminais genéricas e **não tolera**, porque ineptas, as acusações **que não** individualizam **nem** especificam, **de maneira concreta**, a conduta penal atribuída ao denunciado. **Precedentes.**

A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO PENAL TEM O DIREITO DE NÃO SER ACUSADA COM BASE EM DENÚNCIA INEPTA.

- A denúncia **deve conter** a exposição do fato delituoso, descrito **em toda** a sua essência e narrado **com todas** as suas circunstâncias fundamentais. Essa narração, **ainda** que sucinta, **impõe-se** ao acusador **como exigência derivada** do postulado constitucional **que assegura**, ao réu, o exercício, **em plenitude**, do direito de defesa. **Denúncia que deixa de estabelecer a necessária vinculação** da conduta individual **de cada** agente aos eventos delituosos **qualifica-se** como denúncia inepta. **Precedentes.**

...- **A circunstância objetiva** de alguém **meramente** exercer cargo de direção **ou** de administração em instituição financeira **não** se revela suficiente, **só por si**, para autorizar

qualquer presunção de culpa (**inexistente** em nosso sistema jurídico-penal) e, **menos ainda**, para justificar, como efeito derivado **dessa particular** qualificação formal, a **correspondente** persecução criminal.

- **Não existe**, no ordenamento positivo brasileiro, **ainda** que se trate de práticas configuradoras de macrodelinquência **ou** caracterizadoras de delinquência econômica, **a possibilidade constitucional** de incidência da responsabilidade penal **objetiva**. **Prevalece**, sempre, em sede criminal, **como princípio dominante** do sistema normativo, **o dogma** da responsabilidade **com culpa** (“*nullum crimen sine culpa*”), absolutamente incompatível com a velha concepção medieval do “*versari in re illicita*”, **banida** do domínio do direito penal da culpa. **Precedentes**.

AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA.

- **Nenhuma acusação penal** se presume provada. **Não compete**, ao réu, **demonstrar** a sua inocência. **Cabe**, ao contrário, ao Ministério Público, **comprovar**, de forma inequívoca, **para além** de qualquer dúvida razoável, a **culpabilidade** do acusado. **Já não mais prevalece**, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, **em dado momento histórico** do processo político brasileiro (**Estado Novo**), **criou**, para o réu, **com a falta de pudor** que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (**Decreto-lei nº 88**, de 20/12/37, art. 20, n. 5). **Precedentes**.

- Para o acusado exercer, **em plenitude**, a garantia do contraditório, **torna-se indispensável** que o órgão da acusação descreva, **de modo preciso**, os elementos estruturais (“*essentialia delicti*”) **que compõem** o tipo penal, **sob pena** de se devolver, **ilegitimamente**, ao réu, o ônus (que sobre ele **não** incide) de provar que é inocente.

- **Em matéria** de responsabilidade penal, **não se registra**, no modelo constitucional brasileiro, **qualquer** possibilidade de o Judiciário, **por simples** presunção **ou com fundamento** em meras suspeitas, **reconhecer a culpa** do réu. **Os princípios democráticos** que informam o sistema jurídico nacional **repelem** qualquer ato estatal **que transgrida** o dogma **de que não haverá** culpa penal por presunção **nem** responsabilidade criminal por mera suspeita.

Como resume a própria Sentença (ponto 291), a tese central da acusação é a de que o Grupo OAS, presidido pelo delator informal que serviu como prova à condenação, administrava “*uma conta corrente informal de vantagens indevida com agentes políticos do PT, entre eles o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva*”.

O nexó necessário do tipo que configuraria a corrupção seria (ponto 292 da Sentença) o pagamento “*de vantagem indevida pela Construtora OAS, empresa pertinente ao Grupo OAS, nos contratos da Petrobrás com o Consórcio CONEST-RNEST, em obras na Refinaria do Nordeste Abreu e Lima – RNEST e no Consórcio CONPAR em obras na Refinaria Presidente Getúlio Vargas – Repar, no montante de cerca de R\$ 87.654.971,26, correspondente a 3% sobre a parte correspondente da Construtora OAS nos empreendimentos referidos*”.

No ponto 302 da Sentença, a chave argumentativa: “*Esta a questão crucial deste processo, pois, se determinado apartamento foi de fato concedido ao ex-Presidente pelo Grupo OAS, sem pagamento de preço correspondente, sequer das reformas, haverá*

prova da concessão pelo Grupo OAS a ele de um benefício patrimonial considerável, estimado em R\$ 2.424.991,00 e para qual não haveria uma causa ou explicação lícita”.

Veja-se que o ponto central da acusação e da condenação é corrupção passiva (a lavagem está como crime necessariamente consequente) por contratos da OAS em obras com a Petrobras nas refinarias Abreu e Lima e Presidente Getúlio Vargas. Todo o mais é meio, como o apartamento, etc. Como reconhece a Sentença, este o ponto central da condenação.

Não se encontra, contudo, na Sentença, o nexos do indício probatório (reforma no tríplex) com qualquer ato do acusado com a tal corrupção nas obras da refinaria.

Apesar de a própria Sentença afirmar que não se trata de uma questão atinente ao direito civil – e nem poderia ser – tece longos comentários acerca da compra e troca de um apartamento por outro. Ao fim, estabelece como prova uma reportagem de 2010, refeita em 2011, que relata os problemas que o casal Lula e Marisa estavam tendo com o apartamento do tipo tríplex (o segundo apartamento relatado nos autos, que teria sido comprado mediante a entrega do primeiro, este reconhecidamente sem qualquer mácula de ilegalidade).

A Sentença então traça longos argumentos a fim de caracterizar o domínio de Lula sobre o tríplex. Na sequência, relata, com maestria, as fraudes nas licitações nas obras das refinarias, bem como revela (ponto 712 da Sentença) o pagamento de vantagem indevida à Área de Abastecimento da Petrobras (ao Diretor Paulo Roberto Costa), propina, aliás, já condenada em outra Sentença e confirmada pelo TRF4 (ACR 5083376-05.2014.4.04.7000, 8ª T, Des Joao Pedro Gebran Neto, j. 23.11.2016). Daí são dezenas de páginas reveladoras de um estarrecedor sistema de corrupção de diretores da Petrobras.

Entretanto, o odioso esquema de propina que as empreiteiras tinham com a Petrobras em nada pode incriminar o Presidente da República. A não ser que haja uma condicionante do art. 317 com a figura de Lula.

Esse o ponto técnico relevante, essencial e pertinente a análise.

Primeiramente o argumento condenatório (ponto 801 da Sentença) acha *“um pouco estranho que, diante da magnitude do esquema criminoso, ilustrado pelo fato da Petrobras ter reconhecido cerca de seis bilhões de reais em perdas contábeis em corrupção no balanço de 2015, não tivesse o ex-Presidente qualquer conhecimento...”*. Há um erro temporal: em 2015 Lula já não era mais Presidente. Ainda que fosse, não somente Lula não sabia do estarrecedor esquema de corrupção: nem o Ministério Público sabia, uma vez que só foi possível saber após a deflagração da operação Lava-Jato. Não é função institucional do Presidente da República (art. 84, CF) investigar uma sociedade de economia mista. Aliás, se assim o fizesse, seria crime de responsabilidade. Mas é função do Ministério Público (art. 129, CF) a fiscalização institucional. Ora, se o argumento é de que Lula tem que ser condenado por não saber sobre a corrupção à época dos fatos, imagina o que seria então do Ministério Público. O argumento, obviamente, não se sustenta.

Como razão de nexos causal, a Sentença adota como prova um encontro de Lula com Renato Duque em...2014! Relembrando que Lula deixou a Presidência em 2011. E mais:

nada se fala ou se argumenta sobre qualquernexo entre esse encontro e as obras das refinarias. A fundamentação retorna então ao domínio e a reforma do tríplex.

Arremata a Sentença (ponto 852) que *“definido que o apartamento 164-a, tríplex, era de fato do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e que as reformas o beneficiavam, não há no álibi do acusado Luiz Inácio Lula da Silva o apontamento de uma causa lícita para a concessão a ele de tais benefícios materiais pela OAS empreendimentos, restando nos autos, como explicação única, somente o acerto de corrupção decorrente em parte dos contratos com a Petrobrás.”*

E conclui no ponto 853: *“Provado, portanto, o crime de corrupção”*.

O problema, com respeito, é que tecnicamente não houve um laivo sobre o necessário nexode ato de ofício para se configurar corrupção.

A leitura da Sentença demonstra a inexistência de ato de ofício praticado por Lula em razão de vantagem indevida, o que impede a configuração de elementar essencial do tipo de corrupção passiva.

Para a configuração do crime de corrupção passiva é indispensável a configuração de qualquer um dos núcleos do tipo, em razão do exercício de função pública.

Assim, é indispensável a existência de nexode causalidade entre a conduta do funcionário e a realização de ato funcional de sua competência, conforme se decidiu na AP 307 no Supremo Tribunal Federal (caso Collor).

A prova desse nexode é essencial porque o tipo previsto no art. 317 do CP trata da mercancia do cargo público, que somente pode ocorrer se o ato de ofício que incumbe o servidor praticar for posto à disposição do particular mediante recebimento de vantagem indevida.

No caso hora analisado, contudo, não era de competência do Presidente da República a formalização dos contratos a Petrobras, não podendo ele responder por atos de terceiros, sob grave risco de autorizar o direito penal julgar através da responsabilização objetiva.

Essa necessidade de nexode foi reafirmada, pelo Supremo Tribunal Federal, na AP 370 (caso Mensalão).

Logo, a Sentença é uma primazia quando trata da corrupção na Petrobras. É também uma boa tese de direito civil, quando trata do domínio do Tríplex.

Carece, contudo, de tecnicidade a fim de configurar o tipo do art. 317 do CP, quando trata da acusação de corrupção (e sua lavagem consequente), uma vez que não revela qual ato de ofício do acusado.

Esse o cenário, tem-se que é sim uma peça que entrou para a história, por diversos motivos.

SENTENÇA CONTRA LULA VIOLA A IGUALDADE DE ARMAS PROCESSUAL

Ricardo Franco Pinto*

A destruição de princípios basilares de Direito, mais especificamente de Direito Penal é muito mais fácil do que se poderia imaginar. Geralmente, uma única Sentença detém tal poder de destruição, sempre e quando a mesma conte com o apoio do conjunto midiático a serviço do poder dominante. Como no caso em que aqui trataremos (a sentença condenatória de Lula) e em muitas outras conhecidas no transcurso da história (Mandela poderia ser o exemplo mais claro), não importa, a rigor, o conteúdo da sentença, mas a quem se quer condenar.

Assim, algumas sentenças funcionam apenas como uma espécie de “pano de fundo” para o que realmente está em jogo, que é a decisão política sobre o destino de um país e a implantação, no caso do Brasil, de medidas ultraliberais como ocorre efetivamente há pouco mais de um ano.

Com a promulgação da Constituição de 1988, ao menos dois destes princípios basilares estariam garantidos: o primeiro, a separação de poderes; o segundo, a igualdade de armas em um processo judicial.

O primeiro princípio, de separação de poderes, se garantiria delimitando-os em três (em uma evolução política do que pregava Benjamin Constant, que entendia que havia cinco poderes⁴⁰⁶), tal e como já se adotava na primeira república, com inspiração na interpretação de Montesquieu.

No corpo da Constituição de 1988 encontramos a divisão de poderes (executivo, legislativo e judiciário) delimitadas principalmente em dois artigos: o art. 2º, que estabelece que *“são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”*; e o art. 60, §4º, que atua como norma protetora do artigo anterior, ao estabelecer que *“não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III - a separação dos Poderes”*.

A importância deste princípio reside na não interferência (ou influência) política de um poder em outro pois isto colocaria em risco o sistema democrático. Entendemos que este princípio foi e será tratado em outros lugares, e não nos ocuparemos diretamente do mesmo neste artigo.

O segundo princípio, que buscaremos analisar com um pouco mais de exatidão, é o princípio da igualdade de armas⁴⁰⁷. É igualmente reconhecido pela Constituição Brasileira naquele que seja possivelmente o mais famoso artigo da Carta Magna (art. 5º), que estabelece que *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”*. Evidentemente todos os que trabalham com o Direito Penal sabemos que

* Professor Visitante da Universidad Pablo de Olavide (Sevilla - Espanha). Advogado junto ao Tribunal Penal Internacional (Haia – Holanda). Doutor Internacional pela Universidad de León (León - Espanha), e especialista em Direito e Política Internacional, nas áreas de Terrorismo, Terrorismo de Estado e Direitos Humanos.

⁴⁰⁶ Para Constant, os poderes eram: Real, Executivo, Representativo Duradouro (assembleia hereditária), Representativo de Opinião (assembleia eletiva) e o Judiciário.

⁴⁰⁷ Também denominado “paridade de armas”.

este princípio não é obedecido à risca (nem no Brasil, nem em outros países), mas um mínimo de respeito ao mesmo deveria ser observado, para que ao menos haja uma redução da desigualdade processual entre acusação e defesa. Mas o que isto quer dizer em processo penal? Que as armas que possua a acusação (geralmente o Ministério Público) sejam idênticas às da defesa. E esta observância à igualdade de armas é obrigação de todas as instituições, mas principalmente dos juízes, e especialmente do juiz da causa penal específica, pois é ele o primeiro e mais importante garantidor de que a paridade não somente esteja perfeitamente estabelecida, mas que seja mantida até o fim do procedimento.

Infelizmente, não foi o que se observou nem na instrução e nem na sentença contra Lula. Apenas para deixar três exemplos do transcurso da instrução criminal, temos inicialmente a famosa e infantil apresentação do “powerpoint” da denúncia contra Lula, onde o Procurador de Justiça acusou-o de ser o chefe de uma organização criminosa, chamando-o de “comandante máximo” do esquema de corrupção investigado no processo conhecido como lava-jato⁴⁰⁸. Isto é uma ação ilegal, pois um Procurador da República não tem o direito de dirigir-se assim a um cidadão brasileiro (ou estrangeiro) sem que o mesmo tenha tido sequer oportunidade de defesa. Isto é um claro descumprimento do dever jurídico de todos (juiz, ministério público e/ou advogados) de preservar sempre a imagem e também a figura do réu. Isto desequilibra claramente a paridade de armas, pois a acusação se utiliza de um espaço midiático amplíssimo para verter estas acusações, o que faz com que o processo penal transcenda os limites do judiciário e obtenha o impacto desejado na sociedade. Em outras palavras, uma clara manipulação midiática do processo penal, e que a defesa não tem como utilizar as mesmas armas, pois o servilismo mediático é claramente contra os interesses do réu. No caso, contra Lula. E que medidas foram tomadas pelo juiz da causa, responsável para garantir a igualdade de armas e os direitos do réu? Nenhuma.

O segundo exemplo é a famosa condução coercitiva de Lula à Polícia Federal sem que o mesmo sequer fosse previamente notificado para prestar depoimento ao juiz instrutor. Estranhamente, toda a imprensa sabia sobre a condução, e mais um espetáculo foi criado⁴⁰⁹ com a única intenção de efetuar uma busca em sua propriedade. Uma ação claramente ilegal, causada agora pelo próprio juiz, que tinha a obrigação de parcialidade. Neste momento, já está claro que o juiz se posiciona em qualidade também de acusador.

O terceiro exemplo é o vazamento ilegal das conversações telefônicas entre Lula e seus familiares e principalmente entre Lula e a Presidenta Dilma Rousseff, que aliás foram assim posteriormente declaradas pelo Supremo Tribunal Federal. A violação aos arts. 8º y 9º da Lei 9.296/1996 deveria ter sido, por si só, suficiente para afastar ao juiz instrutor da causa, uma vez que cometeu atos que poderiam ser criminais, nos moldes do art. 10º da mesma lei⁴¹⁰. A partir deste momento, apartar ao juiz instrutor do procedimento era

⁴⁰⁸ Que investiga a corrupção na Petrobrás.

⁴⁰⁹ O vazamento de informações sigilosas à imprensa foi uma constante no processo contra Lula.

⁴¹⁰ Lei 9.296/1996:

(...)

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

absolutamente necessário. Evidentemente isto não ocorreu, e desde então já havia a certeza na sociedade brasileira que Lula seria condenado, independentemente de que forma o processo transcorresse. O curioso naquele momento é que tanto os cidadãos chamados de “esquerda” ou “direita” e mesmo os de “centro” compartiam a mesma opinião. E todos estavam absolutamente certos. A opinião entre os que tratamos a diário com o Direito Penal não era distinta: estava claro que os princípios de Direito Penal não valiam para este processo, que a excepcionalidade tão combatida por todos os democratas reinava nestes Autos e que a condenação era o objetivo do mesmo. A perseguição objetiva processual, dividida em investigação, instrução e sentença, havia sido mudada politicamente para condenação pública, violação de direitos processuais e confirmação condenatória. Como dizemos na Espanha, um verdadeiro *paripé*. Uma sentença condenatória (ainda que pobre em termos jurídicos ou argumentativos como a proferida contra Lula) era apenas uma questão de tempo, mas nunca seria uma questão de justiça.

Neste livro, serão muitos os autores que analisarão de forma exaustiva a sentença condenatória contra Lula. Ainda assim, entendemos necessário chamar a atenção apenas para uma questão que apoiaria tudo o que argumentamos anteriormente: a sentença condenatória possui 962 parágrafos (divididos em 238 páginas). Destes, apenas 5 foram dedicados à tese da defesa. Toda a sentença é claramente uma autodefesa do próprio juiz que a assinou, mais que uma análise exaustiva dos argumentos e teses de acusação e defesa (no caso da falta de análise das teses da defesa). A paridade de armas aqui é apenas um conceito que foi há tempos preterido na condução deste processo.

Posteriormente à sentença, os advogados de Lula apresentaram embargos de declaração sendo que o juiz sentenciador (que aliás no decorrer do rito sempre os tratou sem o devido respeito e sem urbanidade) se recusa a admitir que há contradições ou lacunas em sua sentença. Nada novo, não surpreendentemente. Ato seguido, determina o sequestro dos bens de Lula, em outra decisão não apenas polêmica, mas totalmente absurda e sem sustentação jurídica alguma. E por que afirmamos isto? Oras, porque na decisão sobre os embargos declaratórios, o juiz reconhece claramente que não houve prejuízo algum para Petrobras, manifestando-se assim a respeito:

“Este Juízo jamais afirmou, na sentença ou em lugar algum, que os valores obtidos pela Construtora OAS nos contratos com a Petrobrás foram utilizados para pagamento da vantagem indevida para o ex-Presidente. Aliás, já no curso do processo, este Juízo, ao indeferir desnecessárias perícias requeridas pela Defesa para rastrear a origem dos

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

recursos, já havia deixado claro que não havia essa correlação (itens 198-199). Nem a corrupção, nem a lavagem, tendo por crime antecedente a corrupção, exigem ou exigiriam que os valores pagos ou ocultados fossem originários especificamente dos contratos da Petrobrás”.

O curioso é que, se analisarmos rapidamente o parágrafo 880 da sentença condenatória, encontramos uma claríssima contradição:

“Mesmo tendo parte dos benefícios materiais sido disponibilizada posteriormente, durante o ano de 2014, tendo eles origem em créditos decorrentes de contratos da Construtora OAS celebrados em 10/12/2009, considerando aqui somente os contratos do Consórcio CONEST/RNEST, configuram vantagem indevida disponibilizada em razão do cargo de agente público federal, não só para o então Presidente, mas para os igualmente beneficiários executivos da Petrobrás.”

E em relação à esta flagrante contradição, perguntaríamos por aqui: “¿en qué quedamos?”

Este é apenas um dos inúmeros argumentos que poderíamos esgrimir para comprovar que os princípios de Direito a que nos referimos no início foram e seguem sendo claramente violados. O princípio da igualdade de armas é violado para que se possa condenar a Lula e o princípio da separação de poderes é violado para que se possa impedi-lo (através de uma condenação criminal) de disputar a Presidência da República em 2018, reestabelecendo-se assim a democracia no país.

Sabemos que virão argumentos contrários aos que acabamos de manifestar, ainda que se sabe igualmente que sempre são os mesmos, curiosamente: que não podemos ser literais, que este preciosismo não é necessário. E poderia inclusive estar de acordo, se estivéssemos tratando de questões políticas puramente. Mas estamos ante um processo judicial, e ainda por cima penal, onde todas as questões devem ser exaustivamente analisadas, nunca de uma forma *en passant* (em cinco parágrafos no caso da análise das teses da defesa) como resolve a sentença. E se assim não for, não estamos nem exercendo o Direito e muito menos buscando a Justiça. O que se buscaria seria claramente um “encaixe” através de uma sentença de teses acusatórias e decisões anteriormente tomadas.

Todo este processo, como disse em entrevista recente Eugênio Aragão, é uma verdadeira “chicana”.

A CONDENAÇÃO DE LULA: O MAIOR CASO DE *LAWFARE* DO BRASIL

Ricardo Lodi Ribeiro*

Ao longo dos últimos meses, a expressão *Lawfare*, que constitui a junção em inglês da palavra *law* (lei), com o termo *warfare* (guerra), vem sendo utilizada pelos advogados do ex-presidente Lula para designar os processos criminais que estão sendo contra ele instaurados. A designação de *Lawfare* recai em um ambiente em que as instituições jurídicas são abusivamente utilizadas para a perseguição de um adversário político. Foi originalmente cunhada por John Carlson e Neville Yeomans, em 1975⁴¹¹, que a consideravam uma tática de paz, em que a guerra dava lugar à disputa por leis onde se tinha “um duelo de palavras em vez de espadas”. A expressão foi dissimulada pelo coronel da Força Aérea dos EUA, Charles Dunlap⁴¹², em 2001, como uma estratégia de mau uso da lei para alcançar um objetivo operacional como alternativa aos meios militares tradicionais. Na esfera política se traduz, segundo Jean Comaroff e John Comaroff,⁴¹³ no processo de usar a violência e o poder inerente à lei para produzir resultados políticos. Uma das formas mais frequentes da sua utilização se dá pelo afastamento de um adversário pelo uso abusivo do sistema jurídico em substituição aos processos eleitorais constitucionalmente vigentes.

Para John Comaroff⁴¹⁴, professor da Universidade de Harvard, que tem se dedicado à pesquisa do *Lawfare*, o ex-presidente Lula vem sendo vítima do fenômeno pela força tarefa da Operação Lava Jato, em Curitiba, e pelo Juiz Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba, Sérgio Moro, o que restou caracterizado desde que o aludido magistrado vazou para a imprensa o conteúdo das escutas telefônicas entre o ex-presidente e a então presidente Dilma Rousseff. Depois desse episódio, de acordo com o citado pesquisador sul-africano, o *Lawfare* revelou-se pela tentativa de criar uma presunção de culpa em relação a Lula.

Na verdade, é forçoso reconhecer que, há muito, a chamada *República de Curitiba*, aproveitando-se do apoio militante da grande mídia à *Caçada ao Lula*, vem se valendo do expediente de mobilizar a opinião pública para o suposto combate à corrupção, criando um ambiente de condenação prévia do ex-presidente. Nesse sentido, bastante sintomática foi a insólita apresentação em *power point* do coordenador da força tarefa do MPF, Deltan Dellagnol, que mostrava Lula como no centro de todo o esquema, sem que apresentasse na denúncia qualquer comprovação disso, mas grande *convicção* de suas alegações, como revelou a própria declaração do procurador que ficou famosa na ocasião. Evidentemente que, além de todos os vícios processuais para a fixação da

* Professor Adjunto de Direito Financeiro da UERJ. Diretor da Faculdade de Direito da UERJ.

⁴¹¹ CARLSON, John; YEOMANS, Neville. In Smith, M. & Crossley, D. (eds.), *The Way Out - Radical Alternatives in Australia* Melbourne: Lansdowne Press, 1975.

⁴¹² DUNLAP, JR., Charles J. Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts. Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference Carr Center for Human Rights Policy. Kennedy School of Government, Harvard University. Washington, D.C., 29 de novembro de 2001.

⁴¹³: COMAROFF, Jean; COMAROFF, John L. *Law and Disorder in the Postcolony* by Review by: Giovanni Arrighi *American Journal of Sociology* Vol. 114, No. 2 (September 2008), pp. 562-564.

⁴¹⁴ <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1829175-professor-de-harvard-ve-presuncao-de-culpa-contra-lula-na-lava-jato.shtml>.

competência para julgamento do caso na 13ª Vara Federal de Curitiba. em relação a fatos cujo aspecto espacial se restringiu ao Estado de São Paulo, o juiz Sérgio Moro não revelou, ao longo do processo, que era julgador imparcial para conduzir o feito, muitas vezes desempenhando o papel ativo de acusador. E, como a experiência histórica revela aqui e alhures, quando a acusação e a jurisdição se confundem, o exercício do direito de defesa é uma mera formalidade legitimadora de um resultado previamente acordado.

No caso da sentença do triplex do Guarujá, o atentado aos princípios do juiz natural e do devido processo legal, bem como à presunção de inocência, resta amplamente caracterizado, não deixando dúvidas de que o ex-presidente Lula não teve um julgamento justo e que o Juiz Sérgio Moro não foi juiz imparcial para a causa.

Neste contexto político em que todo o aparelho estatal e midiático foi há anos dirigido nessa caçada ao Lula, muito pouco resultado concreto foi encontrado. Na verdade, a par da seletividade política que embala os movimentos contra o líder petista, os inevitáveis efeitos colaterais que um arremedo retórico de coerência dirigido contra outras forças políticas foram muito mais letais. Aliás, a conclusão que se chega neste momento é que se está passando um atestado de bons antecedentes ao ex-presidente, pois diante de tantos esforços investigativos, por tanto tempo, em um cenário nacional em que proliferam malas de dinheiro, contas em paraísos fiscais, e provas incontestáveis da rapinagem de dinheiro público, não foram encontrados contra o ex-presidente fatos muito animadores para os seus algozes.

Senão vejamos. O Ministério Público Federal denunciou o ex-presidente por corrupção passiva e lavagem de dinheiro em razão da sua participação em três contratos lesivos à Petrobras celebrados pela empreiteira OAS. Assim, segundo o MPF, Lula seria o chefe da quadrilha que, por meio dos referidos contratos teria lesado a sociedade de economia mista. A vantagem por ele recebida seria o triplex do Guarujá e a reforma nele efetuada pela construtora, o que caracterizaria o crime de corrupção. A lavagem de dinheiro ficaria por conta de não ter o ex-presidente transferido o imóvel para o seu nome.

Quando a denúncia foi divulgada, várias vozes no mundo jurídico se levantaram para alertar que a história narrada na peça acusatória não era comprovada pelos documentos acostados à petição inicial, e nem corroborava com a apresentação em *power point* que apontavam Lula como chefe da quadrilha. Aliás, qual o objetivo dessa afirmativa por quem não denunciou o réu por formação de quadrilha, senão atingir a imagem do acusado perante a opinião pública?

Contudo, a despeito do evidente assodamento acusatório, havia a possibilidade de, ao longo da instrução processual, se comprovassem os fatos alegados na petição inicial. Porém, o que se viu foi algo muito distante disso. Ao longo de toda a fase probatória, foram ouvidas dezenas de testemunhas da acusação e da defesa, apresentados centenas de documentos, realizadas perícias, e não restaram comprovados os elementos minimamente necessários para alicerçar a versão acusatória quanto os fatos imputados a Lula, a tal ponto de o Juiz Sérgio Moro acabar por abandonar a tese do Ministério Público, inovando em releção á descrição fática da denúncia, o que, por si só já inviabilizaria qualquer condenação. Até chegar ao extremo de, em sede de embargos de declaração interpostos pela defesa contra a sentença condenatória de primeiro grau, reconhecer que os valores recebidos da OAS pela Petrobras não teriam sido utilizados

para o pagamento de vantagens ao ex-presidente, o que, inexoravelmente eliminaria o único liame, ainda que frágil, para fixar a competência territorial em Curitiba.

Para a caracterização do crime de corrupção passiva envolvendo o recebimento de vantagem indevida pelo ex-presidente em razão da prática de ato de ofício deste em favor da OAS, seria necessário demonstrar que, no exercício do cargo de presidente, Lula praticara ato em benefício da empresa, em troca de vantagem indevida. No entanto, encerrada a intrusão probatória, não houve êxito em comprovar que Lula tenha tido qualquer participação no episódio. Contentou-se Moro com a possibilidade do presidente influenciar a escolha dos diretores da Petrobras, como se a indicação de uma pessoa para um cargo pudesse tornar quem indica responsável por todos os ilícitos futuros cometidos por quem é indicado. Sobre a suposta vantagem obtida pelo ex-presidente, aponta a sentença um cenário fático inteiramente ocorrido em 2014, quando Lula não era mais presidente. Não foi não exitosa a tentativa de comprovar que atos praticados pelo presidente em 2009 tiveram como contrapartida vantagens indevidas amealhadas em 2014, embora a grande distância entre os referidos dos marcos temporais recomendasse grande esforço argumentativo e probatório. Assim, nem se provou a participação do réu na ilicitude, nem a vantagem recebida e muito menos o nexo de causalidade entre elas. Lovou-se o magistrado, contrariamente ao depoimento de todas as testemunhas de acusação e defesa, na “colaboração informal” de Léo Pinheiro, ex-presidente da OAS, cuja surpreendente mudança de depoimento ensejou a concessão de fantásticas vantagens a ele oferecidas na sentença. Ou seja, após passar mais de um ano negando a participação de Lula, colaborou “informalmente” com o juízo, recebendo favorecimento judicial, sem a necessidade de cumprir os requisitos legais da delação premiada ou de provar o que alegava. Está instaurada a delação premiada em que o colaborador nada precisa provar. Com a simples mudança de depoimento, o empreiteiro evitou passar o resto dos seus dias na cadeia.

Em relação às supostas vantagens oferecidas ao ex-presidente, diante de robusta prova de que o imóvel nunca pertenceu a Lula ou a sua família, Moro faz uma ginástica para concluir que, embora não tenha havido a transferência do imóvel para ele, este seria o “proprietário de fato”, embora tenha ficado bastante claro que o ex-presidente e a sua família jamais tenham tido a posse do imóvel. Ora, a posse é a exteriorização, no plano fático, de uma das faculdades do proprietário. Não tendo a posse, não tendo usado, fruído ou disposto do imóvel, não há como se falar em “propriedade fática”.

Na narrativa construída por Moro, não havia outra explicação lícita para a insistência da OAS de oferecer o triplex a Lula, e tampouco da reforma nele feita. Preferiu o magistrado concluir que tudo isso só podia ser resultado de corrupção. O problema da condenação sem provas, a partir da livre convicção do magistrado, é o risco deste descartar outras narrativas, inclusive a apresentada pela defesa, que sustentou serem as tratativas advindas das negociações sobre a cota adquirida pela Dona Marisa Silva, ex-primeira dama, junto à antiga proprietária do empreendimento, a Bancoop. Além da narrativa da defesa apresentar muito mais verossimilhança do que a da acusação, cabe a esta comprovar que a sua descrição da realidade é a correta, mediante a apresentação provas. De qualquer forma, a conclusão do juiz Moro de que “a única explicação possível” para o oferecimento do triplex a Lula e as obras nele realizadas seria o pagamento de propinas só parece revelar uma coisa: que mesmo diante da ausência

de provas, a convicção do magistrado sobre a culpa do réu era inabalável, o que já se revelava independentemente do resultado da dilação probatória.

Quanto à imputação de lavagem de dinheiro, ainda que os fatos relatados pela acusação tivessem sido provados, o que não é correto, temos uma imputação juridicamente impossível. A lavagem de dinheiro se dá quando alguém procura dar aparência de legalidade a recursos de origem ilícita. Mas quando esse alguém recebe bens em pagamento de atos eivados de corrupção, não há crime autônomo ainda que a propriedade do bem seja ocultada, uma vez que estaríamos diante de conduta contida no tipo legal que sanciona a própria corrupção. Ao aceitarmos a tese da sentença, a lavagem de dinheiro acompanharia qualquer conduta ilícita, o que seria um verdadeiro absurdo jurídico.

Diante da evidente condenação de Lula sem provas, não se pode deixar de registrar que a longa trajetória de afirmação do Estado de Direito está vinculada à consagração de princípios constitucionais como o do devido processo legal, da presençã de inocência e do juiz natural, que estão sendo deixados em segundo plano em nome de um combate à corrupção conduzido de modo seletivo e politicamente dirigido e que corre o risco de produzir resultados bastante danosos à trajetória da própria democracia no Brasil. Nesse sentido, o *Lawfare* que se dirige hoje contra Lula, se exitoso, dará contornos definitivos ao esfacelamento do Estado Social promovido após o impeachment. Se o golpe parlamentar que o viabilizou, a partir da utilização peculiar de categorias do direito financeiro, permitiu o desmonte do incipiente sistema de proteção social às pessoas mais vulneráveis, as tentativas abusivas de tornar inelegível o candidato favorito às eleições de 2018 busca sepultar o maior risco ao projeto de consagração da sociedade de mercado, a que aludia Karl Polanyi⁴¹⁵, com a separação do sistema econômico do sistema social, subordinando este em relação aos interesses do mercado, que foi pavimentado depois do impeachment. Assim, se o *Lawfare* praticado contra Dilma Rousseff foi extremante grave ao viabilizar a instauração de um governo ilegítimo até 2018, naquele praticado contra o Lula, se espera efeitos mais duradouros. Por esta razão, consideramos que, apesar do golpe do impeachment ter constituído um poderosíssimo instrumento de ruptura institucional com vistas a subverter as cosmovisões que foram escolhidas pelo povo brasileiro em 2014, a *Caçada ao Lula*, destinada à sua desmoralização e inelegibilidade, pretende retirar dos eleitores a possibilidade de decidir sobre as escolhas políticas que foram traídas a partir da atuação do Congresso Nacional, em 2016. Esperemos que as instâncias superiores assim não permitam.

⁴¹⁵ POLANYI, Karl. *A Grande Transformação*. Trad. Fanny Wrobel. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 45 e 77.

O “CASO TRIPLEX” E O DIREITO PENAL DO ABSURDO

Roberta Barbosa Miranda*

Introdução

No dia 12 de julho de 2017, foi proferida a sentença nos autos da Ação Penal 5946512-94.2016.4.04.7000, popularmente conhecida como “o caso Triplex”. Embora o documento já seja questionável por si só quando consideramos o momento escolhido para sua disponibilização – no meio das discussões e protestos contra a aprovação da Reforma Trabalhista -, não iremos nos ater a uma análise política na presente análise.

A sentença é longa, possuindo 218 páginas, organizadas em 962 itens. Normalmente, ao lermos uma sentença, esta tem início com um relatório, em que são expostos os argumentos apresentados tanto pela acusação quanto pela defesa durante o curso do processo e, posteriormente, o juiz entra no mérito e na formação de seu convencimento.

No documento elaborado por Sérgio Moro, percebemos que a construção se deu de forma distinta do usual. O relatório está presente, é verdade, mas logo depois tem início uma longa explanação sobre as atitudes e decisões tomadas pelo magistrado durante o curso do processo, em uma série de justificativas sobre suas controversas decisões como responsável pelas investigações da Operação Lava Jato e seus desdobramentos. Até o item 152, acompanhamos o juiz se defendendo das alegações de abuso de autoridade, ilegalidades cometidas na fase de inquéritos e parcialidade no julgamento.

Novamente defende-se a competência da Justiça Federal e da 13ª Vara Federal de Curitiba para julgar a presente ação penal – assunto que já foi tema de diversas análises e debates que deixaram claro, ao menos juridicamente, o quão errôneo é esse entendimento de acordo com a legislação processual penal.

O juiz respondeu às alegações de inépcia da denúncia para, finalmente, no item 264, chegar ao mérito da sentença, e nas ilegalidades e erros conceituais básicos cometidos pelo magistrado.

Do direito penal do absurdo e dos constantes erros processuais

Ao iniciar a leitura do mérito da decisão, já chama a atenção, de início, o pouco destaque dado às provas apresentadas pela defesa, ao mesmo tempo em que grande parte das páginas são gastas transcrevendo falas dos colaboradores, mesmo de pessoas totalmente alheias aos fatos narrados - e o que, sem comprovação, de nada deveriam valer, já que delação premiada é apenas meio de prova, não sendo suficiente para embasar uma condenação, embora este entendimento venha sendo completamente ignorado no âmbito dos processos da Operação Lava Jato.

Já de início, o juiz Sérgio Moro traz argumentos externos à ação penal para justificar seu convencimento, extrapolando os já controversos pontos trazidos pelo Ministério Público Federal em sua confusa acusação. Até mesmo o uso das provas emprestadas se dá de

* Roberta Barbosa Miranda é advogada criminalista, graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Especialista em Criminologia, Direito e Processo Penal pela Universidade Candido Mendes. Pesquisadora no grupo “Matrizes do Processo Penal Brasileiro”.

forma totalmente aleatória e diversa do assunto. A ação penal ora discutida envolve a suposta prática do crime de corrupção passiva pelo ex-Presidente Lula, ao aceitar um triplex no Guarujá como vantagem indevida, por beneficiar a empresa OAS em contratos com a Petrobras; e do delito de lavagem de dinheiro, por ter ocultado esse mesmo triplex ao não passá-lo para o seu nome. Qualquer outra investigação ou processo aos quais o acusado responda devem ser ignorados, sob pena de nulidade. Ou assim manda a lei.

Na nossa legislação, o delito de corrupção passiva é formado pelos verbos “solicitar”, “receber” e “aceitar”, em razão de sua função, vantagem ou promessa de vantagem indevida. A pena é aumentada se, para tanto, o funcionário retarda ou deixa de praticar ato de ofício, ou o pratica infringindo seu dever. Aqui, merece destaque a grande confusão, por parte não só da acusação mas também do próprio magistrado, ao tratar do crime: fala-se em “concessão”, “aquisição”, “reserva”, “destinação”, mas nunca daqueles verbos específicos para a consumação do tipo penal.

De acordo com a acusação, Lula aceitou e recebeu o triplex em troca da prática de atos de ofício em benefício da OAS Empreendimentos. Como provas, foram apresentadas testemunhas que diziam que o apartamento sempre foi tratado como do “ex-Presidente” por empregados e diretores da OAS, as declarações de Léo Pinheiro – também réu na presente ação penal –, contratos sem assinatura e rasurados encontrados em buscas e apreensões, e uma matéria de jornal veiculada no jornal O Globo, em 2010, que tratava o triplex como de Lula.

Quando confrontado sobre uma matéria jornalística ter sido utilizada como prova documental, o juiz Sérgio Moro alegou a importância dessa notícia, por ser antiga e datar de muito antes do início das investigações, o que seria suficiente para comprovar que o imóvel pertencia, de fato, à família do ex-Presidente.

Importante destacar que Lula e sua esposa, Marisa, compraram uma cota, de um apartamento normal, no empreendimento que viria a se tornar o condomínio em que o triplex está localizado, na época em que este era de responsabilidade da BANCOOP, constando essa informação, inclusive, na declaração conjunta de imposto de renda do casal. Quando a OAS assumiu a obra, Lula e Marisa não se posicionaram nem sobre o interesse de continuar com o apartamento previamente adquirido e em parte quitado, ou sobre desistir do empreendimento e receber os valores já pagos de volta.

Segundo depoimento dos outros acusados, e das testemunhas arroladas, Lula só esteve no apartamento triplex uma vez, acompanhado de sua esposa, de Léo Pinheiro e de outros funcionários da OAS. O ex-Presidente declarou que, embora o diretor da empreiteira tenha lhe oferecido o imóvel, que ainda se encontrava na fase de construção, ele não teve interesse na aquisição por conta de diversos problemas encontrados na obra. Pinheiro, então, disse que iria resolver as questões, e entraria em contato. Marisa ainda retornou ao apartamento, dessa vez acompanhada de seu filho Fábio, mas ao final acabou assinando o termo de desistência da cota adquirida no empreendimento e requerendo os valores já pagos de volta. Nesse meio tempo, diversas obras e melhorias foram realizadas no apartamento, o que levou a acusação a entender que as benfeitorias teriam sido realizadas em benefício de Lula, de forma personalizada e a pedido deste, que não pagou os valores correspondentes à reforma.

Como se percebe, nada nos autos foi capaz de demonstrar o ato de “receber” ou de “aceitar”, por parte de Lula ou de sua esposa, o triplex. Também impossível descobrir, só com as provas acostadas aos autos, qual teria sido o ato de ofício praticado pelo ex-Presidente para beneficiar a empreiteira nas obras da Petrobras, já que quem tomava as decisões sobre as licitações e contratações era o diretor da estatal à época, e não o chefe do Executivo.

Em um exercício mental claramente inconstitucional e incompatível com um Estado Democrático de Direito, o juiz Sérgio Moro entende que os contratos encontrados, um sem assinatura, e outro com o número do apartamento rasurado e também sem assinatura, confrontados com o contrato de adesão para compra de um apartamento simples no então empreendimento da BANCOOP - este devidamente assinado por Marisa Letícia -, bem como os depoimentos de testemunhas que alegavam que a OAS tinha reservado o triplex para a família do Presidente, são mais do que suficientes para comprovação da prática do crime de corrupção passiva.

Também para embasar a condenação, o magistrado alega a venda do apartamento simples originalmente adquirido pela família Lula a terceiros, enquanto o triplex nunca foi disponibilizado ao mercado, e a existência da matéria publicada pelo jornal O Globo antes mesmo do início das investigações, que relacionava Lula com o bem, como suficientemente comprobatórios de que o ex-Presidente era o dono de fato do imóvel, embora nunca tenha sequer exercido sua propriedade. Ignora-se completamente o Princípio da Presunção de Inocência, o *in dubio pro reo* - que vem sendo repetidamente vilipendiado no processo penal brasileiro - e, principalmente, uma análise profunda sobre a admissibilidade e valoração das provas no processo.

Para explicar a existência da prática do crime de lavagem de dinheiro, o proposto pela acusação e pelo magistrado é ainda mais forçoso. Após as mudanças sofridas na nossa legislação, para a consumação deste delito, é necessário ocultar ou dissimular a natureza ou, no caso específico, propriedade, de um bem ou valor proveniente de uma infração penal.

Ocorre que, conforme a denúncia oferecida pelo Ministério Público, e entendimento do juiz da causa, Lula nunca teve o imóvel em seu nome, tornando impossível que ele ocultasse a origem do bem. Muito menos recebeu dinheiro como “propina” para adquirir o imóvel, dissimulando sua origem ao colocá-lo no nome da OAS Empreendimentos. Pelo exposto nos autos, Lula recebeu um bem do qual nunca usufruiu, não tendo sido seu proprietário, o que, conseqüentemente, o impede de ocultar a sua propriedade e de consumir o delito.

O crime de lavagem de dinheiro necessita de um crime antecedente. No caso, nem mesmo conseguiu-se provar a existência da corrupção passiva, com o recebimento ou o aceite, por parte do ex-Presidente, do triplex. O fato de a OAS ou de Léo Pinheiro terem oferecido o apartamento para Lula consubstancia o delito de corrupção ativa. Mas se, em momento algum, o bem oferecido é recebido pelo agente público, a corrupção passiva torna-se atípica. É o que ocorre no caso concreto, sendo impossível pressupor, então, a lavagem de dinheiro.

E, mesmo que não conseguíssemos comprovar a inexistência da prática da corrupção passiva por parte de Lula, entendendo-se pela existência de solicitação ou aceite da vantagem indevida, se ele não receber o bem, não existirá produto do crime e, portanto,

nada haverá para ser lavado. Da mesma forma, conforme incansavelmente debatido quando do julgamento do caso “Mensalão”, nos casos de corrupção passiva, a ocultação do bem não condiz necessariamente com a lavagem, mas sim com a fase consumativa do crime de corrupção, sendo mero exaurimento deste.

A lavagem de dinheiro – que não existe aqui, visto estarmos falando de um bem imóvel – não se caracteriza pela ocultação do bem, mas no encobrimento de sua origem para lhe conferir aparência de licitude.

Quando analisamos os documentos citados pelo juiz Sérgio Moro para justificar sua sentença, se torna impossível concluir qualquer relação entre as provas e a prática dos crimes de corrupção ativa e lavagem de dinheiro por parte do ex-Presidente Lula.

Conclusão

No geral, o que encontramos é uma sentença fraca juridicamente, baseada exclusivamente em provas circunstanciais. Além disso, do início ao fim do documento, percebemos um juiz que se comporta mais como parte do processo, ao invés de agir com a imparcialidade que lhe é esperada.

Muito tempo é gasto se justificando por conta das diversas críticas recebidas à sua atuação ao longo do processo, e pouco se preocupa em garantir um julgamento justo para as partes envolvidas. Ao final, o julgador ainda pontua que nenhuma satisfação pessoal lhe traz essa condenação, mas que ninguém está acima da lei, independente do cargo em que ocupa em mais um juízo de valor totalmente incompatível com a sua função em um processo criminal.

A nossa legislação processual penal é de 1940, de origem claramente fascista e incompatível com a Constituição Federal de 1988, pautada em princípios e garantias fundamentais, e na necessidade de proteção dos indivíduos - principalmente daqueles que respondem a ações penais -, perante a força do Estado.

Embora completamente absurdo e abusivo, esse triste episódio da nossa história, talvez seja o impulso que nos faltava para finalmente colocar em prática a tão necessária e urgente reforma não só da nossa legislação penal, mas do sistema judiciário como um todo, que ainda segue o modelo inquisitorial e autoritário do período em que foi promulgado, com juízes que atuam mais como acusação, do que como garantidores da Constituição.

O DEVIDO PROCESSO ENTRE A JUSTIÇA E A POLÍTICA

Roberto de Figueiredo Caldas*

Este breve artigo tem como objetivo apresentar, de maneira singela e linguagem acessível, algumas razões pelas quais boa parte da comunidade jurídica nacional e internacional recebeu com apreensão o teor da sentença penal condenatória proferida contra o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em julho de 2017. Enfocarei minha apreciação na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob o prisma do devido processo.

O devido processo legal (*due process of law*) advém do sistema jurídico anglo-saxão e espalhou-se para outros sistemas, como o nosso, de origem romano-germânica. Contemporaneamente utiliza-se cada vez mais o termo simplificado “devido processo”, sem o adjetivo “legal”, porque o instituto passou a ter assento não apenas na lei, mas também nas constituições nacionais e nas convenções internacionais, especialmente nas de direitos humanos.

O devido processo é um princípio jurídico fundamental reconhecido como direito humano. Trata-se de um conjunto de garantias judiciais ou administrativas mínimas, de caráter processual como o direito a juiz ou tribunal “competente, independente e imparcial” (art. 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH), a processo simples e rápido (arts. 25.1 da CADH) e, a ampla defesa, entre outras, além de garantias substanciais contra a violação de seus direitos fundamentais, “mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais” (art. 25.1 da CADH), inclusive judiciais como o conteúdo das sentenças, que devem ser razoáveis e proporcionais.

De tão importante, o devido processo é um dos temas mais frequentemente enfrentados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Exatamente por isso, ao longo do tempo e ao compulsar dos subsequentes casos contenciosos e até de alguns pareceres (“*opiniones consultivas*”), a Corte vem construindo um respeitável acervo de precedentes vinculantes, de transcendência jurídica para o Continente Americano relativo ao devido processo.

Quando se investigam e processam crimes, quaisquer crimes, tais postulados mínimos do devido processo devem ser sempre inflexivelmente respeitados. O devido processo é a parte exata da Ciência Jurídica, quanto ao qual não pode haver invencionice. Isso para o bem e proteção de toda e qualquer pessoa ante o Judiciário, para o bem do estado de direito, da democracia e dos direitos humanos.

Ainda que se considerem, por exemplo, os mais graves crimes contra direitos humanos ou crimes de lesa-humanidade, nem assim se pode afastar a aplicação rigorosa do devido processo.

O crime de corrupção e afins são muito graves também, embora universalmente não cheguem a ser classificados como de lesa-humanidade. Em vários países do mundo,

* Juiz e Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ex-membro da Comissão de Ética Pública da Presidência da República e ex-conselheiro do Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção.

particularmente no caso da América Latina e do Brasil, há uma situação grave de corrupção dos espaços públicos, seja nos processos de licitação, compras, construções, obras, serviços, preenchimento de cargos, acordos políticos, financiamento de campanhas eleitorais, processo legislativo, fiscalização tributária, polícia, sistema de benefícios previdenciários, processos judiciais, fraudes de todo tipo, que minam a confiança pública nos agentes do Estado e governantes, depauperam o erário e reduzem grandemente os investimentos sociais. Vale dizer, afeta a vida da sociedade de maneira direta ao colocar em risco a população, particularmente aquela em situação de vulnerabilidade, mais dependente dos investimentos estatais em direitos sociais, como saúde, educação, segurança, transportes públicos, habitação, alimentação, assistência.

É importantíssimo investigar e combater tais crimes, é inquestionável. Porém o Estado, seja polícia, ministério público, magistratura ou autoridades administrativas, não pode menosprezar a sequência imperiosa das regras legitimadoras do devido processo, garantes de igualdade de todos perante a lei e da democracia das instituições, que atuarão de forma imparcial, independentemente das preferências do servidor público como indivíduo.

Tendo a importância do tema em relevo, em abril deste ano realizamos na sede da Corte Interamericana, em São José, Costa Rica, conferência de especialistas sobre “Ética judicial e luta contra a corrupção: independência e responsabilidade judicial e o papel das organizações especializadas”.⁴¹⁶ A perspectiva da discussão direcionou-se aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, também conhecidos como Agenda 2030 das Nações Unidas, cujos alvos centrais é eliminar a fome, a pobreza e promover o bem-estar geral, cujo Objetivo nº. 16⁴¹⁷ é específico em “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionando o acesso à justiça para todos e construir instituições responsáveis e eficazes em todos os níveis”. Especificamente as metas 16.3⁴¹⁸ visa a promover o estado de direito e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos e 16.5⁴¹⁹ reduzir significativamente a corrupção em todas as suas formas.

Para o fortalecimento da institucionalidade judicial, discutiu-se tanto o processamento de casos de corrupção perante o Judiciário, quanto corrupção, desvio ético e conflito de interesse dentro da estrutura judicial, seja da polícia, de servidores e de juízes. Tratou-se da importância de implementar códigos de ética e/ou de conduta no Poder Judiciário, inspirado na redação do art. 11 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção⁴²⁰,

⁴¹⁶ A conferência foi coorganizada pela Corte Interamericana com a Cooperação Alemã e o Grupo de Integridade Judicial do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) e contou com a participação de juízes e autoridades administrativas nacionais da América, África e Europa e de Agências Especializadas da Organização dos Estados Americanos – OEA e da Organização das Nações Unidas – Organização das Nações Unidas – ONU, além da Comissão Ibero-americana de Ética Judicial.

⁴¹⁷ <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>

⁴¹⁸ “Promover o estado de direito nos planos nacional e internacional e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos”.

⁴¹⁹ “Reduzir significativamente a corrupção e o suborno em todas as suas formas”.

⁴²⁰ “Artigo 11. Medidas relativas ao poder judiciário e ao ministério público

1. Tendo presentes a independência do poder judiciário e seu papel decisivo na luta contra a corrupção, cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico e sem menosprezar a independência do poder judiciário, adotará medidas para reforçar a integridade e evitar

promulgada pelo Brasil em 31.1.2006.⁴²¹ Entre as conclusões da Conferência podem-se gizar que⁴²²:

1. A integridade judicial é pressuposto para o desenvolvimento sustentável e o respeito ao estado de direito, como contribui para a estabilidade política, a segurança jurídica dos cidadãos, do investimento privado e do progresso econômico global.
2. Enfatizou-se “a importância da integridade, transparência e responsabilidade dentro do poder judiciário, bem como a independência e imparcialidade dos juízes, como pré-condições para o acesso à justiça em igualdade de condições que permitam proteger os direitos humanos de forma eficaz”.
3. Frisou-se a necessidade de implementar normas e padrões internacionais em matéria de integridade judicial e de estado de direito e promover a adoção do Código Ibero-americano de Ética Judicial e os Princípios de Bangalore sobre Conduta Judicial, além da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos como guia para reformas judiciais.
4. Durante o evento foi muito enfatizado que o combate à corrupção ou ao desvio ético não pode se dar de maneira seletiva, ou seja, apenas com relação a um grupo político, étnico, religioso, etc., sob pena de perda da credibilidade e legitimidade. Vale dizer, uma vez utilizado um padrão de julgamento para um grupo, este deve servir para todos sem seletividade de qualquer espécie. Particularmente os juízes devem respeitar as leis com rigor.

Feito este panorama, é conseqüente concluir que a efetivação dos direitos humanos, do estado de direito e da integridade judicial são os verdadeiros antagonistas da corrupção. A inclinação e a paixão por uma causa de um membro da magistratura são denotações de não dever ou não poder atuar no processo. Deixá-lo por impedimento ou suspeição para a melhor respeitabilidade e aceitação da decisão é mandamento lógico.

Porque só o juiz íntegro conseguirá lavrar uma decisão judicial com os elementos de equilíbrio, seja na análise das provas, seja na conclusão razoável, prudente e estritamente conectada àquelas mesmas provas. Senão é o próprio juiz, e não apenas a sua sentença, que serão mal escrutinados pela arena pública.

Voltando ao caso que nos convoca da condenação do ex-Presidente Lula, já no ano passado, subsequentes atos do juiz Sérgio Moro, prolator da sentença, eram contestados publicamente e foram objetos de questionamento ético-disciplinar perante o Conselho Nacional de Justiça, sem que se haja conhecido qualquer admoestação contra ele. Alguns fatos públicos já demonstravam a animosidade do magistrado em relação ao ex-Presidente Lula e à então Presidenta Dilma Rousseff, vale dizer, os eleitos nacionalmente nas quatro últimas eleições presidenciais pela via das eleições diretas, expressão da democracia representativa, do pacto social então vigente.

toda oportunidade de corrupção entre os membros do poder judiciário. Tais medidas poderão incluir normas que regulem a conduta dos membros do poder judiciário.

2. Poderão formular-se e aplicar-se no ministério público medidas com idêntico fim às adotadas no parágrafo 1 do presente Artigo nos Estados Partes em que essa instituição não forme parte do poder judiciário mas goze de independência análoga.”

⁴²¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm

⁴²² http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_16_17.pdf

Todos são iguais perante a lei e é esta igualdade que deve operar para julgar a mais simples das pessoas e um ex-presidente. É uma causa especialmente sensível por envolver pessoa objeto da escolha social majoritária, vale dizer, aquela em que a população depositou esperanças na condução da Nação. E indivíduo politicamente ativo, é apontado pelas pesquisas de opinião como o número um da preferência popular para a eleição presidencial do próximo ano em qualquer cenário de adversários. É sabido que uma decisão penal condenatória o retira da corrida eleitoral, ou seja, impede a sociedade de escolhê-lo, razão pela qual necessita ser bem fundamentada.

A Carta da Organização dos Estados Americanos, fundadora de todo o sistema interamericano de Direitos Humanos, assinala em seu preâmbulo que a democracia participativa “é condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região”. Para a Corte Interamericana, “a democracia representativa é determinante em todo o sistema da Convenção”⁴²³.

Os casos envolvendo os mais altos mandatários de uma Nação são sempre muito importantes. São os casos duros (*hard cases*). Em processos como tal, o bom-juiz, imparcial, apolidário, zeloso, cauteloso, deve acertar no exame das provas, deve aplicar as regras do jogo e seguir a jurisprudência comezinha. Não pode descuidar e nem inovar. Senão é a exceção, o arbítrio que imperam. Por isso a condenação gerou surpresa, perplexidade mesmo, porque não se viu apresentadas as provas dos supostos crimes. E a condenação pode impedir a candidatura do preferido popular.

Por isso, é importante dar valor ao bom padrão de comportamento da magistratura e levar em consideração os sinais anteriores de abuso, inclinação e arbitrariedade, pois se evitaria ter que desqualificar o produto dos seu trabalho, a decisão posterior, que recém veio à luz, como muitos estão fazendo, entre eles vários autores deste livro coletivo.

Pelo exíguo espaço deste artigo, analisarei um único e grave ato praticado pelo juiz que afronta os termos de sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, proferida em condenação internacional contra o próprio Estado brasileiro no Caso Escher e outros, de 2009. O juiz prolator, na fase de investigação, em 16 de março de 2016, em clara violação ao devido processo, divulgou conversa telefônica entre a então Presidenta da República, Dilma Rousseff, e o ex-Presidente Lula. Contra a letra clara da lei, expos as pessoas investigadas e gravadas a julgamento público, quando o tipo de prova deveria continuar em sigilo.

Naquele dia 16.3.16, no período da manhã, o próprio juiz da causa havia decidido encerrar a interceptação telefônica, aparentemente porque perderia a competência jurisdicional para o Supremo Tribunal Federal em razão de o ex-Presidente Lula haver sido nomeado ministro de Estado, passando a ter prerrogativa de foro. Sobrevém a gravação da conversa entre a então Presidenta Dilma e o ex-Presidente Lula às 13h32. Às 15h34 o juiz é avisado por ofício da Polícia Federal sobre a gravação referida e às 16h21 ele decide levantar o sigilo do processo inteiro, inclusive a conversa entre os dois, e determina a ampla divulgação à imprensa. Sem prazo, sem oitiva das partes, das pessoas gravadas nem do Ministério Público.

⁴²³ Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 141, y Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 192.

Em tudo o caso presente se assemelha à condenação pela Corte Interamericana, onde se examinou processo sobre interceptação, monitoramento e divulgação de conversas telefônicas de Arlei José Escher e outras quatro pessoas por parte da Polícia Militar do Estado de Paraná. Mais especificamente, o caso se insere em um contexto de conflito social relacionada à reforma agrária em vários estados brasileiros, incluindo o Paraná. As vítimas eram membros de duas organizações sociais, ADECON (Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais) e COANA (Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda.), ligadas a trabalhadores sem-terra. Ocorreu que membros da Polícia Militar apresentaram a uma autoridade judicial um pedido de interceptação e monitoramento de uma linha telefônica, instalada na sede da COANA, alegando que em tal lugar se estariam realizando práticas delituosas. Tal pedido foi atendido rapidamente. As vítimas tiveram suas conversas privadas gravadas e, parte delas, editadas de maneira tendenciosa, distribuídas e veiculadas em diversos meios de imprensa, entre eles no programa Jornal Nacional, da Rede Globo de Televisão.

A Corte entendeu que o Estado brasileiro violou os direitos à vida privada, à honra e à reputação, reconhecidos no artigo 11⁴²⁴ da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1, em prejuízo das vítimas, pela interceptação, gravação e divulgação de suas conversas telefônicas. E, que o Estado violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial reconhecidos nos artigos 8.1 e 25 do mesmo instrumento, em relação à ação penal movida pelas vítimas contra o ex-Secretário de Segurança do Estado, à falta de investigação dos responsáveis pela primeira divulgação das conversas, e à falta de motivação da decisão administrativa relativa à conduta funcional da juíza que autorizou a interceptação telefônica. Frise-se que este caso ocorreu também no Estado do Paraná, onde a sentença da Corte foi amplamente divulgada, razão pela qual é de amplo domínio da comunidade jurídica.

A Corte examinou a questão e avaliou a legislação brasileira como perfeitamente harmônica com a Convenção, tanto o artigo 5º, XII⁴²⁵, da Constituição da República, como a Lei nº 9.296/96⁴²⁶, que regulamentou o dispositivo constitucional, ambos vigentes durante os fatos do caso e ainda plenamente vigentes, sem alterações.

⁴²⁴ Artigo 11

Proteção da Honra e da Dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

⁴²⁵ CF, XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

⁴²⁶ Lei nº 9.296/96:

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Assim, com base neste precedente vinculante da Corte Interamericana, que corroborou a convencionalidade da lei excepcional, com as cautelas de que a lei é restritiva das garantias de inviolabilidade de comunicações, razão pela qual deve ser aplicada com máximo cuidado, zelo e parcimônia, observa-se que várias violações ao devido processo foram perpetradas cumulativamente, senão observe-se: i. já não havia decisão judicial que autorizasse a gravação telefônica, portanto ilícita (art. 1º. da Lei nº 9.296/96), ii. o juiz não era competente para gravar e muito menos divulgar conversa da Presidenta da República, ante sua prerrogativa de foro (art. 1º.), iii. é ilícito divulgar gravações de voz e suas transcrições, que são sigilosas em regra (arts. 1º. e 10), iv. foram divulgadas várias gravações de conversas de pessoas diversas, conversas pessoais, sem nenhuma utilidade como prova, que deveriam ser inutilizadas para proteção da intimidade dessas pessoas (art. 9º.), v. foi gravada e divulgada conversa de ministro de Estado, também com prerrogativa de foro, para o qual era evidentemente incompetente (art. 1º.), vi. não é lícito divulgar gravações massivas, pois qualquer quebra de sigilo deve ser fundamentada e ter um objetivo autorizado em lei (art. 10).

É tão grave, seja da esfera nacional quanto internacional, que a quebra do sigilo e a divulgação de dados obtidos por monitoramento telefônico de maneira descabida é considerada crime, segundo a prescrição do art. 10 (Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa). Portanto, o juiz, mesmo no exercício da função, mesmo que haja prestado bons serviços ao Estado, tem que se comportar invariavelmente dentro dos estritos limites do devido processo, garante da pessoa humana e da democracia, razão pela qual, com tamanhas máculas, não deveria haver prosseguido à frente do processo penal. Várias foram as etapas seguintes que mostraram uma mesma linha de conduta, pouco prudente, muito política, a demonstrar que o juiz não passou no teste da imparcialidade no caso concreto, em evidente, acintosa e desproporcional violação ao devido processo, garante da democracia e dos direitos humanos.

Concluo com as palavras que utilizei na abertura da antes referida Conferência sobre ética judicial e corrupção, realizada na Corte Interamericana em abril deste ano:

Permitam-me concluir assinalando a necessidade de fortalecer os princípios existentes no atual ordenamento jurídico, assim como desenvolver novas estruturas jurídicas para promover uma adequada ética judicial e materializar, na prática, o combate eficaz à corrupção. O uso seletivo e claramente político do Poder Judiciário como um mecanismo de perseguição de determinados grupos políticos não é um instrumento legítimo de combate à corrupção, mas um ato corrupto em si mesmo.

INADEQUADA É A CONDUTA DO JUIZ

Roberto Tardelli*

Sentar-me ao lado de colegas tão ilustres me trouxe uma preocupação, não a de superá-los ou a de igualar-me a eles, algo impossível, mas a de não decepcioná-los muito profundamente. Não me sinto processualista que possa ombrear com quem colaciona distinções acadêmicas. Minha escola foi da vida e meu giz foi pedra recolhida. Por trinta anos, trinta anos e alguma coisa, pude conviver dentro de uma Instituição – Ministério Público de São Paulo – que foi perdendo, ao longo das décadas, uma identidade que, de resto, jamais, conseguiu construir.

Nos anos 80, quando saíamos do regime militar, estávamos todos fartos de ditaduras, controles, censuras, medos. Nunca deixarei de me lembrar, eu menino ou juvenzinho ainda, de pais de amigos, que, depois de passarem tempos presos (algo que as famílias nos ocultavam, envergonhadas), voltavam para casa, alguns sequelados pelo tratamento desumano recebido. Guardo muito a memória de um deles, que preservarei, por razões óbvias; via-o taciturno, sentado numa cadeira na sala de sua casa, enquanto jogávamos bola na rua.

Quando estávamos anônimos no histórico comício das **DIRETAS JÁ**, aqui na vertigem do Anhangabaú, um oceano de gente se emocionava diante de palanque que abrigava uma frente improvável de políticos. Naquele dia, em que Sócrates marcou o maior gol de sua vida, sentíamos ser cada qual um pouco o pedreiro assentadores dos tijolos de uma democracia, que rugia acorrentada. Rugiu tanto e tão forte, gritou de dor e de desalento, gritou clamando por mães, esposas, pais, maridos, filhos, gritou de dentro de cadeias, que somente fomos abrir muito recentemente, nas Comissões da Verdade.

Chorávamos emocionados de ver que, sim, era possível a um povo indignar-se e escrever sua História, que parecia começar ali.

Naqueles dias, o Brasil ficava no Brasil. O Brazil – dizia o samba de João Bosco e Aldyr Blanc – estava matando o Brasil, algo que, sim, conseguiria fazer num futuro próximo. Coisas quase incompreensíveis nos vinham do exterior, que significavam civilidade e progresso, cidadania e humanismo e traziam para nós experiências democráticas que nos encantavam.

De todas, trazida do Direito Nórdico, uma delas nos punha em enleios: o ombudsman. O Defensor do Povo. Aquele um que, pago pelo Estado, brigava contra o Estado, o Leviatã. Era ele quem poria freios, em favor do povo, da sociedade e de seus interesses indisponíveis. Havia já um sentido mundial na proteção do meio ambiente, na proteção de direitos de uma titularidade que nos confundia (ainda nos confunde); os índios do cinema perdiam aquele ranço facinoroso e ganhavam uma aura ecológica que a que jamais tiveram direito. Os lados mudavam rapidamente e, a coroar aquela década economicamente perdida e politicamente esplendorosa, a Constituição de 1988 elegia seu Defensor do Povo, trazido nos braços do legislador constituinte originário: o Ministério Público, criando-se no Brasil uma nova fronteira de proteção de direitos, a partir do mais sublime e eloquente deles, posto a ser pilar da república reconstruída, a

* Advogado.

dignidade da pessoa humana, nem tão paradoxalmente assim, a mais vilipendiada, até porque afronta nossa formação histórica, que jamais a reconheceu como bem da vida, fique claro.

Na mesma remada de euforia, desenhou-se um Judiciário hiperbólico, trazido à luz juntamente com um rebatizado MP Cidadão, que não mais toleraria o velho e arcaico promotor público, anunciando a alvorada do promotor de justiça, a quem caberia lutar incessantemente por assegurar-se nos processos criminais o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e que todos tivessem assegurada sua dignidade pessoal. Esse Ministério Público, voltado à preservação dos valores constitucionais, deduziria sua pretensão punitiva a um juiz imparcial, guardião do processo democrático e grande avalista do Estado Democrático de Direito.

Nosso Supremo Tribunal Federal ganhou peculiaridades que o tornaram único no planeta, assim como o Ministério Público. Acreditou-se, naquele momento, que as transformações necessárias ocorreriam dentro do próprio Estado, como se a Baleia pudesse ela mesma se reinventar, tornar-se mais igualitária, a partir da atuação desses órgãos absolutamente reciclados e refeitos e retraduzidos.

Parecia que finalmente a Constituição Federal teria resolvido com tamancadas certas os problemas de nosso atraso jurídico-institucional. Custou, mas havíamos conseguido finalmente uma espécie de pedra filosofal jurídica. A fim de que se atingisse meta tão republicana e audaz, do ponto de organização institucional, foram-lhes entregues garantias tais que os tornaram alvos inatingíveis aos apupos do coro dos descontentes.

De outro lado, temendo-se, como diria nosso inefável Ronald Golias, que a sociedade não se comportasse, deu-se a uma casta de indivíduos, que pelo cargo ocupado na escala social e pelos brilhos dos sapatos, pela potência do motor do carro, pelo número de cômodos de sua casa, não poderia passar pelo constrangimento de se ver julgados pela primeira instância, em fóruns muitos insalubres e próximos à miséria social que ajudam a fomentar, mas por tribunais superiores. O Supremo Tribunal Federal, nessa lógica capitalista e higienista, foi tomado até de competência originária, além, claro, cumprir a missão histórica de que dele se espera, a de ser a última palavra de um julgamento.

Tudo parecia traçado, o plano de enfrentamento de uma sociedade secularmente injusta era trazido à população e, convenhamos, era perfeito. Tínhamos graves injustiças por resolver, mas tínhamos Instituições independentes e autônomas para fazer garantir os direitos que a Constituição traçava a um sistema de justiça garantista e acolhedor. Nunca mais ninguém seria torturado e os acusados em um processo penal teriam assegurados seus direitos mínimos de humanidade, com direito a ampla defesa, presunção de inocência, etc etc e tal.

Houve, todavia, uma ingenuidade, que não tardou a reclamar seu preço.

Não ocorreu ao legislador constituinte originário combinar com os russos, como diria Garrincha, nosso gênio das pernas tortas, na medida em que a maioria dos agentes políticos a quem cabia o desempenho da atuação na conformidade constitucional era contra as garantias processuais aos criminosos comuns. Entendiam-nas perfeitamente visíveis aos criminosos políticos, mas aos criminosos comuns nunca houve a mesma leitura. Em relação à baixa criminalidade, aquela que assola as periferias dos núcleos

urbanos, o que houve foi o engajamento cada vez mais acrítico dessa massa de juízes e de promotores/procuradores a uma fantasiosa e quimérica **Guerra Contra O Crime**, que justifica todas as atrocidades jurídicas em nome de um bem comum sempre insuscetível de definição.

Ao mesmo tempo, alguns vírus e bactérias ideológicas começaram a se inocular, a princípio imperceptivelmente e, com o passar dos dias, passou a transformar rostos e deformar bocas, trazendo à realidade alguns monstros que desconhecíamos, que se foi criando, ganhando forças, pernas e, o mais grave de tudo, adquirindo uma autonomia que não conseguimos mais deter ou controlar.

Meninos, eu vi. De repente, pessoas que mal eram conhecidas, salvo nas pequenas cidades do interior, onde jantavam-se de ser mais temidas do que respeitadas, passaram a ser convidadas para integrar programas de rádio, debates de TV, tiveram suas fotos impressas nas primeiras páginas dos jornais, passaram a dar entrevistas aos telejornais locais, deram-se a receber convites VIP para festas, passaram a ser convidadas para os debates nas faculdades, tornaram-se notadas nas ruas, seus vizinhos passaram a reconhecê-los, até que, em algum momento de sua vida, vinha a sensação cada vez mais crescente e dominante de que possuíam em relação a todos os demais uma superioridade moral, que lhe dariam direitos de impor sua escala de valores, seu mundo interior, fazendo com que ele, inculto e raso, se permitisse ao mais nefasto dos aconselhamentos, a auto-referência: o mundo passa a existir a partir de seu umbigo.

A sentença prolatada pelo Juiz da Vara de Curitiba, hoje indubitavelmente o ícone mais representativo dessa nova new age narcisista, é própria de quem se convenceu acerca de sua transcendência humana e se coloca como se profeta fosse e anunciasse não uma sentença judicial, sujeita a todas as revisões, mas uma ordem incontestável, desse oráculo laico em que ele se converteu, muito provavelmente com absoluta sinceridade.

Sua Excelência despense notável energia em exhibir-se, por laudas e laudas, a seus fãs e seguidores fiéis, a quem pedira, em humildade empostada e falsa, própria dos arrogantes, para que não o fossem homenagear em um dos dias de audiência de Lula. Ele se sentia homenageado, era homenageado, estava homenageado.

Todavia, Lula, o réu, por seu peculiar carisma, que encantou Chefes de Estado mundo afora, rouba a cena e traz para si o papel de protagonista do espetáculo. Ver o acusado ser maior que o Juiz Egóico o enfurece.

Tudo faz para chamar para si as luzes da cena; tudo o que fez, fez para mostrar aos seus seguidores e ao mundo do qual ele se sente credor, que ele é o profeta da depuração final e que em sua visão de há muito se convencera, de forma irremovível, apesar do trabalho francamente amador dos procuradores da república, que seria ele o Iluminado ao sangramento midiático de Lula. O espetáculo, Sérgio Moro armou para si mesmo.

O processo que nunca passou de um solilóquio e de uma farsa, estava pronto para o justicamento final de um líder popular, centro nevrálgico de um processo de construção de ódio jamais visto na história do Brasil.

Moro, porém, fora do *script* que manejava, encontrou uma defesa apta a cumprir sua missão constitucional. Tudo se turva e o que seria dialético se transforma em um duelo, evidentemente desigual e ao juiz-profeta-justiceiro se torna fundamental lançar às

chamas não apenas o réu ilustre que processava, mas também os advogados que o defendiam.

Suas *justificativas*, se lidas por alguém estranho ao nicho jurídico, soariam como uma carta de um menino constrangido e bravo, enfezado com seus pais e seus tios porque um outro priminho, na ceia de natal ou no dia do aniversário, cantou melhor do que ele.

Se elogio em boca própria é vitupério, como diz o ditado, a sentença é uma amostra rica daquilo que pode ocorrer quando o juiz se se arvora a ser e se torna mais importante que o caso que julga. Nasce para ele a necessidade de exhibir-se, canastrão como um mocinho americano de filmes *B*.

Destacando-se dos demais, ele precisa sobressair-se a seus pares e desempenhar aos brasileiros que sangram seus vencimentos, que ele é a luz, a verdade e a vida. Por isso, dele é a missão sagrada de condenar, não apenas processar, a correr o risco indesejado de absolver, mas condenar quem entende ser o responsável *por-tudo-isso*, seja lá o que for isso.

Na leitura da sentença, antes de se atingir o momento em que passa a *condenar* o ex-presidente, é nítido que jamais imaginou o Julgador outra solução que não fosse a condenação, exibindo dentes e pelos e olhos e boca à multidão para a qual se dirige, dizendo que sequer se abalou com a conduta *inadequada* (expressão sua) da defesa.

O que é uma conduta inadequada, se a ninguém se toleraria desconhecer que o advogado é livre em suas manifestações, instrumento fundamental para que exercite a ampla defesa de seu constituinte?

Inadequada é a conduta que não resguarda os direitos de quem não pode se manifestar, falar, dizer, protestar. ***Inadequada*** é a conduta de quem deveria preservar a privacidade das partes envolvidas no processo. ***Inadequada*** é a conduta de quem revela conscientemente conversas inócuas ao mérito, no único intuito de agravar socialmente a situação do réu.

Um advogado somente tem conduta ***inadequada*** quando não consegue garantir a seu cliente o alcance máximo de sua defesa, o que não ocorreu durante toda a instrução, donde se extrai que a inadequação da conduta foi impedir que ele, Sérgio Moro, pudesse desfilar os brilhos de sua armadura, pudesse descarnar Lula publicamente; não admite que digam que ele está nú. Quem o diz, quem o demonstra, certamente terá uma conduta ***inadequada***.

Inadequada, pois, foi a conduta do Magistrado, que somente admite coadjuvantes, como seus meninos procuradores da república, também embevecidos com a notoriedade que jamais projetaram ter. Vivem cruzadas pessoais, tão pessoais quanto insanas, que resultou em uma acusação, cujo infantilismo é tão grave quanto evidente.

Naquele dia, no Anhangabaú, Sérgio Moro deveria ser um pouco mais que uma criança e não sabia que nós sonhávamos um país completamente outro desse em que ele sonharia viver.

Naquele dia, em que Ulysses Guimarães brandiu à Nação Brasileira, no Congresso Nacional, a Constituição-Cidadã, Sérgio Moro nem imaginava que ele seria ovacionado pela elite primária e primitiva do país por rasgá-la, para delírio de seus fãs.

BREVÍSSIMA ANÁLISE DE UMA DECISÃO JUDICIAL À LUZ DO PRINCÍPIO “IN DUBIO PRO REO”

Rômulo de Andrade Moreira *

Lendo a longa decisão proferida pelo Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, titular da 13ª. Vara Federal de Curitiba, aquela mesma onipotente, onissapiente e, sobretudo, onipresente - portanto, presidida por um Deus!, alguns trechos revelaram-se de uma impropriedade técnica do ponto de vista processual penal quase inacreditável.

O Magistrado, simplesmente, ignorou os depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pelos acusados e, em sentido contrário, supervalorizou os depoimentos das testemunhas arroladas pelo Ministério Público, inclusive delatores já condenados.

Em relação aos delatores, o próprio Juiz assim o diz quando escreveu, às fls. 152, não haver "*nenhuma dúvida de que os depoimentos de (...) e de (...) são questionáveis, pois são eles criminosos confessos que resolveram colaborar a fim de colher benefícios de redução de pena.*"

Ah é!, e desde quando depoimento prestado por delator (trancado em uma cela) serve como prova para uma condenação? O próprio Supremo Tribunal Federal entende que não serve.

Na verdade, admitindo-se a validade jurídica de uma delação premiada - questão que não cabe agora enfrentar, poder-se-ia classificá-la tecnicamente com um meio de obtenção de prova, como ocorre com a busca e apreensão ou a interceptação telefônica, por exemplo.

Mas, não é só.

Na sentença ignorou-se, outrossim, que um famoso doleiro (o primeiro dos delatores no processo da Lava Jato), "*declarou não ter conhecimento de solicitação ou pagamento de vantagem indevida ao ex-Presidente da República.*" (fls. 179).

Em outros fragmentos da decisão, às fls. 145, por exemplo, o julgador admite expressamente haver "*diversas contradições entre os depoimentos, entre os dos acusados, entre os das testemunhas e entre os dos acusados com os das testemunhas.*" Segundo ele, "*parte das divergências pode ser explicada por um imperfeito conhecimento dos fatos.*" (sic).

Ainda na mesma página, admite-se também que "*alguns depoimentos de executivos e empregados da OAS Empreendimentos nestes autos parecem ter sido afetados por algum receio de auto incriminação.*" E, mais: "*Ainda que as contradições possam ser parcialmente explicadas, elas existem.*"

Na folha subsequente, lê-se a seguinte pérola:

"*Há outros depoimentos que não são conclusivos em um sentido ou no outro, uma vez que o depoente teria somente um conhecimento limitado dos fatos ou afirmou que não*

* Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Salvador - UNIFACS.

conheceria detalhes deles." Também nesta folha afirma-se que a "prova oral não é uníssona."

Ora, se assim o é, como expressamente afirmado, tudo levaria a uma sentença absolutória, pelo menos em relação ao ex-Presidente da República, por força do art. 386, VII do Código de Processo Penal, pois, como se aprende logo nos primeiros anos da faculdade de Direito, na sentença final deve o Juiz observar o princípio do **in dubio pro reo**, e não o inexistente **in dubio pro societate**, como parece ter sido o caso.

A propósito, importante trazer à baila a lição sempre precisa de Aury Lopes Jr.:

*"Contribui para a posição tradicional, com raras exceções, o famigerado 'in dubio pro societate', com a equivocada exigência de que o réu deve fazer prova integral do fato modificativo sem que a revisão seja acolhida quando a questão não superar o campo da dúvida. Essa problemática costuma aparecer quando o fundamento da revisão situa-se na dimensão probatória ('evidência dos autos', 'novas provas de inocência', 'depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos' etc.). Nesses casos, cumpre perguntar: a) Onde está a previsão constitucional do tal 'in dubio pro societate'? (...) O sistema probatório fundado a partir da presunção constitucional de inocência não admite nenhuma exceção procedimental, inversão de ônus probatório ou frágeis construções inquisitoriais do estilo in dubio pro societate. Portanto, ainda que tradicionalmente somente a sentença condenatória frontalmente contrária à evidência dos autos seja passível de ser revisada, pensamos que o processo penal democrático e conforme à Constituição não mais admite tal reducionismo. (...) Entendemos que se a prova nova for apta a gerar uma dúvida razoável, à luz do in dubio pro reo (que segue valendo), o acolhimento da revisão é imperativo. Não incumbe ao réu, em nenhum momento e em nenhuma fase, ter de provar cabalmente sua inocência, senão que a dúvida razoável sempre o beneficia, por inafastável epistemologia do processo penal."*⁴²⁷

Destarte, afirmar a culpa de um acusado nestes termos representa uma valoração meramente especulativa, eis que se está presumindo - à míngua de prova cabal e conclusiva, a autoria do crime. E, bem se sabe, o juízo da condenação deve deitar raízes no campo da certeza, pois qualquer dúvida capaz de comprometer a estabilidade e segurança de um pronunciamento condenatório há de resultar, invariavelmente, na aplicação do princípio **in dubio pro reo**.

Como afirma Renato Brasileiro, "o in dubio pro reo não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois o imputado não tem a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída."⁴²⁸

Vejamos outro exemplo: às fls. 151, afirma-se que "não foram, por outro lado, localizados quaisquer documentos e nem há depoimentos nesse sentido de que teria havido qualquer discussão com (o ex-Presidente) ou com (sua esposa) pela OAS

⁴²⁷ Direito Processo Penal, São Paulo: Saraiva, 11ª. edição: 2014, páginas 1348 e 1351.

⁴²⁸ Manual de Processo Penal, Salvador: Editora Juspodivm, 2ª. edição, 2014, p. 51.

Empreendimentos acerca da necessidade de pagamento por eles do custo da reforma havida, de R\$ 1.104.702,00." Mais dúvidas, portanto!

Logo, como escreveu Jescheck, *"havendo dúvidas sobre a ocorrência de um fato juridicamente relevante, a resolução deve ater-se sempre à possibilidade mais favorável ao acusado, expressa no 'in dubio pro reo'."*⁴²⁹

Veja-se que o Tribunal Regional Federal da 2ª. Região já decidiu *"descaber presunção relativa em favor da acusação. A garantia constitucional do in dubio pro reo implica que todos os elementos do delito devem ser provados pela acusação, pois a dúvida sobre sua ocorrência levará à absolvição do acusado. A sentença condenatória exige a certeza quanto à ocorrência do crime e à participação do agente no fato delituoso, sob pena de afronta ao princípio constitucional do in dubio pro reo."* (Processo nº: 2003.51.01.542040-0 – Relatora: Desembargadora Liliane Roriz).

Esse acórdão sim! obedece a Constituição Federal, ao contrário da sentença que ora se analisa, pois, *"estando o juiz diante de prova para condenar, mas não sendo esta suficiente, fazendo restar a dúvida, surgem dois caminhos: condenar o acusado, correndo o risco de se cometer uma injustiça, ou absolvê-lo, correndo o risco de se colocar nas ruas, em pleno convívio com a sociedade, um culpado. A melhor solução será, indiscutivelmente, absolver o acusado, mesmo que correndo o risco de se colocar um culpado nas ruas, pois antes um culpado nas ruas do que um inocente na cadeia"*.⁴³⁰

O mesmo Tribunal Regional Federal, em outro julgado, deixou asseverado:

"Dos depoimentos das testemunhas arroladas pelo réu, todas idôneas, extraem-se relatos que coadunam com sua tese, contribuindo para que se presuma sua inocência em definitivo. Dessa forma, diante da incerteza quanto a autoria do crime, por respeito ao princípio do in dubio pro reo, às normas penais e aos dispositivos constitucionais, deve ser mantida a absolvição do apelado. Apelo improvido." (ACR – 3699/RJ, Processo: 200251015064767, 4ª. Turma. Rel. Juiz Federal Rogério Carvalho, DJU:19/04/2004, pág: 274).

Definitivamente, o Juiz Sérgio Moro, que no caso Banestado já havia demonstrado seus pendores para acusador e sua incapacidade para presidir um processo complexo e de apelo midiático, neste caso da Lava Jato comete erros a mancheias, cada vez mais grosseiros e recorrentes.

Já foram vários, a começar por se arvorar Juiz competente para processar e julgar todo e qualquer caso penal relativo à corrupção que envolva a Petrobras, independentemente do local onde o suposto crime tenha se consumado, afrontando as regras impostas pelo Código de Processo Penal (o art. 70, acima referido). Ele sustenta uma conexão processual entre inúmeros crimes e dezenas de acusados, fenômeno jurídico nem sempre existente, usurpando a competência de outros Juízos federais.

Outro absurdo que esse Magistrado pratica é o abuso na decretação de prisões preventivas e temporárias, com fundamentações muitas vezes genéricas, quando sabemos que as prisões provisórias – anteriores a uma sentença condenatória definitiva – devem ser decretadas excepcionalmente. O Juiz Sérgio Moro, ao contrário,

⁴²⁹ Tratado de Derecho Penal, Parte General, 4ª. edição, Granada: Comares Editorial, 1993, p. 127.

⁴³⁰ RANGEL, Paulo, Direito Processual Penal, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 7ª. edição, 2003, p. 35.

transformou em regra o que deveria ser uma exceção, o que é um retrocesso em relação à Constituição Federal. E o mais grave: tais prisões, revestidas de uma suposta legalidade, são decretadas, na verdade, na maioria das vezes, com uma finalidade: coagir o preso, ainda sem culpa certificada por uma sentença condenatória, a delatar. Isso é fato e é gravíssimo. Deixa-se o investigado ou o réu preso durante meses, trancafiado em uma cela minúscula, praticamente incomunicável, sem que se demonstre legalmente a necessidade da prisão, pressionando-o a firmar um “acordo” de delação. Ora, quem não se submeteria? E quem não falaria o que os inquisidores queriam? Isso é muito complicado.

A Lei nº. 12.850/13, que trata da delação premiada, exige expressamente a voluntariedade do delator. Será mesmo que estas delações que estão sendo feitas em Curitiba são voluntárias no sentido próprio do vernáculo? Se não o são, até que ponto podem ser críveis? Vejam os benefícios que estes delatores estão tendo em relação às suas penas. Sem falar em outros que sequer estão previstos em lei, contrários à lei, inclusive.

O Juiz Sérgio Moro deslumbrou-se! Muito difícil para um jovem não sucumbir a tantos holofotes e ao assédio da grande mídia e de parte da população, especialmente da classe média, da qual ele faz parte. Mas, isso não o isenta e a História não o perdoará, ao contrário do que ele e muitos acreditam. Assim, ficou difícil impedi-lo de tais abusos. Tudo que ele faz, todas as suas decisões têm uma presunção de legalidade e de justiça, o que é um equívoco, obviamente. Como frear um “salvador da pátria”, o redentor! E é óbvio que assim o sendo, a tendência é que as decisões do Juiz Sérgio Moro sejam confirmadas pelos demais órgãos do Poder Judiciário que, muitas vezes, não ousam ser contra majoritários, como tinham que ser em uma República e em um Estado Democrático de Direito. O Magistrado, ao contrário do que já se disse, não tem que decidir conforme “a voz das ruas” ou para atender ao clamor popular. Magistrado tem que ter compromisso, exclusivamente, com a Constituição Federal, isso é o que o legitima, já que ele não tem a legitimidade popular. Os Juízes brasileiros têm que ter essa consciência: como eles não são votados, a sua legitimidade decorre da fundamentação de suas decisões e tal fundamentação, por sua vez, decorre da observância das leis e das regras e dos princípios constitucionais. Passar em um concurso público, marcando um “x” e discorrendo sobre a doutrina do jurista “A” ou “B” ou sobre o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre tal ou qual matéria, não lhes dá nenhuma, absolutamente nenhuma, legitimidade constitucional para exercer a sua jurisdição. Neste sentido, considero que, ao ratificarem as decisões do Juiz Sérgio Moro, todas as demais instâncias do Poder Judiciário brasileiro, inclusive o Supremo Tribunal Federal, cometem abusos. E, repito: a História não os perdoará!

Claro que a prática de um delito exige a punição pelo Estado (até que se encontre algo mais humano para se fazer com quem o fez e se procure entender porquê o fez), mas não se pode punir a qualquer custo. Há regras a serem observadas. Regras e princípios constitucionais. E no Brasil, hoje, isso não ocorre. E a Operação Lava Jato é um exemplo muito claro disso. Vivemos um verdadeiro período de exceção. Hoje, não há Estado Democrático de Direito. Isso é balela! Conduz-se coercitivamente que não pode sê-lo. Invade-se domicílio que não pode ser invadido. Determina-se interceptações telefônicas de quem não pode ser interceptado. Prende-se quem tem imunidade constitucional.

Aqui faz o que o Judiciário quer ou o que o Ministério Público pede. Dane-se a Constituição Federal! Estamos vivendo dias verdadeiramente sombrios. A nossa única esperança, que era o Supremo Tribunal Federal, virou uma desesperança. Apelar mais para quem? Isso sem falar na pauta conservadora que assola o País.

Por fim, recordo da Operação Mãos Limpas, na Itália. Lá, como aqui, pretendeu-se acabar com a corrupção e, tal como na Itália (um dos Países mais corruptos do mundo, que o diga Berlusconi, filhote da Operação Mãos Limpas), a Operação Lava-Jato não vai acabar com a corrupção, muito pelo contrário. Se ela vai acabar com alguma coisa é com algumas das maiores empresas brasileiras (e, conseqüentemente, com o emprego de nossos trabalhadores – o que vai permitir que as empresas estrangeiras voltem ao Brasil com os seus empregados ou pagando uma miséria à nossa mão de obra) e com os direitos e garantias individuais arduamente conquistados com a redemocratização. Há outra semelhança: pretende-se acabar também com um partido político, como ocorreu na Itália (Partido Socialista Italiano). A corrupção, ao contrário do que muitos pensam, não é um problema do Sistema Jurídico, mas do Sistema Político e do Sistema Econômico, daí porque serem fundamentais reformas políticas e econômicas. O neoliberalismo é perverso e o nosso modelo político favorece a corrupção.

NADA SOBROU DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A SENTENÇA É NULA!

Rômulo Luis Veloso de Carvalho*

Alguns desafios que a vida apresenta se colocam em patamar de importância superior aos demais. Analisar em poucas laudas trechos da sentença condenatória proferida pelo juízo da décima terceira vara federal de Curitiba em desfavor do ex-presidente Lula certamente é um deles.

A sentença que data de 12 de julho de 2017 é histórica e disso não há mais quem duvide. A condenação daquele que é seguramente um dos maiores líderes populares do planeta por corrupção e lavagem de dinheiro impacta e tumultua o ambiente político nacional, irradiando seus efeitos para muito além da vida particular do sentenciado.

Os atos processuais praticados pelo julgador desse processo, em diversas ocasiões, observaram perfeito compasso com a discussão de temas sensíveis do cenário político nacional, interferindo sempre em desfavor do grupo político que o ex-presidente representa. Foi assim durante o debate do processo de *impeachment* e na nomeação do ex-presidente para ocupar um ministério.

No momento da sentença, o roteiro foi o mesmo. Para ilustrar cumpre pontuar que a sentença ocorre apenas horas depois da aprovação pelo Senado de uma profunda reforma trabalhista, no dia de início da discussão sobre a autorização pela câmara da investigação do presidente Michel Temer por corrupção passiva e em um cenário de crescimento da liderança popular do ex-presidente nas pesquisas eleitorais para as eleições de 2018.

Ou seja, deixando de lado uma perspectiva ingênua dos acontecimentos, é forçoso reconhecer que dentro do contexto de todo o processo está a relação entre direito penal, política e mídia.

Permanece extremamente fértil o campo de debate acerca da postura exigível dos órgãos de controle e do judiciário em meio a um julgamento penal que monopolize os holofotes de toda a grande imprensa. De toda forma, o processo ainda em curso certamente entrará para o rol de casos obrigatórios em um estudo acurado sobre como não proceder em julgamentos penais midiáticos em que se objetive seguir nos ditames constitucionais.

O grande desafio de equilibrar a liberdade de imprensa com o direito a um julgamento justo sempre foi tema sensível e, no presente caso, o que se verificou foi o completo esvaziamento de qualquer possibilidade de se chegar ao final da instrução com obediência aos ditames do devido processo legal.

É preciso desmistificar definitivamente o conceito de imprensa como mediadora desinteressada. Sem demonizar sua importância, é necessário perceber que suas pautas

* Defensor Público do Estado de Minas Gerais. Mestrando em Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro da Câmara de Estudos de Direito Criminal e Processual Penal da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Pós-graduado no curso de especialização em direito lato sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Graduado em direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

e ações se inserem dentro de uma lógica empresarial, permeada pelo subjetivismo dos profissionais envolvidos.

Em julho de 2017, momento da sentença, não existia mais a presunção de inocência. Fora ela absolutamente destroçada pelos canais de comunicação e pelas arbitrariedades cometidas no curso da instrução. Não existia ainda imparcialidade mínima por parte do julgador que durante toda a instrução viveu em confronto direto com os defensores dos acusados.

Vale lembrar que capas de revistas ilustraram durante o processo a figura do ex-presidente em oposição a do juiz – este sempre retratado como combatente severo do crime e da impunidade. Pouco tempo antes da sentença, publicações tentaram cravar até mesmo o patamar da condenação, chegando a se publicar que o ex-presidente seria condenado a vinte dois anos de pena⁴³¹.

Enfim, apesar de se tratar de um processo com ações extremamente controversas, como nem mesmo passagens da sentença deixaram de negar (itens 72, 77, 127, 130, 131, etc.), jamais se tratou com seriedade a possibilidade de absolvição do acusado, o que é fato suficiente para macular o julgamento.

No histórico caso americano *Shepherd v. Florida* já existia o alerta amoldável ao presente caso, na ocasião em que negros acusados de estuprarem uma jovem de dezessete anos foram condenados nas duas primeiras instâncias e o caso foi depois anulado pela Suprema Corte. O fundamento de anulação envolveu fundamento de discriminação racial, mas o mais interessante do julgamento sobre o tema é o incômodo do *Justice Jackson*, para quem “o julgamento fora apenas uma formalidade para registrar o veredicto ditado pela imprensa e a opinião pública por ela gerada”⁴³².

É disso que se trata. Desde o início da instrução, mesmo aqueles que nada tinham lido sobre o caso jamais tiveram qualquer dúvida de que a sentença proferida pelo juízo seria condenatória.

Não há nada que sobre da imparcialidade de um magistrado que determine a condução coercitiva de um investigado sem prévia intimação descumprida e termine por arranhar assim a presunção de inocência que deveria vigorar plenamente em favor do acusado durante o processo.

Não há nada que sobre da imparcialidade de um magistrado que levante o sigilo de interceptações telefônicas que tinham a participação da chefe de Estado em exercício com justificativa endereçada a opinião pública em meio a discussão de um processo público de impedimento.

Não há nada que sobre da imparcialidade de um magistrado que durante a instrução se porte como adversário da defesa cerceando sua fala e requerimentos.

Esse é o contexto em que a sentença em comento se insere.

A honestidade argumentativa impõe que se faça desde já um recorte na matéria examinada adiante. Não é possível aprofundar nas questões probatórias sem o

⁴³¹ Acessado em 20 de jul. de 2017: <http://www.valor.com.br/politica/5015638/moro-vai-condenar-lula-22-anos-de-prisao-diz-revista>.

⁴³² Trecho do voto proferido pelo *Justice Jackson* em *Shrepherd v. Florida* – 341 U.S. 50 – 1951.

conhecimento que é próprio e ao alcance exclusivo do juízo e das partes do processo. Ainda assim, o direito aplicável no caso concreto, especialmente o atinente ao procedimento e a forma de sentenciar, certamente podem e devem ser escrutinados.

Deixando de lado a sobriedade na construção argumentativa que deveria marcar a sentença, o seu texto está repleto de adjetivações pejorativas sempre direcionadas aos defensores.

No item 57, o juízo ao se referir ao exercício do direito da defesa de provocar os tribunais para manifestação sobre eventual parcialidade do julgador qualifica as ações nesse sentido como lamentáveis. Ponto seguinte e sem explicações críveis, o juízo afirma que durante a instrução processual foram adotadas medidas questionáveis como estratégia de defesa.

Depois de gastar laudas tentando justificar decisões anteriores, como a condução coercitiva e o levantamento do sigilo das interceptações telefônicas, no item 143 o juízo voltou a taxar o comportamento do defensor do ex-presidente de inadequado, enaltecendo o episódio de destempero do advogado que representou a Petrobras na assistência de acusação ao atacar o defensor do réu, marcando em negrito as qualidades pessoais do assistente.

No ponto 147, já na folha 32, o menoscabo com os defensores fica mais evidente no tom de benevolência conjugada com ameaça velada que o juízo emprega. Aduz sem explicar que poderia ter tomado providências mais enérgicas contra o que chamou de comportamento inadequado dos defensores durante a instrução. Revela imaginar existir alguma espécie de hierarquia entre as funções durante o processo.

Esse tom de encarnar superioridade ética e a insistência na construção de uma narrativa que objetiva apequenar a defesa se repetirá em outras passagens importantes.

No item 136 o magistrado realiza uma inusitada autocitação, ao trazer para sentença sua fala durante o interrogatório, quando transmitiu ao ex-presidente suposta segurança de que seria julgado com base nas leis e na prova do processo – como se interessassem as palavras e não o agir.

A descrita tentativa de pautar o trabalho dos defensores sim é um proceder lamentável. Não cumpre ao juízo fazer considerações sobre a qualidade do trabalho de uma ou outra parte, mas responder aos requerimentos por ela formulados fundamentadamente.

Quando se provoca o judiciário ou algum outro órgão público para se manifestar ninguém está interessado em saber a opinião do agente sobre o assunto, naquele momento quem fala é o Estado e a linguagem se impõe sóbria e técnica.

Adiante, em fls. 203, no ponto 793 e seguintes, o magistrado simplesmente abandona a função de sentenciar e analisar a prova dos autos para novamente tecer suas opiniões pessoais, agora acerca das escolhas políticas que deveriam ter sido feitas para bem tratar do assunto corrupção ao longo do mandato do ex-presidente.

Começa fazendo o reconhecimento da liderança do ex-presidente e recordando seu empenho na solidificação de mecanismos de prevenção e controle da corrupção para em seguida (item 795) discorrer sobre o que entende deveriam ter sido as medidas adotadas durante o cumprimento da função política.

O exemplo é que o ex-governante pecou em temas cruciais na opinião do magistrado. Deveria ele ter se empenhado em aprovar no congresso emenda constitucional para permitir a prisão a partir da decisão de segundo grau ou, ainda, em alterar a jurisprudência do Supremo nesse sentido.

Esse comentário teria espaço devido em algum blog, no editorial de algum jornal, em carta de opinião endereçada a imprensa, mas está registrado na sentença condenatória mesmo que em nada toque o tema objeto do debate existente no processo criminal.

Mais grave: o magistrado reclama da falta de interferência do então chefe do executivo no trabalho de outros poderes.

É elementar que os avanços de emendas constitucionais dependem sensivelmente mais da vontade política residente no poder legislativo, inclusive podendo caminhar sem nenhuma participação do executivo. Fora da realidade ainda o revelado desejo de ação junto ao Supremo Tribunal Federal, que é subestimado e taxado de influenciável pelo raciocínio do juiz.

Em uma das audiências que presidiu, ao receber contrariado um requerimento defensivo, o magistrado vaticinou ao defensor: “faça concurso para juiz”⁴³³.

O curioso é que o descompasso entre a atuação realizada e função ocupada não ocorria com o trabalho dos defensores. Levar requerimentos ao poder judiciário na defesa de um acusado é justamente o mister de quem defende, já tecer seus desejos sobre a atuação política do acusado no corpo da sentença não parece natural da função judicante.

Ou seja, caso o desejo de participar ativamente da vida política se torne irresistível, deveria o magistrado ouvir aos apelos dos admiradores e candidatar-se. A política sim representa o espaço de debate adequado para as manifestações exaradas.

A vetusta preocupação com os largos poderes interpretativos conferidos aos juízes, a falta de controle adequado dos seus atos e suas consequências deletérias se revelam temas ainda extremamente importantes.

Desde Beccaria⁴³⁴ que com clássica posição restritiva do direito dos magistrados inovarem traduziu os receios existentes no pensamento do século XVIII, chegando até a concepção de Hassemer⁴³⁵ que defendeu a atividade interpretativa do juiz tendo como ponto de partida o direito positivo, sem autorização para inovar fora do seu texto, buscase equacionar as linhas em que deve o judiciário atuar.

A preocupação é sensível porque não há contra quem recorrer quando o judiciário se habitua a movimentos políticos amparado no exercício de suas funções. O professor da

⁴³³ Acessado em 21 de jul. de 2017: <<https://oglobo.globo.com/brasil/faca-concurso-para-juiz-diz-moro-advogado-durante-audiencia-21019569>>

⁴³⁴ BECCARIA, Cesare. Dos delito e das penas. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p.69.

⁴³⁵ HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: A vinculação do juiz à lei. In. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. p.248.

Universidade de Lisboa António Pedro Barbas Homem⁴³⁶ ensina que a racionalidade do direito exclui, em regra, a urgência e a precipitação do atuar.

O recorrente uso de adjetivações negativas endereçado ao trabalho da defesa, a permanente busca de respaldo junto aos meios de comunicação dentro dos atos judiciais e o aproveitamento da repercussão que se sabia a sentença teria para opinar sobre a atuação política do ex-presidente revelaram que as preocupações postas pela defesa desde o início tinham fundamento. A tomada de decisões pelo juízo motivada por paixões transitórias e antenadas aos desejos de audiência do processo midiático esvaziaram a legitimidade para sentenciar o ex-presidente. A sentença é, portanto, nula por violar o devido processo legal.

⁴³⁶ BARBAS HOMEM, Antonio Pedro. O espírito das instituições: um estudo de história do estado. Coimbra: Almedina, 2006. p.112.

FOGUEIRAS DE JULHO*

Rosa Cardoso da Cunha**

Julho esteve sempre associado às tardias fogueiras das festas de São João. Agora veremos nele o ódio flamejante da sentença que queimou em praça pública a liberdade e os bens do ex-presidente da república, Luiz Inácio Lula da Silva. As faíscas deste ódio antecipam um incêndio, cujo alastramento é imprevisível, em especial, na polarização das redes sociais.

No dia 12 deste mês o juiz Sérgio Moro condenou o líder popular mais amado na história do país, Luiz Inácio Lula da Silva, à privação de liberdade por 9 anos e 6 meses de reclusão, pesada multa, obrigação de reparar o dano com valores muito elevados e restrição de direitos políticos. Seis dias depois a punição prosseguiu com o bloqueio de R\$ 606 mil em suas contas bancárias, sequestro de 4 imóveis e confisco de 2 carros. No dia seguinte foram sequestrados 9 milhões em seus planos de previdência privada.

A sentença do juiz Moro contraria concepções técnicas dominantes a respeito dos crimes invocados e da prova em que se fundamenta. Para os “leigos” ela é contra-intuitiva, isto é, suas conclusões violam o entendimento comum dos fatos. A sentença também consolida um movimento dirigido à construção de um “direito penal da lavajato”, o qual já se encontra avançado no campo do direito processual.

Destacam-se neste campo a ampliação da *competência* da vara presidida pelo juiz Sérgio Moro - a 13ª vara criminal da justiça federal de Curitiba- relativamente ao processo e julgamento de casos **polemicamente** conexos àquela ação penal, considerada fundante da cadeia de processos que constitui a justiça local (a ação penal fundante baseava-se em operação de lavagem de dinheiro, que se consumou em Londrina/PR, foi distribuída ao juiz Sérgio Moro e tornou desde então sua vara preventiva para casos sob sua decisão).

Situam-se ainda no campo mencionado a expansão das forças-tarefa de procuradores e da polícia federal, que vinham atuando em Curitiba, a criação de “novos paradigmas” processuais para a imposição de medidas cautelares (conduções coercitivas, prisões temporárias, prisões preventivas) e o estímulo à delação premiada, mediante o uso de prisão e da ameaça de penas longas.

A condenação imposta pelo juiz Moro a Lula da Silva faz avançar, entretanto, a perspectiva de construção do direito penal material da lavajato, que se refere à definição e aplicação dos crimes e das penas. Esta condenação flexibiliza o conceito primordial do direito penal material, no plano da lei e da constituição, que é o do “tipo penal”. O direito penal da lavajato torna irrelevante o significado do tipo penal, invalidando, conseqüentemente, o princípio da legalidade e seus corolários.

A desqualificação do tipo penal para a identificação de um crime, dada a sua função de garantia do cidadão contra o arbítrio das autoridades, e a circunstância de ele conter a objetiva descrição do malfeito proibido pela lei (*o mala prohibita*) equivale a opção pelo **não uso do direito penal vigente**, ou seja, à sua negação. Foi o que aconteceu.

** Advogada.

Na sentença condenatória sob análise o juiz Sérgio Moro condenou o ex-Presidente Lula da Silva adotando em grande medida a versão especulativa dos fatos contida na denúncia. A narrativa da sentença é sinuosa, acrobática e insensata. Contudo, mesmo desprezando os fatos ocorridos para contar o que supôs ter acontecido, ela não apresenta uma estória que se encaixe nos crimes atribuídos a Lula da Silva: corrupção e lavagem de dinheiro.

Recordem-se a propósito algumas construções da narrativa que pretendem fundamentar a condenação pelo crime de corrupção:

1- No ano de 2009 a Construtora OAS S.A formalizou três contratos com a Petrobras, acordando em troca o pagamento de propina no valor aproximado de R\$ 87.624.971,26 (Pergunta- se: qual a participação de Lula neste acordo e que prova existe desta participação?);

2- Este acerto viabilizou a criação de uma “conta corrente geral de propinas” entre o Grupo OAS e agentes do Partido dos Trabalhadores - PT (Pergunta- se: qual a participação de Lula neste acerto e que prova existe desta participação?);

3- Os representantes da OAS e do PT, Leo Pinheiro e João Vaccari, implementaram uma contabilidade sem registro no âmbito desta conta (Pergunta- se: qual a participação de Lula neste acerto e que prova existe desta participação?);

4- Em 2009 a OAS Empreendimentos S.A, empresa do Grupo OAS, assume empreendimento iniciado pela BANCOOP (Cooperativa do Sindicato dos Bancários), relativo à construção de um condomínio imobiliário em Guarujá, no qual D^a Marisa (e Lula, como marido) tinha(m) cotas de um pequeno apartamento. Na oportunidade do repasse deste empreendimento à OAS, seu presidente, Leo Pinheiro foi informado sobre as cotas de propriedade de D^a Marisa/Lula por Vaccari e, logo depois, que um apartamento triplex deveria ser mantido sob reserva para o casal;

5- Até o final de 2013 Leo Pinheiro não teve confirmação junto ao ex- Presidente Lula de seu interesse pelo imóvel reservado, o qual ele e Da. Mariza não conheciam. Em janeiro de 2014 o casal visita pela primeira vez o triplex e indica adaptações/reformas que possibilitariam sua utilização. As reformas são feitas até meados de 2014, com o intuito de agradar e interessar o casal na sua aquisição, porém o ex-Presidente Lula jamais formalizou com Leo Pinheiro a decisão sobre ocupá-lo e sobre os custos e providências legais para adquiri-lo.

6- O triplex de Guarujá, mediante um acerto entre Vaccari e Leo Pinheiro, ocorrido em 2014, foi vinculado à conta corrente geral de propinas idealizada em 2009. Não há notícia de como e quando o ex-Presidente Lula manifestou-se sobre o acerto, mas Leo Pinheiro diz que nunca tratou desta vinculação com ele.

Considerando as questões que apresentamos, as quais não são exaustivas, percebe-se que é tecnicamente insustentável afirmar que tenham se concretizado os requisitos fundamentais para a caracterização da corrupção. A propósito destaquem-se três destes requisitos, isto é, a **vantagem indevida**, o **ato de ofício** e o **dolo de receber ou solicitar a vantagem indevida**. Em relação a estes requisitos vejamos, então, como fica a posição de Lula.

Quanto à vantagem indevida, não se sabe se e quando Lula a recebeu ou mesmo se a solicitou, pois este jamais tratou com qualquer personagem que depusesse no processo,

ou mesmo com Leo Pinheiro sobre a questão de adquirir ou ocupar o triplex, sem o pagamento de seus custos.

Relativamente ao **ato de ofício**, não fica claro o ato que Lula praticou para configurá-lo: se tiver sido a nomeação final de Diretores para a Petrobras, após a escolha de praxe feita pelos partidos políticos que participaram do governo, formalizada pelo Conselho de Administração da Petrobras, como em algum momento a sentença afirma, trata-se de especulação inaceitável tecnicamente. De fato, como se pode deduzir de uma nomeação, que é um ato de ofício regular, praticado na época em que Lula era Presidente da República, que corresponde a uma traficância em relação a algo que só foi decidido em 2014? Como se pode relacionar a nomeação de um Diretor a um triplex que entra em cena em 2014 e sequer estava nas cogitações de Lula?

Em relação ao **dolo de receber ou solicitar algo ilegal**, pergunta-se: de qual ação de Lula o mesmo é deduzido? Em que momento do processo discutiu-se e se provou esta questão subjetiva?

É certo que uma parcela da população concorda com a condenação de Lula pelo juiz Moro porque deseja que se lhe imponham penas pelo conjunto da obra e, particularmente, por seu projeto político.

Considerando, entretanto, aquela parte da população, favorável ou contra Lula, mas desarmada de preconceitos em relação ao seu julgamento na condição de cidadão, estas pessoas não entendem como um apartamento visitado apenas uma vez pelo ex-Presidente (duas vezes por D^a Marisa), do qual jamais teve as chaves, no qual nunca se hospedou, um bem que não foi registrado como propriedade sua, possa constituir fundamento para uma condenação por *recebimento* de vantagem indevida.

Para o leigo também é difícil compreender que quatro anos após ter deixado a Presidência questões relacionadas às condições de existência de Lula da Silva possam ser vinculadas à sua qualidade de funcionário público, pertinente ao cargo de Presidente da República (ênfatize-se que a corrupção passiva deve ser praticada por funcionário público).

Por fim, toda a teia de aranha que a sentença construiu para relacionar a condenação de Lula a acertos pretéritos feitos na Petrobras, e com um caixa imaginário de propinas, negócios dos quais Lula não participou e em relação aos quais não existe prova de sua cumplicidade, tudo isto é muito frágil, inverossímil, artificial. Argumentos similares aplicam-se ao crime de lavagem de capital, corporificado na designada “lavagem do triplex”. Refiro-me, assim, à questão de que se desqualificamos como verdade o pertencimento a Lula do triplex, tanto de fato (posse do triplex), como de direito (registro da propriedade do triplex) fica esvaziada a condenação que Moro lhe impôs por “lavagem” deste bem. Note-se que é o próprio Moro que reconhece na sentença que não havia nem posse nem propriedade.

No universo das políticas criminais de que se ocupam os penalistas a condenação de Lula é ainda associável a uma política criminal designada como “direito penal do inimigo”. Em sua origem este direito corresponde a uma proposta sistematizada pelo penalista alemão Günther Jakobs e tornada pública em 1999. Ela prevê ao lado do modelo de direito penal que se aplica ao cidadão, outro modelo destinado ao inimigo, ou seja, àquele que é considerado perigoso ao estável funcionamento da sociedade.

Para o direito do cidadão valeriam, entre outras, as garantias da ampla defesa, do contraditório e a presunção da inocência. Ao inimigo, entretanto, dever-se-ia impor um contraditório restringido, a presunção de culpa, inquéritos sigilosos, interceptações telefônicas não deferidas pelo Judiciário, prisões cautelares ilegais, produção de provas ilícitas etc.

Além de outras características o direito penal do inimigo substitui a correlação entre condenação e fato, vigente no direito penal aplicável ao cidadão, pela correlação autor e fato. O inimigo é, então, julgado pelo que é, ou pelos estereótipos que são construídos sobre a sua imagem, e não pelo que fez. O inimigo é demonizado.

No Brasil, por diferentes razões a proposta do direito penal do inimigo não teve maior prestígio na primeira década deste século. Desde logo um direito penal focalizando a figura do inimigo não podia ser bem visto depois de uma ditadura que viveu até os anos 80. A doutrina da Segurança Nacional visava combater frontalmente a guerra revolucionária e o inimigo interno (o subversivo), o qual podia ser qualquer pessoa que mediante atos, ideologias ou opiniões contrariasse as políticas ou autoridades estabelecidas. O Brasil também não convivera neste início de século com ataques terroristas, como era o caso dos USA e de países da Europa, para adotar a teoria do direito penal do inimigo.

Será a partir do direito penal da lavajato, na sua versão curitibana, que o combate à corrupção e a um conjunto de outros crimes articulados à sua prática, assume uma natureza fundamentalista e de salvação da integridade moral da Pátria. Além de incorporar as características do direito penal do inimigo, o direito da lavajato referencia-se na experiência italiana das Mãos Limpas, com os ajustes promovidos pela inteligência norte-americana e pela globalização operada nos fóruns de cooperação internacional.

Nesta versão os operadores jurídicos buscam criar um contato direto e imediato com a opinião pública e trazem os suspeitos e as acusações para os holofotes da grande mídia, mesmo contrariando normas legais e hierarquias institucionais.

Identificado o inimigo central a ser condenado e desmoralizado – no caso Lula e o PT- protege-se enquanto é possível as forças políticas aliadas em relação à cruzada anticorrupção. E, logo, a lavajato vai ao ponto: destituir, destruir e incinerar o chefe, o LÍDER. É o que estamos assistindo.

PODER PUNITIVO E O DISCURSO MANIFESTO DO CASTIGO: UMA DECISÃO VERTICAL DE PODER

Ruben Rockenbach Manente*

O presente artigo objetiva analisar, a partir da perspectiva proposta pelo pensamento crítico no campo penal, a decisão proferida pela 13ª Vara Federal de Curitiba/Paraná, em 12 de julho de 2017, que julgou parcialmente procedente a denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal, no âmbito da denominada “Operação Lavajato”, para condenar, entre outros, o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva (a) por um crime de corrupção passiva (artigo 317 do Código Penal) pelo recebimento de vantagem indevida do Grupo OAS em decorrência do contrato do Consórcio CONEST/RNEST com a Petrobras; e (b) por um crime de lavagem de dinheiro (artigo 1º, *caput*, inciso V, da Lei número 9.613/98) envolvendo a ocultação e dissimulação da titularidade do apartamento 164-A, “triplex”, e por ser beneficiário das reformas realizadas (item número 944 da sentença penal condenatória).

Registre-se, de início, que tal análise não pretende personificar as críticas da referida decisão judicial na pessoa do magistrado que prolatou dita sentença, mas sim, em atenção ao marco teórico que orienta nossa ação, questionar o discurso legitimador do castigo entendido como alicerce teórico oficial dos centros de sentido da pena criminal que serviu de base para a Justiça Federal do Paraná, enquanto agência judicial do sistema penal, para justificar a aplicação da pena de nove anos e seis meses de reclusão, em regime inicial fechado, pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro a Luiz Inácio Lula da Silva (item 948 da decisão).

O poder punitivo é àquela faculdade que possui o Estado para punir quem comete um crime. Um modelo que representa uma decisão vertical de poder que não está disposta a solucionar os conflitos, ou seja, que não se propõe a evitar, reduzir, reparar ou restituir o dano provocado por alguém (apesar da estratégia midiática utilizada pela “Força-Tarefa da Lavajato” nos vender a ideia da possibilidade de eliminar a corrupção). Ao contrário, como regra, simplesmente se determina o encarceramento do criminalizado por um determinado tempo, ao passo que as condutas objeto de “combate” seguem ocorrendo normalmente (veja-se o exemplo das consequências da guerra às drogas e ao terror. Ou, ainda, o próprio impeachment da Presidenta Dilma Rousseff para “devolver” a governabilidade ao País).

A grande “trampa” promovida pelo modelo punitivo é justamente ocultar aquilo que mais lhe interessa: o exercício da vigilância e do controle sobre todos nós. Apesar de seus discursos legitimadores (manifestos) afirmarem que a punição é a única saída para combater a emergência e o inimigo (a “corrupção” e o Partido dos Trabalhadores, respectivamente), o fato é que a própria narrativa serve como justificção para criar um estado de paranoia coletiva que autoriza o exercício ilimitado e desenfreado do poder punitivo (fim latente).

Basta ver que todas as promessas de proteger a sociedade contra o inimigo e seus crimes não foram cumpridas pela coação estatal, ao revés, serviram de base para o aumento da restrição de liberdade, dos sujeitos criminalizados ou não, do aprofundamento da

* Doutor em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad Pablo de Olavide – UPO (Sevilha/Espanha) e Professor de Direito Penal da Faculdade CESUSC (Florianópolis/Brasil).

verticalização social e da flexibilização das garantias constitucionais (vazamento seletivo de dados sigilosos e utilização irrestrita dos “acordos de cooperação premiada”, por exemplo).

No entanto, apesar do incumprimento de todo o prometido, o poder punitivo segue existindo e cada vez mais se fortalece enquanto instrumento de regulação dos conflitos existentes no tecido social. O modelo punitivo não precisa “nos livrar do mal e dos pecadores” para acreditarmos em sua existência, ele existe porque nos dá esperança, porque com ele tudo fica mais fácil de resolver.

Em sua eterna jornada pelo “grande sertão”⁴³⁷ Riobaldo já sabia dessas armadilhas do discurso ao tentar explicar a diferença entre Deus e o demônio para seu interlocutor, o forasteiro. Em um dos seus diálogos, o sertanista divaga: como não ter Deus?! Com Deus existindo, tudo dá esperança. Sempre um milagre é possível, o mundo se resolve. Mas, se não tem Deus, *há-de* a gente perdidos no *vai-vem*, e a vida é burra. Tendo Deus, é menos grave se descuidar um pouquinho, pois, no fim dá certo. O senhor não vê? O que não é Deus, é estado de demônio. Deus existe mesmo quando não há. Mas o demônio não precisa existir para haver – a gente sabe que ele não existe, aí é que ele toma conta de tudo.⁴³⁸

Nas palavras de Riobaldo, o poder punitivo não precisa funcionar para existir, nós sabemos que ele não funciona, mas aí é que ele toma conta de tudo, afinal, como conclui o personagem: “o diabo na rua, no meio do *redemunho*”.⁴³⁹

O modelo punitivo, quer no exemplo trazido da literatura, quer nos reflexos produzidos após os ataques de 11 de setembro nos Estados Unidos⁴⁴⁰, se transforma no motor das relações humanas, substituindo as ações democráticas e políticas enquanto gestoras do tecido social por um estado permanente de polícia com nítida tendência ao absolutismo. Tal aparelho canalizador da vingança é instrumentalizado pelo Estado através das agências do sistema penal que se ocupam do exercício do poder punitivo, atuando de forma específica ou inespecífica sobre ele.

É que os discursos justificacionistas da pena são colocados em prática por várias agências/instituições judiciais do sistema penal (polícia, serviço penitenciário, tribunais penais, entre outros), em nosso caso específico, a 13ª Vara Federal de Curitiba/Paraná na ação penal número 5046512-94.2016.4.04.7000/PR que culminou com a condenação do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

O componente institucional dos direitos, nos ensina Joaquín Herrera Flores, é muito relevante, pois toda instituição é o resultado jurídico, político, econômico e/ou social de uma determinada forma de entender os conflitos sociais. Por isso, “entendemos as instituições como espaços de mediação nos quais se cristalizam os resultados sempre

⁴³⁷ ROSA, João Guimarães. *Grande sertão: veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

⁴³⁸ *Idem*, p. 76.

⁴³⁹ *Idem*, p. 27.

⁴⁴⁰ Neste sentido: ZIZEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do Real: cinco ensaios sobre o 11 de Setembro e datas relacionadas*. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2003.

provisórios das lutas sociais pela dignidade”⁴⁴¹, sem esquecer, por certo, que falar de “instituição” é o mesmo que tratar das relações de poder que primam no momento histórico concreto em que vivemos.

De forma idêntica, não podemos esquecer que o sistema penal é o conjunto das agências envolvidas com a questão criminal, isto é, sistema no sentido de um conjunto de entes e suas relações tanto recíprocas como com o ambiente, ou, no dizer de Zaffaroni, “que no se trata de un conjunto de órganos del mismo tejido que convergen en una función (...) cada una de estas agencias tiene sus propios intereses sectoriales”.⁴⁴² Assim, cada agência tem seus próprios interesses setoriais e seus próprios controles de qualidade de suas operações, afinal, “tienen discursos hacia fuera, que resaltan sus fines manifiestos (oficiales) más nobles y discursos hacia adentro, que justifican para sus miembros la disparidad entre sus fines manifiestos y lo que realmente hacen (fines latentes)”.⁴⁴³

Tais “interesses setoriais” estão claramente presentes na decisão condenatória objeto de análise, uma vez que seu discurso oficial (*hacia fuera*) de combate à corrupção (no item 961 da sentença penal o julgador utiliza o ditado “não importa o quão alto você esteja, a lei ainda está acima de você”) legitima seu fim manifesto (*hacia adentro*) de exercício irrestrito do poder punitivo para justificar a procedência da acusação de que o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva teria participado conscientemente do esquema criminoso, inclusive tendo ciência de que os Diretores da Petrobras utilizavam seus cargos para recebimento de vantagem indevida em favor de agentes políticos e partidos políticos (item 07 da decisão).

A referida vantagem indevida teria sido corporificada na disponibilização ao ex-Presidente do apartamento 164-A, “triplex”, do Condomínio Solaris, na cidade de Guarujá/SP, sem que houvesse pagamento do preço correspondente (item 12) sob o argumento central de que “foi provado o esquema criminoso que vitimou a Petrobras e que envolvia ajustes fraudulentos de licitação e o pagamento de vantagem indevida a agentes da Petrobras, a agentes políticos e a partidos políticos” (item 835) e que, em dita articulação criminosa, “o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva tinha um papel relevante no esquema criminoso, pois cabia a ele indicar os nomes dos Diretores ao Conselho de Administração da Petrobras e a palavra do Governo Federal era atendida” (item 838). O conjunto probatório que conduz o magistrado à condenação se assenta, pasmem!, no fato de que: “parece, aliás, um pouco estranho que, diante da magnitude do esquema criminoso, ilustrado pelo fato da Petrobras ter reconhecido cerca de seis bilhões de reais em perdas contábeis com corrupção no balanço de 2015, não tivesse o ex-Presidente qualquer conhecimento, máxime porque ele, o esquema criminoso, também teria envolvido utilização de propinas em acertos de corrupção na Petrobras para financiamento de campanhas eleitorais, inclusive do Partido dos Trabalhadores e pelo qual o ex-Presidente foi eleito e elegeu sua sucessora” (item 801).

⁴⁴¹ HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 128-129.

⁴⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 10.

⁴⁴³ Idem, p. 10.

A disparidade entre os fins manifestos e latentes do poder punitivo se projeta, mais uma vez!, na sentença condenatória no momento da realização da primeira fase da dosimetria da pena (artigo 59 do CP) do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em relação ao crime de corrupção passiva⁴⁴⁴, quando a pena-base é fixada em cinco anos de reclusão (3 anos acima do mínimo legal) em razão de três (dos oito!) “vetoriais negativos, de especial reprovação”, sendo um deles a “análise negativa a título de personalidade” (item 948). É dizer, apesar de os antecedentes criminais, a conduta social, os motivos e o comportamento da vítima serem favoráveis ao acusado (embora o termo usado na sentença tenha sido “neutro”) a pena-base é aumentada em três anos em total discrepância com as disposições da lei, da dogmática e jurisprudência.

A sentença revela, pois, que o modelo punitivo é um instrumento discursivo que proporciona a base para criar um estado de paranoia coletiva que serve para aqueles que operam o poder o exercerem sem nenhum limite.

⁴⁴⁴ Punido com pena de reclusão de 2 a 12 anos e multa.

ELES, OS JUÍZES, VISTOS POR UM PROFESSOR

Salah H. Khaled Jr.*

Começo com um alerta: este não é um texto sobre o juiz Sérgio Moro e suas decisões autoritárias. Talvez isso possa causar surpresa ao leitor, considerando a temática da obra em questão. Mas não é sem razão que adotei uma estratégia diferenciada. Este um texto sobre bons juízes. Sobre juízes constitucionalmente comprometidos e democraticamente oxigenados. Apesar de todos os pesares, ainda há juízes em Berlin. E eles devem ser homenageados, como fez Calamandrei no clássico *“Eles, os juízes, vistos por um advogado”*.⁴⁴⁵

O peso que representa a decisão para alguém que é tão *“humano, demasiado humano”*, quanto qualquer um de nós já justificaria por si só uma homenagem. Afinal, ser juiz é sofrer. Ou deveria ser. Um bom juiz necessariamente sofre. Ele é tocado pela dor do outro e jamais perde a capacidade de se sensibilizar com o sofrimento alheio. Sabe o que representa exercer o terrível poder que lhe é conferido: o poder de penar. Sabe que o processo em si mesmo impõe aflição: é um instrumento de distribuição de dor que se assemelha à guerra.⁴⁴⁶

Terrível é o fardo do magistrado. Não tenho dúvida de que é o mais tormentoso dos papéis desempenhados pelos atores do sistema penal. A decisão em si mesma sempre é resultado de uma escolha. E uma escolha sempre tem algo de aposta. Sempre tem algo de ato de fé. Sempre será um salto no escuro. Ela não é produto da onisciência de quem tudo sabe. Pelo contrário. O juiz é um ignorante que deseja saber. Ele é concebido para ser um ignorante. Para ter uma atitude de espanto e admiração diante da surpreendente novidade que representa cada caso que lhe é trazido. E ele jamais saberá o suficiente para erradicar o tormento que representa a dúvida. Triste do juiz que confia demais nas suas certezas e esquece sua falibilidade: não há convicção não contaminada, ou seja, que não contenha um componente de crença.⁴⁴⁷

* Professor adjunto de Direito Penal, Criminologia, Sistemas Processuais Penais e História das Ideias Jurídicas da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professor Permanente do Mestrado em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Doutor e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Mestre em História (UFRGS). Líder do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Ciências Criminais (FURG/CNPq). Palestrante. Colunista do Justificando.

⁴⁴⁵ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁴⁴⁶ Para ilustrar sua concepção dinâmica de processo, Goldschmidt emprega um exemplo de caráter político: durante a paz, a relação de um Estado com seus súditos é estática, constitui um império intangível. Quando a guerra estoura, tudo se encontra na ponta da espada; os direitos mais intangíveis convertem-se em expectativas, possibilidades e cargas, e todo direito pode ser aniquilado em função de não ter sido aproveitada uma ocasião ou ter sido descuidada uma carga; como ao contrário, a guerra pode proporcionar ao vencedor que desfrute de um direito que na realidade não lhe corresponde. Tudo isto pode ser afirmado correlativamente do direito material das partes e da situação em que as mesmas se encontram em relação a ele quando encontram-se em um processo sobre o mesmo. GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. In: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p.832.

⁴⁴⁷ Para Cunha Martins, “[...] ao invés de um processo linear estendendo-se ao longo de dois pólos, a convicção corresponde a um processo de sucessivas tangências e sobreposições, complexo e denso, no âmbito do qual os diferentes componentes do percurso se inter-relacionam e se convocam mutuamente,

Como não crê na onipotência da razão, o bom juiz não dorme o “sono tranquilo dos justos”, como diz a sabedoria popular: está plenamente ciente de que o seu melhor não basta, nem jamais bastará.⁴⁴⁸ Não que ele não tente fazer o máximo que pode: zela pelas regras do jogo do devido processo legal e não se deixa seduzir pelas ardilosas artimanhas do ativismo judicial. No limite de suas consideráveis forças ele atua de forma condizente com sua função, observando a posição receptiva imposta pela arquitetura acusatória e pela Constituição.⁴⁴⁹ No entanto, sempre restará uma irreduzível margem de incerteza em toda e qualquer decisão, como discute em “*A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*”.⁴⁵⁰ Se a incerteza fosse efetivamente levada às últimas consequências, seria suficiente para paralisar a própria função judicial, por força do *in dubio pro reo*.⁴⁵¹ Afinal, os “fatos” estão para além das forças dos meros mortais.⁴⁵² Para um magistrado ciente de sua finitude, o reconhecimento da insuficiência deve inspirar cautela e prudência. Não que ela baste para afastar a possibilidade sempre

contaminando a respectiva posição, o respectivo sentido e os respectivos efeitos”. CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 21.

⁴⁴⁸ Como disse Carnelutti, “assim o juiz, após ter examinado as provas, após ter escutado as razões, após tê-las valoradas, continua a encontrar-se, em realidade, de frente a aquela dúvida, que o seu pensamento não consegue, de nenhum modo, eliminar”. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. IN: *Anuário Ibero-americano de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 185.

⁴⁴⁹ Com respeito à prova, o juiz não tem outra função que a de recebê-la, ou seja, com todo rigor, uma função receptiva. GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p.778. Como observou Calamandrei, “A melhor prova da ação purificadora que exerce sobre a consciência do juiz o debate de dois advogados contrapostos, destinados a absorver do ar todas as intemperanças polêmicas para deixar o juiz isolado numa atmosfera de serenidade, é proporcionada pela instituição, no processo penal, do Ministério Público. Nele o Estado criou uma espécie de antagonista oficial do advogado de defesa, cuja presença evita que o juiz se ponha a polemizar com este e, inconscientemente, tome posição adversa ao acusado”. CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 127.

⁴⁵⁰ KHALED JR, Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2ª edição. Belo Horizonte: Letramento, 2016.

⁴⁵¹ Segundo Ferrajoli, “A rigor se se pensasse que o juízo penal devesse alcançar a verdade “objetiva” e se tomasse ao pé da letra o princípio do *in dubio pro reo*, as margens irreduzíveis de incerteza, que caracterizam a verdade processual, deveriam comportar a ilegitimidade de qualquer condenação e, portanto, a paralisia da função judicial”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 51.

⁴⁵² Como disse Gascón Abellán, o conhecimento dos fatos em sede judicial foi muitas vezes considerado questão não controvertida. “Os fatos são os fatos e não necessitam de argumentação” poderia ser o lema desta tradição. Ela se caracteriza por uma grande confiança na razão empírica, que torna desnecessária qualquer justificação em matéria de fatos: os fatos são evidentes, e o que é evidente não necessita de justificação, inclusive se tal evidência foi obtida indiretamente, mediante uma metodologia indutiva”. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 7. Ferrajoli refere que a imagem proposta por Beccaria do juiz como investigador imparcial do verdadeiro é absolutamente ingênua. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 46. Para que possa ser compreendida a natureza das decisões com as quais se aceita a verdade processual, é necessário analisar o raciocínio judicial que consiste na aplicação da lei e que nem sequer formalmente tem a estrutura lógica do “silogismo perfeito” imaginado por Beccaria e transmitido pela Escolástica formalista. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 52.

presente de erro.⁴⁵³ A instrumentalidade processual penal não tem condições de erradicar completamente o caráter alucinatório da evidência e seu potencial desamor pelo contraditório.⁴⁵⁴ Quando o desamor se instala de forma plena, coloca em questão a própria existência do processo enquanto tal.⁴⁵⁵ O juiz que não se deixa seduzir por delírios de grandeza privilegia a dimensão dialógica e despreza o monólogo inquisitório, bem como resiste aos encantos da ilusória busca da verdade. O motivo é simples e singelo: a verdade sobre o passado não está ao alcance do ser humano. Ela não é encontrada no processo, uma vez que simplesmente não está lá: ela é produzida analogicamente sob a forma narrativa a partir de rastros do passado, por um juiz que é ser-no-mundo e sempre agregará algo seu, já que não tem como suprimir o próprio eu.⁴⁵⁶ Muitos juízes que conhecem pouco além de normas e sua aplicação se surpreenderiam caso se tornassem conscientes da densidade das questões epistemológicas e a notável complexidade dos processos lógicos implícitos no mais elementar dos raciocínios dos quais habitualmente fazem uso.⁴⁵⁷

Somente juízes sonâmbulos e completamente desconectados das discussões contemporâneas ousariam pensar de forma distinta.⁴⁵⁸ Entre realidade e racionalidade jurídica existe um abismo incomensurável, alargado pela distância intransponível do passado e pelos malefícios de uma (de)formação que potencialmente produz cegueira

⁴⁵³ Diante disso, como aponta Carnelutti, o risco está em errar o caminho, devido à falibilidade das provas; e o dano é grave, especialmente quando o passado é reconstruído para determinar o destino de um homem. CARNELUTTI, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. México: Cajica, 1965. p. 73. O próprio Taruffo reconhece essa dificuldade, ao apontar que os perigos de erros, lacunas, manipulações e reconstruções incorretas dos fatos são particularmente frequentes e sérios, podendo levar a erros substanciais e equívocos dramáticos na decisão final de uma controvérsia. TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdad: el juez e la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 49.

⁴⁵⁴ Diz-se *evidente* o que dispensa a prova. Simulacro de auto-referencialidade, pretensão de uma justificação centrada em si mesmo, a evidência corresponde a uma satisfação demasiado rápida perante indicadores de mera plausibilidade. De alguma maneira, a evidência instaura um *desamor do contraditório*. Dotada de semelhante quadro de valências, suposto seria que ela visse blindada a sua participação em qualquer dispositivo crítico ou processual destinado a instituir-se em limite contra a arbitrariedade. CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3.

⁴⁵⁵ Segundo Fazzalari, “é necessário, portanto, para identificar o processo, que haja uma série de normas (e atos, e posições jurídicas) que se reportem aos destinatários dos efeitos do provimento, realizando entre eles um contraditório paritário”. ⁴⁵⁵ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006. p. 119.

⁴⁵⁶ KHALED JR, Salah H. *A Busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

⁴⁵⁷ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Los ‘hechos’ en la sentencia penal*. México: Fontamara, 2005. p. 48.

⁴⁵⁸ Como aponta Ibañez, é lamentável que as práticas judiciais ocorram em certo vazio epistemológico, por falta de conhecimento efetivo das características que as constituem. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Los ‘hechos’ en la sentencia penal*. México: Fontamara, 2005. p. 48. Para Ibañez, o juiz não se depara diretamente com fatos, mas sim com proposições relativas a fatos; com representações cognoscitivas que denotam algo que ocorreu no mundo real. O processo de conhecimento relativo aos fatos está mediado pela linguagem, o que faz com que exista uma carga de relativismo, incerteza e ambigüidade nesta operação cognitiva. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Los ‘hechos’ en la sentencia penal*. México: Fontamara, 2005. p. 50. Como aponta o autor, no caso do juiz essa mediação discursiva não se dá como simples descrição do que já existe à margem de sua atividade; trata-se de um processo de reconstrução do fato, reconstrução a que o juiz contribui ativamente, desde dentro: nela está presente toda carga de subjetividade que acompanha qualquer atividade reconstrutiva. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Los ‘hechos’ en la sentencia penal*. México: Fontamara, 2005. pp. 51-52.

normativa.⁴⁵⁹ Um juiz conectado com o mundo sabe que a vida excede as teorias que a explicam.⁴⁶⁰ A matéria não nos pergunta nada nem espera nenhuma resposta nossa. Ignora-nos.⁴⁶¹ A realidade é resistência ou, mais precisamente, o conjunto de resistências.⁴⁶² Ela não se dobra diante da perspicácia dos homens, não importa o quanto sejam – ou suponham ser – astutos. A eventual aprovação em concurso para a magistratura não é indicativo de poderes sobre-humanos, ainda que alguns magistrados possam se embriagar de tal modo com os aplausos midiáticos que noções como lugar, forma e direitos fundamentais sejam soterradas em nome do gosto pelo espetáculo.⁴⁶³

Quando exigirem que o processo seja rápido, sereno deve ser o magistrado. Quando a opinião *publicada* clamar por sangue, deve ele manter a compostura. Quando a reconstrução da imagem do acusado como criminoso estiver consolidada de tal forma no imaginário social que a possibilidade de absolvição parecer quase impossível, deve ele continuar a zelar pela presunção de inocência. Quando o fogo da imprensa marrom for dirigido contra todos os opositores do punitivismo ascendente – inclusive contra os advogados dos acusados e até mesmo os próprios magistrados – deve ele representar uma barreira intransponível contra tudo isso. O juiz deve presidir um ato demarcatório de territorialidade. Deve estabelecer uma fronteira, um limite que um regime de verdade estruturado em torno da opinião moral (ou mesmo da simples probabilidade) não consegue jamais ultrapassar. Contra os arautos da instantaneidade ele produz um hiato, uma demora. Dá tempo ao tempo, permite que o contraditório ocorra. E com paridade de armas. Em igualdade de condições. Com regras claras e definidas. Devido processo legal, que não se deixa seduzir por expectativas que venham de fora, sejam elas de cunho moral ou de qualquer outro cunho. “*Será essa uma das suas maiores glórias: pedirem-lhe sangue e ele oferecer contraditório. Recusar-se, perante a pressão para condenar, a afivelar a lógica do carrasco*”: se diante do clamor popular ele tiver que escolher a impopularidade, que a escolha.⁴⁶⁴

Não há grandeza em sucumbir ao espetáculo. Não há majestade na celebração de um cortejo monstruoso de vilificação que visa confirmar a destruição simbólica de um inimigo previamente eleito. A missão do bom juiz consiste precisamente em ser uma fortaleza inexpugnável: em dizer não diante da cólera e irracionalidade alheias. Não porque isso serve ao seu próprio código do que é certo ou errado, mas porque deve ele

⁴⁵⁹ Ferrajoli refere que as normas conformam [...] uma língua que condiciona transcendentemente a linguagem operativa do juiz e, por sua vez, sua aproximação aos fatos que devem ser julgados. Equivale assim a um sistema de esquemas interpretativos do tipo seletivo, que recorta os únicos elementos do fato que reputa penalmente “relevantes” e ignora todos os demais. Está claro que esta disposição de ler a realidade *sub specie júris* gera uma forma de incompreensão, às vezes de cegueira, a respeito dos eventos julgados, cuja complexidade resulta por isso mesmo simplificada e distorcida. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 48.

⁴⁶⁰ MAFFESOLI, Michel. *O instante eterno: o retorno do trágico nas sociedades pós-modernas*. São Paulo: Zouk, 2003.

⁴⁶¹ LYOTARD, Jean-François. *O inumano*. Lisboa: Editorial Estampa, 1997. p. 20.

⁴⁶² HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo Parte I*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2005. p. 276.

⁴⁶³ CASARA, Rubens R.R. *Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

⁴⁶⁴ CUNHA MARTINS, Rui. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 98-99.

ser um algoz de tudo que atenta contra direitos fundamentais.⁴⁶⁵ Como homem do dique, deve agenciar seus mecanismos de contenção, evitando que as águas transbordem e afoguem o próprio Estado Constitucional de Direito.⁴⁶⁶

O bom juiz sabe que o processo é – e deve sempre ser – contraintuitivo. Ele não é balizado pelas formas espontâneas de pensamento que desconsideram a demora em função da obviedade e do que insistentemente repetido, é assumido como verdade. Ele impõe um hiato – um intervalo – entre o que se diz saber e o que é possível aceitar-se como sabido. Ele recusa presunções infundadas de culpabilidade em favor da exigência de prova.⁴⁶⁷ Mas isso ainda não é suficiente. É preciso algo mais: o bom juiz sabe que se o processo é contraintuitivo, a democracia é – deve ser – *contramajoritária*. Ela não existe para assegurar o domínio das majorias. Se esse fosse o seu sentido, em nada ela se diferenciaria de uma tirania. Ela existe exatamente para impedir que os diferentes sejam violentados pelos que se dizem agentes de uma moralidade aparentemente hegemônica. O magistrado não deve assumir para si uma função salvacionista, supostamente exercida em nome da “sociedade”. Não é seu dever salvar a República ou uma dada imagem da República por ele eleita como desejável, manejando o poder que lhe é conferido como espada contra as bestas feras que ameaçam a civilização.

Eu não seria um bom juiz. Não seria capaz de condenar. Nunca. Jamais. E a função exige que se condene, quando preciso for. Assim são as coisas no atual patamar civilizatório. Quando o castelo da presunção de inocência finalmente é tomado e não há mais resistência alguma, deve o juiz condenar. Mas ele jamais deve lamentar uma absolvição, o que demonstraria que simplesmente está no lugar errado e provavelmente fazendo a coisa errada.⁴⁶⁸

⁴⁶⁵ Como observa Calamandrei, o juiz [...] não é livre para dar razão a quem lhe dê vontade; senão que está obrigado a dá-la a parte que melhor consiga, com meios técnicos a isso apropriados, demonstrar que a tem. CALAMANDREI, Piero. Direito processual: volume III. Campinas: Bookseller, 1999. p. 223.

⁴⁶⁶ “O direito penal deve programar o exercício do poder jurídico como um dique que contenha o estado de polícia, impedindo que afogue o estado de direito. Entretanto, as águas do estado de polícia se encontram sempre em um nível superior, de modo que ele tende a ultrapassar o dique por transbordamento. Para evitar isso, deve o dique dar passagem a uma quantidade controlada de poder punitivo, fazendo-o de modo seletivo, filtrando apenas a torrente menos irracional e reduzindo a sua turbulência, mediante um complicado sistema de comportas que impeça a ruptura de qualquer uma delas e que, caso isto ocorra, disponha de outras que reassegurem a contenção”. ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro – I. Rio de Janeiro: Revan, 2003. pp. 156-157. Rui Cunha Martins refletiu sobre a brilhante metáfora de Zaffaroni e concluiu que o dique, como limite que é, não funciona sozinho: ele é um mecanismo suscetível de agenciamento, indicando que a metáfora do dique é, em rigor, a metáfora do homem por detrás do dique, que o pode mover num sentido ou noutro, manifestando o lugar autoral que é seu. Segundo Cunha Martins, “o ‘dique’ é metáfora jurídica, sim; transforma-se, enquanto ‘homem do dique’ em metáfora política. Eis o que *limite* faz ao direito: diz-lhe a politicidade que carrega”. CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 156.

⁴⁶⁷ CUNHA MARTINS, Rui. Contra-intuição e processo penal. In: KHALED JR, Salah H. (coord.) *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

⁴⁶⁸ Como observa Lopes Jr., é preciso abandonar o ranço inquisitório de buscar a condenação: “não são raros os casos em que presenciamos julgadores tomados por um sentimento de fracasso diante da ‘necessidade imperiosa de absolver’, como se a jurisdição só se efetivasse quando a sentença fosse condenatória...” LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 506.

Sempre digo isso para meus alunos: com os velhos *velhos* não é possível dialogar. São *velhos* na idade, na formação e no gosto pelo autoritarismo. Cultivaram por décadas um decisionismo antidemocrático que não cessa de render frutos envenenados. Com eles não há como conversar. Mas nada pode ser pior que um novo *velho*. Nada pode ser pior que aquele acadêmico que tem uma relação utilitária com o conhecimento e que eventualmente se torna juiz apenas para perpetuar as velhas práticas autoritárias e o velho discurso de ódio. Se você deseja ser juiz, ouça meu apelo: Não seja um novo *velho*. E não me interpretem mal: grande parte do que sei aprendi com gigantes que ainda circulam pela Terra. Velhos *novos* em todos os sentidos possíveis e imagináveis. Meus professores, e alguns deles foram ou continuam sendo grandes juízes, como também são grandes juízes alguns dos amigos que a vida me deu e com os quais sigo aprendendo. Essa é a vida de um professor: um permanente estudioso, como todo bom juiz também deve ser. Será essa talvez a glória que temos em comum e que faz com que se aprofundem os laços de amizade e respeito mútuo entre magistratura e academia.

A SENTENÇA DE MORO É UM ESPECTRO QUE AMEAÇA O PODER JUDICIÁRIO

Sérgio Batalha*

Um dos direitos mais caros ao cidadão comum, ao homem do povo, é o de ser julgado por um juiz imparcial. O Judiciário pode retirar os bens e até a liberdade de um homem, logo o direito a um processo justo é essencial em qualquer sociedade democrática. Neste sentido, nossa Constituição erigiu os princípios do "Devido Processo Legal" e da "Ampla Defesa" como direitos fundamentais do cidadão brasileiro. Um processo para estar em consonância com tais princípios pressupõe o julgamento por um juiz imparcial, que analisará os argumentos e as provas das partes, proferindo uma decisão justa. Quando o juiz assume a convicção pela condenação prévia do réu desde o início do processo, ignorando provas e conceitos jurídicos evidentes, tem-se simplesmente uma perseguição política ou pessoal travestida de processo judicial, uma Lawfare (guerra judicial) no conceito da doutrina norte-americana.

A conclusão da "sentença" de Moro baseada unicamente na palavra de dois delatores amestrados, contrariada por depoimentos de várias testemunhas e por documentos oficiais, inclusive da Caixa Econômica Federal, não merece maiores digressões jurídicas. Lula deveria invocar em sua defesa simplesmente a Carta Magna de 1215, o documento pelo qual os ingleses conquistaram, pela primeira vez na história, o direito de limitar o poder absoluto do seu rei. O trecho mais famoso resume o pleito de Lula: "Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, exceto pelo julgamento legítimo de seus pares ou pela lei do país. A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça."

A Carta Magna consagrou o princípio do "julgamento legítimo", ou seja, não basta que haja julgamentos por juízes investidos de tal poder para se caracterizar o "Due Process of Law", que inspirou o inciso LIV do artigo 5 da nossa Constituição. O Judiciário brasileiro não pode ignorar este conceito, sob pena de cruzar uma fronteira que nem a ditadura militar de 64 ultrapassou. As perseguições políticas na ditadura militar tiveram a omissão do Judiciário, mas nunca o seu protagonismo. Nunca antes na história deste país o Judiciário serviu como instrumento principal de uma perseguição política. A maior vítima desta violência não será Lula, mas, ironicamente, a própria imagem do Poder Judiciário. Como o cidadão comum poderá confiar em juízes que ousaram perseguir politicamente um dos maiores líderes populares de nossa história? O que poderão fazer estes juízes com um homem do povo, sem o prestígio e a liderança de Lula? Um juiz da Suprema Corte americana disse uma vez, com notável franqueza, que a atuação do advogado era essencial para dar aos julgamentos uma "aparência de Justiça". No julgamento de Lula, esta "aparência de Justiça" se perdeu, a despeito dos esforços de seus advogados, em função da atuação de Sergio Moro. Todos os brasileiros, mesmo os que não gostam de Lula, têm a certeza de que ele não enfrenta um julgamento justo. Podem alguns até torcer pela sua condenação, mas sabem que ela seria o resultado de um processo político. O pilar essencial em que se sustenta a legitimidade do Poder

* Advogado trabalhista.

Judiciário é exatamente a sua imparcialidade. Foi o que buscaram os ingleses há mais de oitocentos anos ao banirem os julgamentos arbitrários do Rei João e dos senhores feudais. O Poder Judiciário brasileiro deve resgatar sua imagem diante da cidadania, absolvendo Lula e enfrentando aqueles que, por ambição ou medo, permitiram a instrumentalização do processo como arma de perseguição política

A SENTENÇA CRIMINAL E AS TEORIAS AGNÓSTICAS

Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho*

O tema proposto neste artigo é o conteúdo da sentença penal condenatória proferida nos autos da Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR que tramita na 13ª Vara Federal de Curitiba, delimitado no aspecto de seu conteúdo probatório, isto é, entender os mecanismos pelos quais o magistrado sentenciante formou sua convicção e atribuiu ao Ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva a prática dos delitos de corrupção passiva e lavagem de capitais, condenando-o a uma pena de 9 anos e 6 meses de reclusão. O objetivo central desse artigo é percorrer, do ponto de vista dos fundamentos da sentença, quais conexões – princípio da correlação – foram estabelecidas pelo magistrado entre fatos, narrativa acusatória e as provas produzidas pela acusação e a efetiva condenação para, ao fim e ao cabo, minimamente, entender seu conteúdo finalístico.

É importante analisar o ponto em que o magistrado utiliza argumentos para fundamentar seu convencimento, em especial de que Lula praticou ilícitos criminais por ter participado conscientemente do esquema criminoso em que Diretores da Petrobrás utilizavam seus cargos para recebimento de vantagem indevida em favor de agentes e partidos políticos e, além disso, teria também recebido, o próprio acusado, valores corporificados na disponibilização de um apartamento sem que houvesse pagamento do preço correspondente. Aqui reside um primeiro ponto que deve ser iluminado, evitando uma subliminar obscuridade, senão vejamos: a terminologia “**disponibilização**” é utilizada logo no início da sentença judicial, para que, ao final, haja compreensão, no senso comum, da correlação entre a imputação feita pela acusação (Ministério Público) e a sentença condenatória (Juiz).

O argumento e sua forma de apresentação são sofisticados, mas é preciso atenção, pois o juiz se torna agnóstico em relação à própria lei, isto porque se posiciona de forma indiferente ao texto normativo, pois ignora e se exime da reflexão dogmática mínima, com o firme propósito de esgrimir seu argumento e adequá-lo aos elementos do tipo penal “**corrupção**”. A sofisticação do argumento está nesses dois pontos: a) não há um tipo genérico “**corrupção**”, mas dois tipos penais, a corrupção passiva (artigo 317 do Código Penal, praticada por funcionário público) e a corrupção ativa (artigo 333 do Código Penal, praticada por particular); b) ambos os tipos penais, corrupção passiva e ativa, não possuem a terminologia “**disponibilização**”, pois as ações previstas nos referidos tipos encerram 5 condutas: solicitar ou receber vantagem indevida e aceitar promessa de vantagem (corrupção passiva) e oferecer ou prometer vantagem indevida (corrupção ativa). Lula foi acusado pela prática de corrupção passiva, isto é, ele deveria ter solicitado ou recebido vantagem indevida, ou ainda, ter aceito promessa de vantagem indevida. Conforme a sentença, a empresa OAS teria deixado à disposição de Lula valores corporificados no apartamento triplex, contudo ele disse “**não**”, pois até hoje esse apartamento não está no nome dele, nem ele é seu possuidor de fato.

* Doutor em Direito, professor do PPG em Direito Ambiental da Universidade de Caxias do Sul (RS). E-mail: graziano@grazianoerizzatti.com.br

Cumprir destacar outra passagem histórica do artefato jurídico produzido naquele processo penal, a qual esclarece – do ponto de vista dogmático, mas não o ponto de vista político e ideológico da sentença – nosso debate no presente artigo. Vejamos: nos Embargos Declaratórios propostos pela defesa do Ex-presidente Lula, o juiz, instado a se manifestar sobre a prova dos autos e a relação entre a denúncia e a sentença, esclarece: “Este juízo jamais afirmou, na sentença ou em lugar algum, que os valores obtidos pela Construtora OAS nos contratos com a Petrobras foram usados para pagamento da vantagem indevida para o ex-Presidente”.

Aos propósitos do presente debate, a decisão nos Embargos Declaratórios é reveladora, isto porque esclarece, por exemplo, que, se a OAS disponibilizou o apartamento triplex, reformado, mobiliado e decorado aos gostos da família do Ex-presidente Lula, isso seria suficiente para caracterizar o crime de corrupção (genérica, que não existe). Contudo, esta mesma sentença também reconhece, por exemplo, i) que a Petrobrás não teve prejuízo com os contratos firmados com a empresa OAS; ii) que os valores recebidos pela OAS em razão dos contratos (lícitos) firmados com a Petrobrás não serviram para pagamento de vantagem ilícita ao Ex-presidente Lula; iii) que o Ex-presidente Lula não cometeu o crime de corrupção passiva, pois este crime exige que o funcionário público solicite, receba ou aceite promessa de vantagem ilícita, contudo, como visto, nada disso existiu.

Por fim, do ponto de vista dogmático, cabe ainda esclarecer que, se os dirigentes da empresa OAS disponibilizaram o apartamento triplex com alguma finalidade ilícita, estes poderiam ter cometido algum crime, contudo não é automático, nem obrigatório, que o suposto beneficiário a quem teriam disponibilizado o apartamento tenha cometido o crime de corrupção passiva, isto porque a existência de um crime não pressupõe, obrigatoriamente, a existência do outro. Oferecer (corrupção ativa) dinheiro ao policial para evitar multa de trânsito, não significa, automática e obrigatoriamente, que o policial cometeu o crime de corrupção passiva, pois esta somente ocorreria se, e somente se, o policial houvesse recebido o valor ofertado.

Cabe, para finalizar, algumas reflexões sobre os pontos aqui levantados. De forma bem evidente é preciso dizer, em primeiro lugar, que este é apenas um ponto de vista sobre um conto de uma longa sentença. Longa sentença, que é menor de conteúdo e maior de ostentação. De forma profunda, ela é rasa. Em sua completude, ela é vazia. Foi uma tentativa de obra, mas não passou de um rascunho. Pretendeu ficar registrada, conseguiu entrar para o lixo da história. Não agregou, mas dilacerou corpos e mentes. Estará proscrita em breve. Possivelmente será rapidamente esquecida, basta que alguns semoventes lhe dê o coice que merece. Tentar apagar o brilho de uma estrela é a praga rogada por quem nas trevas reside, ou, como diz Márcia Tiburi o juiz de Curitiba é mais um “sem brilho próprio” que sobrevive tentando apagar o alheio”.

A sentença condenatória proferida contra o Ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva pode ser analisada por diversos outros aspectos, inclusive o psicanalítico, em especial seu conteúdo narcísico, não fosse nosso cenário de ódio contra as classes sociais menos favorecidas. Certamente esta decisão judicial veio no bojo do excesso democrático que transbordou o cálice e a autorizou por aclamação pública, ainda que esta tenha sido manipulada numa espécie de inconsciente coletivo completamente embriagado.

A criação de um novo elemento típico no cenário da dogmática penal é absurda, contudo o pensamento utilitarista em que os fins justificam os meios, está na lógica do transbordamento da água contida no cálice. Este é um dos vetores mais frequentes no sistema de justiça criminal, os quais indicam o baixo grau de democratização de uma sociedade, em especial porque a frequente inobservância das violações às garantias constitucionais fundamentais revelam a fragilidade institucional que vivemos e vivenciamos dia a dia. Na esteira do que diz João Ricardo Dornelles, “vivemos um grande desafio histórico. (...) O fascismo contemporâneo é infinitamente mais complexo e sofisticado”. Preparemo-nos, pois haverá um longo período histórico. É preciso resistir.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A SENTENÇA DE CONDENAÇÃO DO LULA

Sérgio Luiz Pinheiro Sant'Anna*

I - Introdução

Este artigo se propõe a fazer algumas breves considerações de natureza constitucional e ética por ocasião da fase de investigação e da sentença condenatória do Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva a 9 anos e 6 meio de cadeia e perda dos direitos para exercício de cargo público pelo prazo de 19 anos.

Sob o ponto de vista da atuação dos Poderes da República, verifica-se que existe um entrosamento bastante efetivo entre os Procuradores da República que compõem a força tarefa da Operação Lava Jato e o Magistrado que proferiu a sentença, o que cria uma situação atípica de desigualdade de tratamento a favor da acusação desde o início da Operação.

A justificativa do combate à corrupção não pode suprimir direitos e garantias fundamentais elementares como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a produção de provas e a fundamentação dos elementos de convicção para a prolação da sentença.

Aliás, a luta contra a corrupção é obrigação do cidadão e da sociedade e não prerrogativa de Justiceiros ou enviados do Divino.

Em cerca de sessenta páginas da sentença, o Magistrado tenta se justificar que não estava perseguindo ninguém o que já deixa claro que esta sentença parece ter sido elaborada, não após a fase de instrução mas ao longo do processo, tendo, em consequência, a preocupação de demonstrar que não existiu perseguição e que o Magistrado teria agido dentro dos limites da lei.

Realmente, ninguém deveria estar acima da lei como bem demonstrado na sentença e falado em entrevistas junto aos meios de comunicação. Essa regra, contudo, deveria valer, neste caso, para os Membros da Procuradoria da República que se arvoraram em show pirotécnico com Power point para, mediante ampla exposição midiática, tentar “ganhar” a opinião pública e, principalmente, para o representante da Magistratura que se considerou numa cruzada cívica contra a corrupção, o que justificou a supressão de direitos, a arbitrariedade e o tratamento desigual em relação a outros nomes que foram ventilados nos depoimentos.

II - Desequilíbrio na fase de instrução

O combate à corrupção não deve ser nenhuma missão divina praticada por determinados escolhidos com sanha justiceira. Desde os primórdios se pratica corrupção neste país e no mundo e o desafio das instituições no Estado Democrático de Direito é o aperfeiçoamento sistemático dos seus instrumentos de controle, de

* Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal Fluminense; Procurador Federal; Professor da Universidade Cândido Mendes; Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e Conselheiro da Seccional da OAB - Rio de Janeiro.

promoção da justiça social e busca de uma sociedade mais justa e igualitária, cujos valores repudiam este tipo de conduta.

No caso específico da Lava-Jato, a regra básica na apuração dos delitos a serem investigados foi a de desconsiderar a presunção de inocência, se basear na condução coercitiva de empresários, políticos e agentes envolvidos, por parte da Polícia Federal, e submeter os investigados em prisão continuada para os fins de obter uma delação premiada.

Todo este processo foi seletivo porque direcionou para agentes de alguns Partidos Políticos em detrimento de outros, cujas provas eram tão ou mais robustas de delitos praticados, tendo sido, inclusive, citados em alguns depoimentos.

O instituto da Colaboração premiada foi utilizado como contrapartida para que fossem delatados fatos gravíssimos que precisariam ser apurados pelos órgãos acusadores, já que não bastariam de forma peremptória para subsidiar uma sentença condenatória.

Além disto, a fase de instrução foi permeada de Operações realizadas com pirotecnia e ampla repercussão junto à mídia, parecendo querer influenciar a opinião pública a favor de sua atuação, omitindo, desta forma, a presunção constitucional da inocência.

Ao longo das fases investigatórias, fato mais grave que estas operações acompanhadas com intensidade pela mídia, que o show do *Power Point* dos Procuradores da República, que a prática sistemática das conduções coercitivas dos acusados e o desrespeito aos direitos constitucionais do acusado, sem dúvida alguma foi o vazamento deliberado e selecionado de informações para a mídia, sendo que o ápice foi o áudio envolvendo um diálogo do Ex-Presidente Lula da Silva com a então Presidente Dilma Rousseff, o que configurou a total falta de limites deste grupo para atingir os seus objetivos direcionados, desrespeitando a Constituição Federal e legislações infraconstitucionais.

O próprio interrogatório do Ex-Presidente Lula foi precedido de várias charges nos meios de comunicação para induzir os leitores a tomar partido, colocando em pólos opostos Lula x Moro, o que seria impensável numa democracia liberal se levarmos em consideração o que deveria ser o papel de um Magistrado na condução de um processo.

A imagem de um Poder Judiciário equidistante, equilibrado, imparcial e justo é condição inequívoca para o funcionamento do Estado Democrático de Direito e seus representantes devem agir com esta premissa, sob pena da desmoralização completa da democracia e da teoria da tripartição dos Poderes do Estado.

A construção da imagem do Magistrado prolator da sentença condenatória foi insuflada, inclusive com Prêmios de Personalidade do Ano, concedido por instituições da mídia que deveriam estar apresentando os fatos para os leitores e não induzindo os leitores a elaborarem o seu juízo de valor, a partir das conveniências desta própria mídia.

III - Desequilíbrio na sentença

O desequilíbrio ocorrido nas fases de instrução, acabaram não sendo diferentes na sentença que buscou enfatizar a delação, não provada documentalmente em momento algum, do Empresário Leo Pinheiro da Construtora OAS.

Infelizmente, esta sentença já estava clara desde o início porque a convicção do Magistrado independia de fase instrutória processual, eis que sempre atuou com convicção atípica para o papel que um Magistrado deve ter.

A sentença está repleta de contradições bastando citar o enorme peso dado à delação do Empresário acusador em detrimento das inúmeras testemunhas de defesa que sustentaram o contrário.

Se o depoimento do ex-Presidente praticamente não foi levado em consideração, merece desagravo o trabalho sistemático da defesa que, todo o tempo, contou com a pouca disposição do Magistrado em acolher seus fundamentos, seus pedidos e sua linha de atuação.

O prazo de reclusão e de suspensão do exercício do cargo público é draconiana e, acima de tudo, demonstra o viés político, inclusive porque o Magistrado foi parte integrante de um sistemático e permanente apoio vindo da mídia com interesses claramente direcionados.

Não pode ser por acaso que uma sentença com tantas páginas foi divulgada com tempo exíguo e, ao mesmo tempo, um dia após a aprovação da chamada Reforma Trabalhista, o que possibilitou o claro desvio de foco da mídia.

É de se lamentar este tipo de postura e de posição clara em defesa de determinados grupos políticos e agremiações partidárias sendo oriunda de um membro da Magistratura, que deveria legitimamente assumir uma postura partidária e defender teses que acredita.

IV - Conclusão

Já existe uma pressão enorme sendo exercida pela mídia junto aos Desembargadores da 4ª Região para julgarem e condenarem Luiz Inácio Lula da Silva, para que ele não possa participar da eleição presidencial de 2018.

Se é de se lamentar o desvirtuamento total do importante papel que a opinião pública e a mídia devem ter no Estado Democrático de Direito, o que não considerar o papel partidário, político e desigual de um representante do Poder Judiciário Federal do Brasil.

A jovem democracia brasileira de 2016, data do golpe, até os dias atuais retrocedeu décadas em virtude do que aconteceu no plano político, em particular, um Partido derrotado quatro vezes mas inconformado com o resultado das urnas, uma mobilização golpista fora e dentro do governo e o envolvimento de setores da sociedade civil preocupados com a desestabilização da então Presidente Dilma Rousseff.

Finalmente, espera-se que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região e, eventualmente, os Tribunais Superiores façam análise técnica e totalmente vinculada aos fundamentos da acusação e da defesa, suprimindo o viés político e partidário que parece ter embasado a sentença de condenação do ex-Presidente Lula, respeitando os Princípios Constitucionais e os valores éticos e principiológicos do Estado Democrático de Direito.⁴⁶⁹

⁴⁶⁹ Referências bibliográficas

BONAVIDES, Paulo - Curso de Direito Constitucional, Editora Malheiros, 6ª Edição.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: promulgada em 05 de outubro de 1988 / Coleção Saraiva de Legislação - 49ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo - "Direito da Participação Política: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)" - Rio de Janeiro, Editora Renovar.

KAFKA É FICHINHA

Sergio Servulo*

Nos meus escritos, tenho acentuado a diferença entre a moralidade, a moral e o Direito. Tanto a moralidade quanto o Direito são processos sociais, assim como processos sociais são também a religião, a arte, a ciência, a política e a economia, entre outros.

A estes últimos classifico como processos sociais de primeiro grau, porque neles cabem as atividades primárias a que se dedicam os seres humanos. Já a moralidade e o Direito são processos sociais de segundo grau, ou normativos, porque sua tarefa consiste em disciplinar aqueles.

As regras da moralidade – regras costumeiras – são aplicadas pelas pessoas, ou pelo conjunto da sociedade, sem a instauração de um processo formal. As suas penas vão da mais leve – a fofoca – às mais graves: a rejeição, o exílio social, o linchamento, sem excluir as doenças psicossomáticas e o suicídio.

No princípio, o Direito pouco se diferenciava da moralidade, como se vê, por exemplo, na pena de talião (“olho por olho, dente por dente”). Percebe-se facilmente o quanto significou, para a humanidade, a adoção de normas jurídicas, no lugar de algumas regras de moralidade. Por exemplo: a regra jurídica – na verdade, a “norma”- é definida prévia e explicitamente, de modo que seus destinatários podem conhecê-la, e, ao transgredi-la, saber que a estão transgredindo, assim como qual a sanção a que se sujeitam.

Mesmo correndo o risco de fazer este editorial muito longo e maçante, recorro ao que escrevi em livro (Uma deusa chamada justiça; Martins Fontes; 2009):

“O governo não é senhor das vontades, e a obediência absoluta é juridicamente inexigível. Com a norma rompe-se a relação de suserania, irrompe a relação de cidadania. Sendo uma diretiva abstrata de comportamento, seu cumprimento depende do juízo, da consciência e da vontade do destinatário: instaura-se a liberdade.

[.....]

Se bem observarmos, veremos que essa é uma característica necessária de toda norma jurídica. Se a norma contiver uma sanção que represente, para seu destinatário, uma constrição absoluta, ou extremamente desproporcionada, deixará de ser uma categoria jurídica, e reverterá à forma primitiva da moralidade. “Contrario sensu”, não pode ser considerada como jurídica a determinação, ou injunção, cujo objetivo seja colocar, para o destinatário, um obstáculo insuperável. Com base no princípio da insubordinabilidade é que Galileu, assumindo sua condição humana, e não a de um animal acuado, poderia dizer hoje em voz alta, para todos ouvirem: “eppur si muove”.

O caráter distintivo do Direito moderno, face ao vigente em outras épocas, está no reconhecimento de um limite intransponível à soberania estatal. O Estado pode

SANTOS, Boaventura de Souza et..., “ A Crise dos Paradigmas em Ciências Sociais e os Desafios para o Século XXI.

SILVA, José Afonso, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Editora Malheiros, 14ª edição, 1998.

* Advogado.

condenar quem se recusa a prestar informação, manifestar vontade, ou praticar um ato determinado; mas não pode estabelecer execução específica dessa condenação, extorquindo do divergente essa informação, essa manifestação de vontade, ou a prática desse ato. É com este fundamento que se condena a tortura: a liberdade humana é uma instância tão lata quanto o Estado, ou mais alta que o Estado. “

Por que estou dizendo essas coisas? Porque, de algum tempo para cá, muitos juízes deixaram de fundamentar as suas decisões (como determina a Constituição, sob pena de nulidade), e passaram a aplicar, às partes, sanções arbitrárias, desproporcionadas e absurdas, não previstas em lei. Isso – que pode equivaler à antiga “morte civil” – significa, isto sim, a morte do Direito, um retorno à moralidade como único processo normativo, e o renascimento da barbárie.

“DELATOR INFORMAL”: O CASO LÉO PINHEIRO E O VALE TUDO PARA CONDENAR LULA

Tania Oliveira *

Adotando novos mecanismos de prevenção e repressão à criminalidade organizada, a legislação processual penal brasileira aderiu à figura da delação premiada, cuja criação tem como finalidade principal a facilitação das investigações do fato delitivo em toda a sua complexidade. Embora apareça em vários diplomas, a delação premiada é efetivamente delineada na Lei nº 12.850/2013, chamada de Lei das Organizações Criminosas⁴⁷⁰.

Do ponto de vista teórico, o legislador brasileiro pretendeu se utilizar da delação como meio de prova para qualquer espécie de crime, fato que suscita debates no meio jurídico e coloca em questão toda a essência do Estado Democrático de Direito. Isso porque o Estado transfere o ônus de apurar o cometimento de crimes para a palavra de quem os comete, oferecendo como contrapartida uma benesse punitiva. Ocorre que, no momento em que foi dado ao Estado o monopólio da *persecutio criminis* urge que se municie para obter êxito em tal tarefa. Seu fracasso não pode, em qualquer hipótese e sob qualquer pretexto, ser compensado com barganhas para a suposta elucidação de crimes.

Com a deflagração da chamada “Operação Lava Jato” da Polícia Federal, em março de 2014, os acordos de delação vieram para o centro dos debates. Desde então, o processo penal desse caso parece ter se transmutado em verdadeiro jogo de cartas, em que não se sabe onde termina a busca pela verdade, pela responsabilidade da prática dos delitos e definição de condutas, e onde residem os “blefes” dos delatores. O frenesi acusatório transformou a investigação em verdadeiro espetáculo de mídia, com vazamentos seletivos de depoimentos sigilosos, sem que se saiba de sua veracidade, limites ou recortes.

O sigilo dos acordos de delação transformou-se em uma armadilha, em que pessoas são “notificadas” de sua suposta citação em depoimento pela imprensa, não podendo defender-se diante do desconhecimento do teor das “acusações”. Por outro lado, a acusados oficialmente é negado acesso aos conteúdos de que é detentora a acusação, em violação evidente ao direito de ampla defesa e ao contraditório.

Do ponto de vista processual penal sabe-se que a delação premiada não tem valor de prova isoladamente. É um caminho investigativo que requer elementos objetivos. O afirmado pelo delator pode, ou não, ser algo real ou verdadeiro. É indispensável que ele indique onde estão as provas, sem o que a mera declaração dele não tem validade jurídica. A questão, tal como se mostra no caso da Operação Lava Jato, está em decifrar o que pode ser versão, e como tratar o que não se conclui como veracidade. Quando se

* Mestre em Direito, Assessora Jurídica do Senado.

⁴⁷⁰ Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm

concretizam condenações com base na declaração de acusados, há que se refletir sobre os desvios decorrentes da má utilização desse instituto.

O caso do empresário José Aldemário Pinheiro Filho, conhecido como Léo Pinheiro, é um capítulo à parte na novela das delações premiadas da operação Lava Jato. Os fatos mostram que a hipótese ultrapassa todas as barreiras no quesito de uso indevido do instituto, ou pior, na desconsideração de seus requisitos para validade processual.

Com efeito, Léo Pinheiro prestou depoimento ao juiz Sérgio Moro nos autos da Ação Penal 5046512-94.2016.404.7000/PR no dia 20 de abril de 2017, na condição de corréu, sem qualquer obrigação de dizer a verdade, e em meio a um debate acerca do acordo de delação premiada com o Ministério Público Federal.

A defesa do ex-presidente Lula oficiou, então, ao juiz Sérgio Moro para que o MPF esclarecesse o status das negociações de acordos de delação com José Adelmário Pinheiro Filho e Agenor Franklin Magalhães Medeiros, bem assim os benefícios oferecidos a ambos. Ao indeferir o pleito da defesa, o magistrado afirmou que a questão já havia sido objeto das audiências de interrogatório, nas quais os acusados declararam que estariam tentando celebrar um acordo de delação premiada, mas que nada teria sido ultimado e nenhuma oferta de benefício concreto teria já sido realizada, negando ao acusado Luiz Inácio Lula da Silva o acesso a elementos de prova já documentados.

A Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal possui redação de clareza inquestionável sobre o direito de defesa: *“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”*⁴⁷¹

Mostra-se evidente que os corréus prestaram depoimento para que os órgãos de investigação verificassem se a indicação de fatos potencialmente imputáveis ao ex-presidente Lula constituiriam condição para destravar os acordos de delação, cuja negociação vinha sendo operada há vários meses. Desse modo, o testemunho de Léo Pinheiro era a condicionante para ajustar o pacto, donde facilmente se conclui que somente as “informações” que prestasse sobre o ex-presidente Lula o qualificariam a receber os benefícios do acordo. O paradoxo é que, não estando comprometido, depondo na condição de réu, não lhe poderia ser cobrado qualquer compromisso de falar a verdade. Ao mentir, buscou legitimar-se para conseguir as benesses que o trato com o Ministério Público lhe traria sem que, com isso, restasse comprometida sua autodefesa.

Malgrado esse fato, a defesa do empresário solicitou, na oportunidade da apresentação de memoriais⁴⁷² na ação em que responde junto com o ex-presidente Lula o reconhecimento da “colaboração” e a aplicação dos dispositivos penais pertinentes aos benefícios legais previstos em seu favor, pedindo a redução da pena em 2/3 e a modulação para regime mais favorável.

⁴⁷¹<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=14.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>

⁴⁷² <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/06/A-TROCA-.pdf>

Espantosamente, em suas já famosas alegações finais - em que evoca a obviedade elementar de Sherlock Holmes na “lógica abdutiva” da teoria explanacionista – o Ministério Público Federal concorda que houve colaboração do réu Léo Pinheiro, requerendo redução da pena pela metade por ter ele “prestado colaboração relevante para o esclarecimento dos fatos, mesmo sem acordo formal de colaboração.”

Por seu turno, nas 218 páginas da sentença em que condena o ex-presidente Lula a 9 anos e meio de prisão, o juiz Sérgio Moro, após fazer toda sorte de considerações que impediriam, a toda evidência, a valoração do depoimento de Léo Pinheiro como delação premiada, assevera, contudo:

“Ainda que tardia e sem o acordo de colaboração, é forçoso reconhecer que o condenado José Adelmário Pinheiro Filho contribuiu, nesta ação penal, para o esclarecimento da verdade, prestando depoimento e fornecendo documentos.

(...)

“Sendo seu depoimento consistente com o restante do quadro probatório, especialmente com as provas documentais produzidas e tendo ele, o depoimento, relevância probatória para o julgamento, justifica-se a concessão a ele de benefícios legais” (pag. 209/210 da sentença)

Afirma, ainda, que adotou, para a concessão dos benefícios, os parâmetros do acordo de delação de Marcelo Bahia Odebrecht, Presidente da Odebrecht, e que praticou crimes em condições materiais e pessoais similares a José Adelmário Pinheiro Filho.

São de diversas naturezas os erros e distorções existentes no processo de valoração de “provas” obtidas com o depoimento de Léo Pinheiro.

Em primeiro lugar, juiz e Ministério Público Federal fizeram, em sede de alegações finais e sentença, explicitamente, reconhecimento de delação premiada sem que tenha havido um acordo celebrado com o próprio MPF. E pactuaram a concessão de benefícios em favor do réu Léo Pinheiro, por ter ele afirmado que o imóvel Triplex, na praia do Gaurujá, pertence ao ex-presidente Lula. Criaram, desse modo, a figura do “delator informal”, inexistente no ordenamento jurídico pátrio, fazendo uma espécie de trampolim jurídico, ao saltar abertamente o que dispõe o art. 6º, da Lei nº 12.850/2013, sobre a forma das delações premiadas, inescusável para lhes conferir validade.

Seguindo seu intento, na página 211 da sentença, o juiz consegue se esmerar nas inovações principiológicas. Ao repetir o óbvio que a concessão do benefício ao réu está condicionada à confirmação do tribunal de apelação, trata da “continuidade da colaboração” e na obrigação do réu de falar a verdade.

*“A concessão do benefício fica ainda condicionada à **continuidade da colaboração, apenas com a verdade dos fatos** em todos os outros casos criminais em que o condenado for chamado a depor.*

*Caso constatado, supervenientemente, **falta de colaboração ou que o condenado tenha faltado com a verdade**, o benefício deverá ser cassado.”* (grifos meus)

A confusão propositada que faz a sentença, assumindo como delação premiada o depoimento de um corréu que, efetivamente, não firmou esse compromisso e – pasme – exigindo que se comprometa com a verdade durante interrogatórios vindouros, como uma ameaça, expõe o documento ao patamar do absurdo jurídico, logrando desvirtuar

os princípios mais basilares do direito. Se discordância houver de que interrogatórios são procedimentos doutrinária e jurisprudencialmente considerados meios de defesa, ninguém ignora que a todo investigado é assegurado o direito constitucional ao silêncio e o de não produzir provas contra si mesmo.

Já condenado pelo juiz Moro a 16 anos e 4 meses de reclusão em outra ação por corrupção ativa, lavagem de dinheiro e organização criminosa, preso pela primeira vez em novembro de 2014 e posto em prisão domiciliar pelo STF, o empresário Léo Pinheiro prestou vários depoimentos ao longo de quase 3 anos de investigação, sempre negando qualquer envolvimento do ex-presidente Lula no chamado “caso Triplex”. Os acordos de delação premiada foram sucessivamente rejeitados justamente por não mencionarem o ex-presidente. Em setembro de 2016, 15 dias após o MPF desacolher a primeira oferta de tratado de delação, o empresário foi novamente preso pelo juiz Moro e em novembro teve sua pena aumentada em 10 anos.

Finalmente, mais de dois anos após a primeira prisão, vendo sua situação agravar-se a cada dia, Léo Pinheiro prestou, em abril de 2017, o depoimento que Dallagnol e Moro consideram que “colaborou” com a investigação: repetiu a versão já adotada pelo Ministério Público Federal de que Lula é o verdadeiro proprietário do imóvel apartamento Triplex, 164-A, Edifício Salina, Condomínio Solaris, no Guarujá, no litoral paulista, parcialmente reformado, em troca de ter beneficiado indevidamente a empreiteira OAS em três contratos do consórcio CONEST/RNEST, lesivos à Petrobras. Criou o empresário, adicionalmente, diálogos entre ele e o ex-presidente Lula que ninguém mais presenciara, em que teria sido instado a destruir provas.

A inverossimilhança do depoimento prestado pelo empresário Léo Pinheiro, argumentos produzidos de modo inválido, após anos de pressão e dada sua condição de réu preso é latente, sobretudo se contrastada com o depoimento das 73 testemunhas ouvidas em 24 audiências na ação penal e os documentos carreados aos autos. Mereceu, nada obstante, 29 parágrafos na sentença do juiz Sérgio Moro.

Agregada à disposição do órgão denunciante e do juiz de conferi-lhe - a despeito da norma e da burla ao procedimento - o valor de delação premiada, o depoimento de Léo Pinheiro poderia nos conduzir à sedução de utilizar, com maior propriedade, os mesmos critérios da lógica abductiva adotada por Deltan Dallagnol nas alegações finais na mesma ação penal, e citar o famoso investigador inglês da obra de ficção. Quais as hipóteses fáticas que se apresentam para explicar a evidência? a) o depoimento foi fabricado? b) a versão foi combinada? c) a criação da figura do “delator informal” é bonificação para justificar o enredo do vale tudo para condenar o ex-presidente Lula? d) todas as alternativas estão corretas?

“- Elementar, meu caro Watson!”

A CONDENAÇÃO DE LULA POR SÉRGIO MORO NA VISÃO DE UM ADMINISTRATIVISTA

Tarso Cabral Violin *

O juiz midiático Sérgio Moro, herói para alguns, vilão para outros, juiz da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, expediu sentença em 12 de julho de 2017 que condenou o ex-presidente do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010), Presidente do Honra do Partido dos Trabalhadores, a nove anos e seis meses de reclusão. A sentença cita os crimes de corrupção passiva, por suposto recebimento de vantagem indevida do Grupo OAS, em decorrência de contratos com a Petrobras – Petróleo Brasileiro S.A.; e lavagem de dinheiro envolvendo suposta ocultação e dissimulação de titularidade (e suposto benefício em reformas realizadas) de apartamento tríplice, situado no condomínio Solaris, no Guarujá, litoral de São Paulo.

O juiz de primeira instância entendeu que nas investigações da Operação Lava Jato foram colhidas provas de que empresas privadas contratadas pela Petrobras, uma sociedade de economia mista que faz parte da Administração Pública federal indireta, pagariam vantagens indevidas a dirigentes da empresa estatal, mas que também surgiram “elementos probatórios” de que o esquema criminoso serviu para corromper agentes políticos como o ex-presidente Lula.

Segundo o Ministério Público Federal e o juiz Moro aos agentes políticos cabia dar sustentação à nomeação e à permanência dos cargos da Petrobras dos referidos diretores e, para tanto, recebiam remuneração periódica. Para o Ministério Público e Moro, Lula teria participado conscientemente do esquema criminoso, inclusive tendo ciência de que os diretores da Petrobras utilizam seus cargos para recebimento de vantagens indevidas em favor de agentes e partidos políticos. Lula teria recebido o valor de R\$ 3.738.738,00 por meio do tríplice reformado, com “estratagemas subreptícios para ocultar as transações”.

Foi externalizado na sentença que segundo o Ministério Público, Lula era o responsável pela indicação dos nomes dos diretores da Petrobras ao Conselho de Administração da empresa estatal e que Lula dirigiu o esquema criminoso. Ficou famoso o dia em setembro de 2016 quando o Ministério Público apresentou uma “arte” no PowerPoint mostrando Lula no centro de várias acusações como chefe de todo o esquema do que eles chamam de “propinocracia”, e a frase de que não havia provas, mas convicção de que o ex-presidente era culpado. A defesa de Lula alegou, entre outras questões, que o ex-presidente não tinha conhecimento dos crimes ocorridos na Petrobras e que não houve qualquer ato de ofício de Lula nas licitações e contratos citados, e pediu a absolvição. Estranhamente, durante o processo Moro negou (28.10.2016) pedido da

* Advogado em Curitiba, professor de Direito Administrativo em diversas instituições no Estado do Paraná, mestre em Direito do Estado e doutorando em Estado e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Paraná, vice coordenador do Núcleo de Pesquisa em Direito do Terceiro Setor do PPGD-UFPR, membro da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, e autor dos livros “Gestão de Serviços Públicos” e “Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica”.

defesa de Lula de juntada pela Petrobras de todas as atas de reuniões de Conselho de Administração, conselho Fiscal e das comissões de licitação no período de 2003 a 2016. Negou também a juntada integral de cópia dos documentos relativos aos processos de licitação e contratos relativos ao que se discute na operação.

Analisando as 218 páginas da sentença, não há qualquer prova de que o ex-presidente - ele, pessoa física - tenha recebido o tríplex de presente da empreiteira. Não há também qualquer prova de que algum membro de sua família tenha recebido esse presente. Mas, mesmo se houvesse alguma prova contra algum familiar de Lula, não há qualquer prova contra o ex-presidente. Moro chega a confessar na sentença que sobre termos de adesão sem assinatura encontrados na residência de Lula “não foi possível identificar a autoria dos manuscritos ou o momento temporal das rasuras”, mas o próprio magistrado tenta demonstrar como prova contra Lula, pasmem, várias matérias jornalísticas do jornal “O Globo”. Não há qualquer prova de que Lula fez tratativas com a empreiteira sobre o apartamento e, ainda, não há provas de que supostamente seus familiares teriam tratado com a empresa. Mesmo assim, o juiz alega na sentença de que “sobre esses fatos, o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva não apresentou explicação concreta nenhuma”. Varias testemunhas citadas na sentença dizem que “ouviram falar” que o imóvel era de Lula. Prova concreta, contra Lula, nenhuma. Ou seja, Moro inverte o ônus da prova e quer que Lula explique algo que ele não teve qualquer gerência. A única prova no processo contra Lula é testemunhal, de Leo Pinheiro, ex-presidente da OAS, criminoso confesso que, para não cumprir pena restritiva de liberdade, disse, em delação premiada, que tratou com Lula sobre as reformas no tríplex. Moro confessa: “não há nenhuma dúvida de que os depoimentos de José Adelmário Pinheiro Filho e de Agenor Franklin Magalhães Medeiros são questionáveis, pois são eles criminosos confessos que resolveram colaborar a fim de colher benefícios de redução de pena. Mas isso não significa que os depoimentos não possam ser verdadeiros”. Claro que é possível que os depoimentos sejam verdadeiros, mas a sentença não pode se basear apenas nesses depoimentos. Mas mesmo se houvesse alguma prova nesse sentido, contra Lula, não há qualquer prova no processo de que houvesse crime de corrupção nesse recebimento.

Sobre como Lula seria, supostamente, um corruptor passivo, Moro se utiliza, das 218 laudas da sentença, de apenas 32 laudas (p. 153-184) para tratar da corrupção e tentar demonstrar uma prova inexistente e, pasmem, apenas 19 páginas sobre a suposta corrupção de Lula (p. 166-184).

Segundo a denúncia do Ministério Público, a OAS participava de cartel de empreiteiras, ganhou, mediante ajuste, obras contratadas pela Petrobras por meio de três contratos com valor aproximado de R\$ 6,5 bilhões, e teria pago propina de três por cento a agentes públicos da Petrobras e a membros de partidos políticos e políticos. O mais interessante é que 3% de R\$ 6,5 bilhões é R\$ 195 milhões, e o suposto “chefe da quadrilha” teria recebido apenas 3,7 milhões.

O art. 317 do Código Penal determina que é corrupção passiva solicitar ou receber para si, em razão de sua função, vantagem indevida ou aceitar promessa. Não há qualquer prova no processo de que Lula tenha exercido ato de ofício com o intuito de oferecer vantagem indevida a quem quer que seja.

Na Petrobras quem assinava os contratos eram seus diretores de área. Não era nem o Diretor-Presidente da estatal, nem os membros do Conselho de Administração da empresa, nem o Ministro das Minas e Energia e, muito menos, o presidente da República. De forma correta, talvez pelo desconhecimento de como funciona a Administração Pública por parte do senhor Moro, Lula explicou em seu depoimento em Curitiba, didaticamente, que o presidente da República indica o Conselho de Administração da Petrobras, que indica os nomes dos diretores. Moro usa essa afirmação contra Lula na sentença, como se isso fosse prova de crime, como se isso não ocorresse em todos os governos de coalizção antigos e futuros no Brasil, seja no âmbito federal, estaduais e municipais, ou em outros países ocidentais europeus e americanos.

Um fato curioso é que o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras, aprovado pelo Decreto 2.745/1998 pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso (PSDB, de 1995-2002), pode ter sido desrespeitado. Regulamento que vários juristas, inclusive o maior administrativista brasileiro, Celso Antônio Bandeira de Mello, apontam como um dos responsáveis pelo aumento de corrupção na Petrobras, uma vez que retirou as licitações e contratos da empresa da batuta jurídica da Lei 8.666/93, a lei nacional das licitações e contratos, mais rígida contra desmandos. De qualquer forma não foi Lula que desrespeitou a norma, e não há prova que Lula tenha atuado ou pressionado para que alguém na Petrobras desrespeitasse o regulamento.

Sobre o tema, novamente apenas colaborações premiadas de criminosos confessos. O ex-senador Delcídio Amaral (ex-PSDB e ex-PT) declarou que havia distribuição de cargos pelo governo federal na Petrobras para arrecadação para partidos políticos, e que isso era de conhecimento de Lula, mas que não chegou a tratar disso diretamente com o ex-presidente. Ou seja, nenhuma prova contra Lula, apenas um “ouvi dizer” de um criminoso confesso.

Outro criminoso confesso, em colaboração premiada, o ex-deputado Pedro Correa (PP) alegou que já houve intervenção pessoal de Lula pela nomeação de diretor da Petrobras. Mas isso não prova nada, indicações políticas em empresas estatais ocorrem no mundo inteiro, ocorre na Alemanha, na França, os partidos que compõem um governo de coalizção indicam nomes a serem chancelados pelo Chefe do Poder Executivo, Ministros ou Conselhos de Administração de empresas estatais. Não há qualquer prova, nem mesmo testemunhal, de que Lula tenha indicado algum nome com o intuito específico de que o indicado participasse de algum esquema de corrupção.

Por fim, Moro aduz que “é forçoso reconhecer o mérito do Governo do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva no fortalecimento dos mecanismos de controle, abrangendo a prevenção e repressão, do crime de corrupção, especialmente nos investimentos efetuados na Polícia Federal durante o primeiro mandato, no fortalecimento da Controladoria Geral da União e na prevenção da independência do Ministério Público Federal mediante a escolha, para o cargo de Procurador Geral da República, de integrante da lista votada entre membros da instituição”. O juiz midiático conclui que “parece pouco estranho” que Lula não tivesse conhecimento do esquema de corrupção, como se isso fosse suficiente como prova contra o ex-presidente. E “puxa a orelha” de Lula pelo ex-presidente não ter concordado com a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 470 do chamado “Mensalão”. Como se os maiores juristas e penalistas do país também não tivessem sérias ressalvas contra a decisão política e pouco jurídica do STF naquela ocasião. Saliente-se que Moro não decidiu conforme o que alegou o

Ministério Público no famoso PowerPoint, no sentido de que Lula seria o artífice principal do esquema criminoso na Petrobras.

Moro, com essa sentença e demais atuações pretéritas e futuras, ficará marcado para a história como o juiz de primeira instância que tentou, com apoio de parte importante da mídia e da elite financeira, sem qualquer fundamentação fática e legal, barrar que o ex-presidente mais popular da história brasileira, líder disparado em todas as pesquisas, tentasse voltar ao poder por meio do voto direto dos eleitores brasileiros em 2018.

Rui Barbosa já teria dito que de tanto ver triunfar as nulidades, crescer a injustiça, agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, as pessoas chegam a desanimar. Os juristas que defendem, de forma intransigente, a democracia social contra o punitivismo, o neoliberalismo e o fascismo, jamais desanimarão!

A SENTENÇA DE MORO: “XEQUE MATE” E CHEQUE SEM FUNDOS

Tarso Genro*

Quem leu a sentença do juiz Sergio Moro que condenou o presidente Lula, sem as paixões imediatistas determinadas pela luta política em curso (da qual ela faz parte), pode até compreender os elogios solidários de alguns dos seus pares corporativos que circularam com uma rapidez estranha, mas dificilmente ficará convencido que tal decisão poderia prosperar num tribunal neutro, sem o uso das “razões de exceção”, que tem pautado – até aqui – as ações penais contra o ex-presidente. Falta de fundamentação lógica, método indutivo-analítico na apreciação dos depoimentos sem cotejamento do seu valor probatório, eleição de relevância e irrelevância de fatos, segundo uma opção já feita pela condenação, e claro viés político. Sequência do massacre midiático, patrocinado de forma consciente pela maioria da mídia tradicional, que foi guindada, inclusive, à condição de processante “ex-ofício”, através das suas manchetes arbitrárias.

Adotado este método e esta visão processual-penal, todos os réus que foram alvo de delação premiada – refiro-me aos acusados de tirarem algum proveito dos financiamentos das empreiteiras – independentemente das defesas que apresentarem, deverão ser inapelavelmente condenados. O motivo é simples: a convicção do Magistrado não precisa mais fundamentar-se no processo, mas pode emergir da convicção programada ou voluntária, fora dos autos, logo, formada no espaço da política e do contraditório partidário. Isso é válido para qualquer réu, de qualquer partido ou de qualquer empresa apontada como corruptora. A sinalização que está dada pelo STF, todavia, não é essa, pois à medida que os processos avançam sobre os protagonistas do golpe e os “defensores” das reformas, a Corte Suprema tem revalorizado os princípios da presunção de inocência, da ampla defesa e as formas não-excepcionais do devido processo legal.

Enganam-se, porém, os que pensam que o juiz Moro é um diletante em matéria jurídica, que se “equivocou” numa sentença importante. Sua eleição, pelo oligopólio da mídia, à condição de primeiro homem da lei, que instou o Supremo a mudar suas interpretações históricas, em matéria de garantias constitucionais – para superpor as necessidades do processo político às garantias do Estado de Direito (porque o “país tem pressa” no combate à corrupção) – garantiram a Moro que ele passaria a ter estatuto político para dar um “xeque-mate” no país. E assim ele o fez, porque todas as alternativas que a sua sentença lega, ou prolongam a crise, ou abrem um vasto espaço para a impunidade, ou deslegitimam, ainda mais, a esfera da política, se promoverem a ausência de Lula na disputa presidencial de 18.

Primeira hipótese, “prolongam” a crise através da crise do Poder Judiciário, porque a sentença de Moro vem à luz, precisamente, quando os seus métodos de investigação e suas decisões de manutenção das prisões infinitas, começam a ser glosadas por outras instâncias, o que denuncia, portanto, a sua seletividade. Segunda hipótese, abrem um “vasto espaço de impunidade”, porque a retorsão, eventualmente feita pelo STJ e pelo

* Tarso Genro foi Governador do Estado do Rio Grande do Sul, prefeito de Porto Alegre, Ministro da Justiça, Ministro da Educação e Ministro das Relações Institucionais do Brasil.

Supremo – para restabelecer as garantias da presunção da inocência e do trânsito em julgado para o cumprimento das penas – beneficiarão diretamente a próxima geração de réus, culpados ou não – originários do golpismo – que já estão sendo soltos ou ainda não foram julgados. Terceira hipótese, se a sua sentença excludente de Lula for simplesmente mantida ou agravada, qualquer Presidente eleito em 18 não vai ter nenhuma legitimidade para governar.

Assim, quaisquer que sejam as decisões adotadas pelas instâncias superiores (porque todo o processo foi um rosário de exceções e seletividades) a partir de agora – mantendo a sentença, reformando-a para absolver Lula ou aumentando a pena – elas reforçarão a crise política, abalarão a confiança no Poder Judiciário, mais do que já está abalada, aguçarão a radicalidade do confronto de classes no país e permitirão que a agenda nacional continue sendo controlada pelo oligopólio da mídia. O mesmo oligopólio que produziu a incriminação fascista -em abstrato- dos partidos e dos políticos, colocando no mesmo plano, os honestos, os que usaram a tradição deformada do caixa 2 e os que viverem e sobreviveram na escola da propina e do crime.

A sentença de Moro – fraca, condenatória sem provas e previamente decidida na esfera da difusão da informação – é um “xeque-mate” na República, que não tem uma elite política no Parlamento, capaz de resistir à decomposição, que especialmente o PMDB e o PSDB, ora promovem na nossa democracia em crise. Mas a sentença também é um cheque sem fundos, que paga um serviço à direita liberal tutora das reformas, cuja maioria no Congresso pode cair no patíbulo imprevisível dos processos sem lei ou pelo julgamento do povo soberano, que eles ludibriaram para fazer as reformas, como se estivessem preocupados com a corrupção. Um “xeque-mate”, combinado com um cheque sem fundos, que repete, como farsa, a era berlusconiana na Itália das “mãos limpas”, que se tornaram mais sujas.

A SENTENÇA CONDENATÓRIA DO PRESIDENTE LULA COMO UMA AFRONTA AO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Tatyana Scheila Friedrich *

Larissa Ramina **

“A justiça, cega para um dos dois lados, já não é justiça.

Cumpre que enxergue por igual à direita e à esquerda.”

Rui Barbosa

O Direito Internacional dos Direitos Humanos se consolidou em função da necessidade de se estabelecer um mínimo de direitos e garantias aos indivíduos independentemente de sua origem, nacionalidade ou vínculo a algum país específico. As atrocidades cometidas pelos regimes nazifascistas demonstraram que os direitos previstos internamente não seriam suficientes pois a qualquer momento poderia aparecer uma autoridade estatal arbitrária e simplesmente retirar todos os direitos da população, de parte dela ou de pessoas individualizadas, por uma forma pessoal de pensamento e justificativa. Assim, após a 2ª. Guerra Mundial esse ramo jurídico foi se afirmando, a partir da luta envolvendo pessoas, organizações e Estados engajados em sua promoção.

Entende-se que ele é composto por três vertentes bastante amplas que incluem o Direito Internacional Humanitário, que trata da proteção das pessoas em situações de conflitos armados, o Direito Internacional dos Refugiados, que procura proteger os seres humanos que sofrem perseguições e se enquadram no conceito de “refugiado” e o Direito Internacional dos Direitos Humanos propriamente dito, que engloba um amplo rol de direitos individuais e coletivos, tanto no campo dos direitos civis e políticos quanto no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais, além daqueles ligados a bioética. Na terceira vertente encontram-se os direitos ligados ao tema da justiça, incluindo-se aí as garantias processuais que devem ser respeitadas em relação às pessoas que estão submetidas a processos administrativos e judiciais, que interessa ao presente estudo.

Na questão envolvendo processos judiciais, o princípio central e que dá origem a todas as garantias do jurisdicionado e que, portanto, deve ser respeitado por todos os envolvidos, inclusive a autoridade julgadora, é o princípio do devido processo legal. Ele incorpora os valores essenciais a qualquer julgamento: ampla defesa, contraditório, duplo grau de jurisdição, fundamentação, juiz natural, paridade de recursos, presunção de inocência, vedação de provas ilícitas e verdade real.

A sentença proferida pelo juiz Sérgio Moro, da quarta vara da Justiça Federal de Curitiba, em julho de 2017, no processo em que figurou como réu o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e condenou-o a nove anos e meio por corrupção passiva e lavagem de dinheiro, apresenta várias inconsistências e graves violações a esse princípio basilar e suas

* Professora de Direito Internacional Privado na UFPR, com Pós-Doutorado em Migração e Trabalho na Fordham University (EUA).

** Professora de Direito Internacional Público na UFPR, com Pós-Doutorado em Direito Internacional pela Université de Paris Ouest Nanterre La Défense (França).

dimensões, previstos tanto nos textos internacionais vigentes no âmbito regional quanto aqueles de caráter universal.

O tema dos direitos humanos sempre foi uma preocupação nas Américas, local onde surgiu o primeiro documento internacional de direitos humanos: a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, cuja promulgação ocorreu em abril de 1948, na mesma ocasião da criação da própria OEA. A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU alguns meses depois, em dezembro do mesmo ano. De acordo com Lindgren Alves,

A Declaração Americana difere da Declaração Universal em termos de conteúdo porque não é apenas uma declaração de direitos. Ela estabelece não somente os direitos inerentes a todos os seres humanos, dotados de atributos inatos de dignidade, liberdade e igualdade. Em função dos atributos igualmente congêntos de razão e consciência da pessoa humana, ela estabelece também deveres correlatos a esses direitos.

De acordo com o segundo parágrafo de seu Preâmbulo: “Se os direitos exaltam a liberdade individual, os deveres exprimem a dignidade dessa liberdade”. Procura-se assim a adequação do documento à doutrina jurídica tradicional de que a cada direito corresponde um dever.⁴⁷³

Sobre o acesso à justiça, a Declaração Americana enuncia em seu artigo 18, que “Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente”. Na sequência, o artigo 26 trata da presunção de inocência do acusado e dos princípios que devem reger o depoimento, o julgamento e a determinação da pena.

Artigo XXVI. Parte-se do princípio de que todo acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade. Toda pessoa acusada de um delito tem direito de ser ouvida em uma forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas.

Nesse ponto inicial já pode se verificar as irregularidades em todo o processo, desde o depoimento do Lula, quando vídeos mostraram atitudes do juiz com forte parcialidade, má vontade em relação aos seus defensores e interrupções das intervenções. A pena imposta, de nove anos e seis meses, pode ser considerada infamante, pois é de conhecimento geral a ironia do juiz de chamar, no âmbito privado, o réu pela denominação de “nine”, em referência ao fato de Lula ter apenas nove dedos, em função de acidente de trabalho que sofreu. Uma verdadeira agressão à honra do ser humano.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada na Assembleia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1948 e tratou da temática de direitos humanos de forma aprofundada e abrangente, com o mérito de aglutinar os direitos civis e políticos e também os direitos econômicos e sociais, numa concepção universalista e indivisível.

⁴⁷³ ALVES, José Augusto Lindgren. A arquitetura internacional dos direitos humanos. Coleção Juristas da Atualidade – coord. Hélio Bicudo. São Paulo: FTD, 1997, p.272

Na mesma linha da Declaração anterior o artigo 10º da Declaração Universal trata de direito ligado a processo judicial. *“Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um Tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela.”*. O artigo seguinte trata do princípio do *in dubio pro reo*.

Artigo 11º. 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

As atitudes do juiz na mídia, anteriormente à sentença, suas declarações, a presença e manifestação em diversos eventos para falar do processo, a proximidade com os membros do Ministério Público envolvidos no caso, as fotos retratando relação pessoal com adversários políticos do Presidente Lula e o fato de ter familiares diretos ligados a partido político que sempre fez oposição eleitoral e governamental ao Presidente, foram demonstrações que facilmente levam à percepção de existência de intenção de condenar o réu, por motivação pessoal, independente dos autos. Isso rompe com a exigência da independência e imparcialidade do juiz e com a presunção de inocência, previstos nos artigos em referência.

No plano das Convenções de Direitos Humanos, enquanto tratados internacionais ratificados pelos Estados, portanto com caráter vinculante, os princípios processuais também estão previstos. A Declaração Universal sempre foi uma referência mundial em termos de direitos humanos mas, para suprir a sua falta de juridicidade, foram celebrados em 1960 dois Tratados sob os auspícios da ONU: O Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, direcionados aos indivíduos, detentores dos direitos no texto descritos, e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, direcionados aos Estados-partes, que se comprometem a fazer prestações positivas a fim de implementá-los.

O Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (Pacto de Nova Iorque) estabelece em seu art. 14, §1º, que *“Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça”*. Sobre essa igualdade, importante demonstrar o vício na sentença ao não tratar o Presidente Lula de forma igualitária e, ao contrário, aumentar a pena por ter sido Presidente da República.

Já na Organização dos Estados Americanos, a Resolução III da Quinta Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores dos países americanos, realizada em 1959, recomendou ao Conselho Interamericano de Jurisconsultos a elaboração de projetos de criação de uma Convenção de Direitos Humanos e de um sistema institucional de Proteção dos Direitos Humanos. Assim, o sistema interamericano deixou de ser meramente declaratório e tornou-se mais efetivo com o surgimento, em 1969, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José, que entrou em vigor em 1978. Dentre os vários direitos ali previstos, destaca-se o 8º.:

Artigo 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra

natureza.2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa (...).

Sobre a parte 1 do artigo, a garantia de um “juiz ou tribunal competente” não foi observada no caso ora analisado. A competência do juiz Sérgio Moro foi questionada pela defesa tendo em vista que ele avoca para si inúmeras ações que não seriam de sua competência, que deve ficar adstrita ao caso da Petrobrás. Então se verifica um esforço do referido juiz para ligar os fatos a Petrobras e assim julgar pessoalmente o caso envolvendo o ex-Presidente Lula.

A exigência de se comprovar legalmente a culpa é outra parte crítica da sentença do juiz Sérgio Moro, tendo em vista que o Presidente Lula nunca teve a propriedade, a posse e nem mesmo a chave do triplex. Do mesmo modo, não restou comprovado benefício econômico decorrente deste bem e, sem isso, não é possível se configurar ato de corrupção nem lavagem de dinheiro.

Ora, o princípio do juiz natural existe justamente para evitar a parcialidade das decisões, afastando a possibilidade das partes e seus advogados escolherem pessoalmente os juízes e dos juízes de iniciarem as causas que lhes interessem, sem a iniciativa das partes.

O “Estatuto de Roma”, tratado internacional que criou o Tribunal Penal Internacional (TPI), foi assinado em 1988 em Roma e entrou em vigor no dia 1º de julho de 2002, após do sexagésimo depósito de instrumento de ratificação. Foi um marco na história do direito internacional pois pela primeira vez se estabeleceu uma corte judicial internacional para julgar criminosos de guerra e perpetradores de genocídio e crimes contra a humanidade, quando não forem julgados por seus tribunais nacionais. Finalmente o mundo se mostrou pronto para criar um tribunal de caráter permanente e se livrar dos tribunais de exceção, criados pelos vencedores nos períodos posteriores às guerras ou pelo Conselho de Segurança da ONU para julgar situações localizadas. O Brasil ratificou o Tratado de Roma, realizando o depósito do instrumento de ratificação em 2002.

No texto do Estatuto há diversos princípios relativos a processo, referindo-se, por exemplo, a *garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional*, tal como descrito no artigo 17, 2. O artigo 66 traz a presunção de inocência e no seu item 3, é taxativo: *3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.* A dúvida, o debate, a existência de posições diferenciadas entre os juízes, portanto, devem levar à inocência do réu e não a sua condenação. Eis um dos muitos exemplos da sentença que mostra dúvida, tendo em vista que o Presidente não realizou ato de ofício: *866. Na jurisprudência brasileira, a questão é ainda objeto de debates, mas os julgados mais recentes inclinam-se no sentido de que a configuração do crime de corrupção não depende da prática do ato de ofício e que não há necessidade de uma determinação precisa dele.*

Diante de todo o exposto, fica demonstrado como a sentença do juiz Sérgio Moro viola vários dispositivos internacionais de direitos humanos. Como servidor do Estado Brasileiro, como profissional do Poder Judiciário e como cidadão, o juiz teria obrigação de respeitá-los, garantindo a dignidade humana. Como isso não aconteceu, sua sentença deve ser revista.

Nas palavras de Antonio Augusto Cançado Trindade, ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos e atual juiz na Corte Internacional de Justiça,

*Cabe, pois, naturalmente aos tribunais internos interpretar e aplicar as leis dos países respectivos, exercendo os órgãos internacionais especificamente a função de supervisão, nos termos e parâmetros dos mandatos que lhes foram atribuídos pelos tratados e instrumentos de direitos humanos respectivos. Mas cabe, ademais, aos tribunais internos, e outros órgãos dos Estados, assegurar a implementação a nível nacional das normas internacionais de proteção, o que realça a importância de seu papel em um sistema integrado como o da proteção dos direitos humanos, no qual as obrigações convencionais abrigam um interesse comum superior de todos os Estados Partes, o da proteção do ser humano.*⁴⁷⁴

Caberá, então, ao Tribunal revisor da decisão, garantir essa proteção do ser humano, revendo decisão tão descabida e que afronta os princípios processuais previstos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

⁴⁷⁴ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. (Ed) A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro. San Jose, Costa Rica: Co-edição: IIDH, ACNUR, CICV, CUE, 1996. 216-217.

PREVALÊNCIA DAS CONVICÇÕES NA CONDENAÇÃO DE LULA

Valeir Ertle*

O Brasil assiste estarrecido ao discurso da prevalência, novo argumento utilizado pela classe dominante para impor seus interesses políticos e econômicos, contrariando garantias legais e constitucionais. No mundo do trabalho foi a *prevalência do negociado sobre o legislado*, que serviu de base para aprovar uma legislação retrógrada, que afronta os direitos conquistados em nosso longo e inconcluso processo civilizatório.

No âmbito criminal é a prevalência das convicções, no caso políticas e ideológicas, sobre os direitos individuais e as garantias constitucionais. A condenação sem provas do melhor, mais popular e mais reconhecido presidente da República do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, revela como a prevalência das convicções político-ideológicas sobre a presunção de inocência até prova em contrário, prevista em nosso arcabouço jurídico, leva à condenação, sem provas, de inocentes.

A aliança estratégica de um grupo de promotores, de potentes meios de comunicação e de facções partidárias com um juiz politicamente engajado tem resultado na destruição de empresas brasileiras que atuam em setores estratégicos para o país e à condenação de inocentes, enquanto os verdadeiros criminosos são beneficiados por delações sem provas.

A referência fundamental destes senhores da Casa Grande está no direito penal do inimigo, do doutrinador alemão Günter Jakobs, que há mais de vinte anos vem sendo disseminada pelo mundo. Tendo como base esta teoria, Lula vem sendo tratado como inimigo do Estado e, como tal, recebe um tratamento discriminatório e diferenciado. Mas, Lula é vítima e inocente. Ao invés de ser condenado deveria ser condecorado pelas políticas públicas e pelo aparelhamento e fortalecimento da polícia federal que realizou durante seus governos.

O ex-presidente não é tratado como um cidadão portador de direitos porque apesar da persistente, enfática e sistemática campanha da Globo - de forma articulada com promotores e Moro - contra suas realizações e sua reconhecida liderança política, as pesquisas o apontam em primeiro lugar na disputa para presidente. Tratam-no como um inimigo que precisa ser aniquilado para assegurar a dominação de uma classe proprietária gananciosa e submissa aos interesses do capital internacional. A intelectualidade de extrema-direita tem encontrado na teoria do direito penal do inimigo fonte de inspiração para suas ações contra seus adversários. O que o mundo tem presenciado no Brasil não é outra coisa do que a aplicação desta teoria de inspiração nazista e preconceituosa.

Com base nesta teoria a punição do inimigo é antecipada, por isso sustentada em convicções e não por provas; é desproporcional e decorre da supressão das garantias processuais. Daí o sistemático uso de prisões prévias, das chantagens para forçar delações premiadas, cujos prêmios estão diretamente relacionados e dependentes do atendimento dos objetivos das forças políticas e econômicas que pretendem destruir Lula para que não precisem enfrentá-lo nas urnas. Neste contexto, a separação entre

* Secretário Nacional de Assuntos Jurídicos da CUT.

quem investiga e quem julga é totalmente eliminada, cabendo ao último praticamente liderar os primeiros.

Nesta atuação sustentada em interesses político-ideológicos o engajamento dos meios de comunicação é central. A perseguição motivada por uma condenação prévia e sem provas serve ao objetivo de aniquilar o inimigo, a desconstruí-lo política e socialmente. Em um país onde a Casa Grande se enriquece às custas do Estado, onde corruptos e larápios da elite não são punidos, o senso comum é presa fácil de investidas autoritárias, suportadas por ampla campanha nos meios de comunicação.

Os americanos vem recorrendo ao direito penal do inimigo há tempos em suas investidas em todo o mundo. A prisão de Guantánamo é um exemplo, dentre tantos outros. As ditaduras militares usaram e abusaram desta forma particular de desconhecer os mais elementares direitos da pessoa humana. Declaram que determinado ser humano é inimigo do Estado, baseado em convicções e interesses políticos, ideológicos e financeiros e as mais elementares garantias legais são suprimidas.

A tentativa de prisão de Lula e as formas como vêm sendo conduzidos os processos que contra ele foram abertos revelam a ampla adesão de promotores, juízes, meios de comunicação e facções de direita dos partidos a esta teoria. A utilizam visando aniquilar e inviabilizar a possibilidade de Lula ser candidato a presidente da República, porque sabem do seu reconhecimento e como seria difícil derrotá-lo nas urnas.

Assim como as operações desencadeadas pela Polícia Federal recebem nomes adequados para as campanhas publicitárias, a condenação de Lula sem provas a 9 anos e meio tem tudo a ver com as ações de comunicação que a sucederam. Não é por acaso que circulam nas redes sociais piadas relacionando a condenação com a quantidade de dedos do ex-presidente.

Na inquisição eram considerados inimigos quem não atendia aos ditames do Estado e da Igreja, e na Alemanha nazista os judeus eram presos e condenados à morte. Diferente não foi a postura das ditaduras latino-americanas, que prenderam, torturaram e mataram militantes por considera-los inimigos do Estado. Da mesma forma fazem com Lula, que tem sido vítima de uma perseguição sem trégua de setores da elite dirigente e empresarial e de partidos políticos capturados pela direita, que não querem o retorno à Presidência da República de um líder que não pertença a classe dominante, especialmente um metalúrgico nordestino, que fez mais pelo povo e pelo Brasil do que todos os governos que o antecederam.

A perseguição e injusta condenação, portanto, se articula com o golpe que retirou a força Dilma Rousseff da presidência e colocou em seu lugar uma legião de corruptos, que, apesar de acusados, delatados, e da abundância de provas continuam soltos e ilesos. É impressionante a parcialidade de parte do Poder Judiciário, tendo Moro à frente, que não pune aqueles contra os quais há provas abundantes e condena Lula por convicção político-ideológica, sem qualquer prova. Aos amigos e adversários a presunção da inocência, a um cidadão respeitado, mas considerado seu inimigo de classe, a perseguição, a coação, a desconstrução, recorrendo-se a expedientes da guerra ininterrupta, até sua liquidação.

Outro aspecto relevante da perseguição a Lula é a velocidade. Absolutamente controlada e alinhada ao calendário e agenda dos partidos de direita. Lula foi condenado sem provas no processo do apartamento que nunca foi seu. Mas já preparam nova condenação sem provas, para que não haja tempo sequer de Lula respirar. Trata-se não de uma operação, mas de uma guerra com ataques sucessivos, pois não se trata apenas de punir, mas de desconstruir o que é, o que fez e o que poderá fazer Lula pelo povo brasileiro. O objetivo é impedir que Lula seja candidato a presidente.

Não estamos diante de um processo movido visando instaurar a ordem social e acabar com a corrupção, mas a um processo no qual Lula é tratado não com ser humano portador de direitos, mas como uma ameaça a ser extirpada. Por isto, investigadores, julgador, meios de comunicação, e partidos interessados na condenação, juntam-se como se fossem um único exército. Algo em larga medida semelhante ao DOI CODI ou aos SSS de Hitler na Alemanha. Neste exército não cabe adotar os fundamentos do direito penal, separando quem investiga de quem julga. Todas as funções estão misturadas e obedecem a um único comando.

Em um contexto como este, marcado e orientado pelo direito penal do inimigo, os fatos não são investigados e as provas não são recolhidas. A condenação é prévia, ocorre no momento em que o inimigo é declarado. Cabe apenas seguir uma agenda adequada aos objetivos políticos da desconstrução da imagem e das realizações que asseguram reconhecimento e liderança a Lula. O desgaste é cotidiano, podendo chegar à destruição física. Acusa-se sistematicamente e nada se prova. Cabe ao acusado provar que é inocente, mas tudo se faz para desconhecer as provas de inocência apresentadas, como ocorreu no caso do apartamento e da chácara. Submetidos à lógica da condenação prévia, o poder judiciário recorre à literatura do direito penal do inimigo para condenar.

Enfim, parte-se de um pressuposto falso, de que quanto mais importante a liderança mais difícil a prova, para condenar por convicção. Mas, isto só vale para os inimigos. Pois provas contra políticos e empresários corruptos que pertencem à Casa Grande há em abundância. Mas contra eles nada vale, nem as provas. Já as convicções político ideológicas são utilizadas, nestes casos, em outra direção.

A história já absolveu muitos acusados como Lula. Mais cedo ou mais tarde a inocência de nosso presidente será reconhecida. Resta ao povo brasileiro e aos democratas deste país conquistarem esta absolvição a tempo de Lula poder disputar e vencer as próximas eleições, questão essencial para que a classe trabalhadora e nosso Brasil possam retomar o rumo do desenvolvimento sustentável, com distribuição de renda e igualdade de direitos e oportunidades para todos e todas.

SOBRE A DOSIMETRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Vanessa Chiari Gonçalves*

*In the fell clutch of circumstance
I have not winced nor cried aloud.
Under the bludgeonings of chance
My head is bloody, but unbowed.*

(William Ernest Henley)

No dia 12 de julho de 2017, o juiz federal Sérgio Moro publicou a sentença penal condenatória do Ex-Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, por um crime de corrupção passiva majorada (art. 317, par. 1º, do Código Penal - CP) e por um crime de lavagem de dinheiro (art. 1º, inciso V, da Lei 9613/98), em concurso material. Fixou uma pena definitiva de nove anos e seis meses de reclusão em regime inicial fechado. A sentença também aplicou penas de multa cumulativas e determinou a interdição do réu para o exercício de cargo ou função pública pelo período de dezenove anos.

Após a leitura integral da sentença, conclui-se com facilidade que a tese acusatória não foi comprovada e que a solução justa e tecnicamente correta só poderia ser a absolvição do Ex-Presidente. Neste capítulo, entretanto, não se pretende discutir o mérito da condenação no tocante à ausência de provas de materialidade e autoria ou a contradição nas próprias convicções do magistrado, expostas no decorrer da fundamentação da sentença. Interessa aqui problematizar, especificamente, a dosimetria da pena privativa de liberdade realizada e os seus fundamentos a partir do dispositivo da sentença penal condenatória recorrível, tomando como referência as técnicas de aplicação de pena mais adequadas ao ordenamento jurídico-constitucional brasileiro⁴⁷⁵.

O legislador brasileiro adotou o sistema trifásico de dosimetria, em vigor desde 1984. Tal sistema determina que, na primeira fase do cálculo, fixa-se a pena-base entre o limite mínimo legal e o termo médio (metade da soma da pena mínima com a pena máxima prevista para o delito), com fundamento na avaliação das oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. Na segunda fase, são analisadas as circunstâncias agravantes (arts. 61 e 62 do CP) e atenuantes (arts. 65 e 66 do CP), que não podem ser valoradas, individualmente, para além do limite de 1/6 da pena-base. Por fim, a pena poderá ser

* Professora Adjunta de Direito Penal e Criminologia do Departamento de Ciências Penais e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e advogada em Porto Alegre.

⁴⁷⁵ As regras que informam a dosimetria da pena dos condenados foram conquistadas do processo civilizacional, por meio do surgimento do direito penal moderno, de matriz iluminista. O Código Criminal do Império, de 1830, já previa circunstâncias atenuantes e agravantes da pena, redução de pena para o crime tentado e regra específica de dosagem da pena entre os limites mínimo e máximo (art. 63). Desde então, as legislações penais brasileiras foram paulatinamente aperfeiçoando as técnicas de dosimetria da pena e adotando metodologias mais precisas, a fim de limitar o discricionariedade dos julgadores. A doutrina e a jurisprudência também contribuíram significativamente para esse aprimoramento.

aumentada ou reduzida em frações de acordo com a presença de causas de aumento ou de diminuição de pena.

No item 948 da sentença analisada o magistrado realiza a fundamentação da pena privativa de liberdade de Luiz Inácio Lula da Silva por crime de corrupção passiva, manifestando-se no seguinte sentido:

“Para o crime de corrupção ativa: Luiz Inácio Lula da Silva responde a outras ações penais, inclusive perante este Juízo, mas sem ainda julgamento, motivo pelo qual deve ser considerado como sem antecedentes negativos. Conduta social, motivos, comportamento da vítima são elementos neutros. Circunstâncias devem ser valoradas negativamente. A prática do crime corrupção envolveu a destinação de dezesseis milhões de reais a agentes políticos do Partido dos Trabalhadores, um valor muito expressivo. Além disso, o crime foi praticado em um esquema criminoso mais amplo no qual o pagamento de propinas havia se tornado rotina. Consequências também devem ser valoradas negativamente, pois o custo da propina foi repassado à Petrobrás, através da cobrança de preço superior à estimativa, aliás propiciado pela corrupção, com o que a estatal ainda arcou com o prejuízo no valor equivalente. A culpabilidade é elevada. O condenado recebeu vantagem indevida em decorrência do cargo de Presidente da República, ou seja, de mandatário maior. A responsabilidade de um Presidente da República é enorme e, por conseguinte, também a sua culpabilidade quando pratica crimes. Isso sem olvidar que o crime se insere em um contexto mais amplo, de um esquema de corrupção sistêmica na Petrobras e de uma relação espúria entre ele o Grupo OAS. Agiu, portanto, com culpabilidade extremada, o que também deve ser valorado negativamente. Tal vetorial também poderia ser enquadrada como negativa a título de personalidade. Considerando três vetoriais negativas, de especial reprovação, fixo, para o crime de corrupção passiva, pena de cinco anos de reclusão”.

Observa-se, inicialmente, que houve equívoco do magistrado, na menção ao crime de corrupção ativa, uma vez que a condenação foi por corrupção passiva. No tocante à fixação da pena-base, Luiz Inácio Lula da Silva é primário porque não possui qualquer condenação penal definitiva. Por essa razão, a circunstância judicial "antecedentes" só poderia lhe ser favorável. Investigações e processos em andamento não podem gerar maus antecedentes, em virtude do princípio da não-culpabilidade ou da inocência. A própria súmula 444 do STJ corrobora essa proibição: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base". Nesse aspecto, acertou o magistrado ao considerar essa circunstância como favorável.

A conduta social, os motivos determinantes do crime e o comportamento da vítima foram considerados neutros pelo magistrado, sem uma fundamentação específica, razão pela qual não podem ser utilizados como fatores de aumento da pena-base para além do limite mínimo legal. Apenas para problematizar esses aspectos, entende-se que a conduta social é um elemento que já deveria ter sido afastado do art. 59 do CP por dizer respeito a um direito penal do autor e não a um direito penal do fato. Não importa o que as pessoas da convivência social do acusado (testemunhas abonatórias ou desabonatórias) e, muito menos, a sociedade em geral pensam sobre ele. Já os motivos determinantes do crime só autorizam o aumento da pena-base quando são estranhos à motivação básica contida no tipo penal. Caso contrário, implicariam *bis in idem*. A colaboração da vítima tem sido bastante questionada pela doutrina nacional e pelos Tribunais Superiores, uma vez que, mesmo nos delitos em que existem vítimas

determinadas, a ausência de colaboração delas para o delito, não deveria elevar a pena do acusado para além do limite mínimo legal. Nesse sentido, embora tenha omitido a fundamentação específica, acertou o magistrado em não avaliar tais vetores.

As circunstâncias em que o delito foi supostamente praticado foram consideradas desfavoráveis ao acusado. O primeiro fundamento utilizado pelo magistrado foi a destinação de dezesseis milhões de reais ao Partido dos Trabalhadores, o que seria um valor expressivo. Ensina BOSCHI que as circunstâncias são as particularidades do fato, avaliadas mediante condições morais desfavoráveis ou meios sofisticados que dificultariam a defesa da vítima. (2004, p. 216). Ocorre que a imputação referente à obtenção de vantagem ilícita pelo acusado diz respeito, especificamente, às benfeitorias realizadas no apartamento Triplex, do Guarujá, pela OAS Empreendimentos e não às eventuais doações, contabilizadas ou não, ao Partido dos Trabalhadores ou a outros indivíduos, que não podem ser atribuídas ao réu. O segundo argumento do magistrado diz respeito ao fato do suposto crime ter sido praticado em um esquema criminoso mais amplo no qual o pagamento de propinas havia-se tornado rotina. Esse argumento seria apto a integrar a avaliação de circunstância do crime. As dificuldades aqui residem na prova do nexo de causalidade entre o suposto esquema de pagamento de propina e o objeto das investigações da Operação Lava a Jato, uma vez que o próprio magistrado deixa claro, no item 890 da fundamentação da sentença, que o acusado apenas realizava a indicação de Diretores para a Petrobras. Mais adiante, na fundamentação da dosimetria da pena do crime de lavagem de dinheiro (2º parágrafo, da página 235, da sentença), afirma: "Quanto à prática da lavagem por intermédio de organização criminosa, os atos de lavagem ocorreram no âmbito da OAS Empreendimentos e não no âmbito do grupo criminoso organizado para lesar a Petrobrás". Há no mínimo uma incoerência nessa argumentação. De qualquer maneira, partindo-se da linha de raciocínio do magistrado, no curso da fundamentação da sentença, apenas o segundo argumento poderia ser utilizado como base para a avaliação das circunstâncias do crime como desfavoráveis, caso houvesse prova do nexo de causalidade.

Entendeu o julgador que as consequências do suposto delito também deveriam ser valoradas negativamente, "pois o custo da propina foi repassado à Petrobrás, através da cobrança de preço superior à estimativa, aliás propiciado pela corrupção, com o que a estatal ainda arcou com o prejuízo no valor equivalente". BOSCHI afirma que "as consequências do crime a que se refere o artigo 59 são evidentemente aquelas que se projetam para além do fato típico porque, se assim não fosse, poderiam acarretar a quebra da regra do *ne bis in idem*, nomeadamente naqueles casos em que aparecem compondo a figura penal" (2004, p. 216). Desse modo, os efeitos óbvios do suposto delito não podem ser valorados negativamente a título de consequências.

A culpabilidade foi considerada desfavorável pelo magistrado, o que parece coerente apenas com a linha de raciocínio adotada por ele no decorrer da fundamentação da sentença. O magistrado considera, ainda, que tal vetorial, ou seja, a culpabilidade desfavorável "também poderia ser enquadrada como negativa a título de personalidade", embora não o faça na sentença. Na verdade, as vetoriais culpabilidade e personalidade não devem ser confundidas. A culpabilidade diz respeito ao grau de intensidade da reprovabilidade social da conduta do agente. Já a personalidade é elemento próprio de um direito penal do autor e não do fato, por isso deveria ter sido abolida do texto do art. 59 do CP. De qualquer forma, o magistrado não possui formação

técnica para realizar avaliação de personalidade, elemento que só poderia ser considerado quando houvesse laudo de profissional habilitado da área de saúde mental e, ainda assim, poderia ser questionado (BOSCHI, 2004, p. 210-211). Interessante observar, também, que nos itens 793 e 796 da fundamentação da sentença, o julgador admite que o acusado, na condição de Ex-Presidente da República, adotou diversas medidas que reforçaram os meios de controle da corrupção no País.

Desse modo, o julgador considerou a existência de três circunstâncias judiciais desfavoráveis: circunstâncias, consequências e culpabilidade, fixando a pena-base em cinco anos de reclusão. Já se mencionou que as consequências não deveriam ter sido consideradas negativamente. Além disso, sabe-se que a pena-base deve ser dosada entre o limite mínimo legal, no caso, dois anos, e o termo médio. Assim, o termo médio do crime de corrupção passiva corresponde a sete anos.

Segundo o juízo do magistrado, como se afirmou anteriormente, há três circunstâncias negativas a serem consideradas na fixação da pena-base. Observa-se que ele atribuiu o valor de um ano para cada circunstância desfavorável. Ocorre que, adotando-se o critério eminentemente matemático e havendo oito circunstâncias previstas no artigo 59, do CP, cada circunstância negativa poderia ser avaliada em, no máximo, sete meses e quinze dias (o que corresponde a 1/8 da diferença entre o limite mínimo e o termo médio), de modo que a pena-base não poderia ultrapassar três anos, dez meses e quinze dias de reclusão. Caso fosse afastada a consequência como circunstância desfavorável, a pena-base não poderia ultrapassar três anos e três meses de reclusão.

Concorda-se com a crítica que CARVALHO realiza dessa "lógica calculadora" ou dosimetria tarifada por entender que cabe ao juiz, no caso concreto, "avaliar as peculiaridades das circunstâncias judiciais e estabelecer critérios de quantificação da pena, inclusive de preponderância e de valoração diferenciada entre os vetores", desde que fundamente as suas opções. (2015, p. 386). Isso porque, se assim não fosse, o julgador ficaria engessado no momento de dosar a pena-base e impedido de fixá-la num patamar mais favorável ao réu.

Entende-se, no entanto, que o critério matemático deve funcionar como teto no momento de se atribuir o valor de uma circunstância desfavorável ao acusado, podendo ser flexibilizado apenas quando for para beneficiar o réu, mas jamais para prejudicá-lo. Esse raciocínio representa uma síntese de toda a principiologia que orienta a interpretação das normas penais e processuais penais brasileiras.

No tocante à segunda fase, o magistrado acertou ao reduzir a pena-base em seis meses, aplicando a atenuante do art. 65, I, 2ª parte do CP e obedecendo à regra jurisprudencial que estabelece um teto de 1/6 do valor da pena-base para a valoração de cada circunstância legal. Já a majorante do par. 1º, do art. 317, do CP, é bastante questionável, diante da ausência de demonstração do nexo de causalidade entre as benfeitorias realizadas no Triplex oferecido ao réu para compra, e os contratos firmados pela Petrobras com a OAS, uma vez que o acusado não participava das licitações. Apenas para efeito de argumento, ainda que fosse possível fazer incidir na pena a referida majorante, para além das consequências desfavoráveis na pena-base, a pena definitiva não poderia ultrapassar quatro anos e seis meses de reclusão. Resultado bem abaixo da penalidade definitiva fixada na sentença (seis anos de reclusão).

O mesmo raciocínio se aplica ao crime de lavagem de dinheiro, cuja pena-base foi fixada em quatro anos de reclusão, diante da existência de apenas uma circunstância judicial desfavorável, no juízo do magistrado, que seria a culpabilidade. Adotando-se o critério matemático como teto, a pena-base não poderia ultrapassar três anos, cinco meses e sete dias, considerando que $1/8$ do intervalo entre a pena mínima (três anos) e o termo médio (seis anos e seis meses) seria cinco meses e sete dias. A redução de seis meses referente à atenuante do art. 65, I, 2ª parte, do CP, está adequada, como também o afastamento de causas de aumento de pena, pleiteadas pela acusação.

Assim, a análise realizada aponta para que, caso fosse viável a condenação do réu pelos delitos de corrupção passiva majorada e de lavagem de dinheiro, em concurso material, da forma como concluiu o magistrado, a pena definitiva não poderia ultrapassar o teto de sete anos e seis meses de reclusão a serem cumpridos em regime inicial semiaberto. Reafirma-se, entretanto, que a solução deveria ter sido absolutória por ausência de provas. Há equívoco, portanto, na condenação do réu e há evidente excesso na fixação da pena privativa de liberdade.⁴⁷⁶

⁴⁷⁶ Referências Bibliográficas. BOSCHI, José Paganella. Das Penas e seus Critérios de Aplicação. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. CARVALHO, Salo. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORO E A MORTE DO DIREITO

Wadih Damous*

A decisão judicial que condenou o ex-presidente Lula pode ser analisada por três aspectos: o técnico-jurídico, o histórico e o psicanalítico. Os dois primeiros absolvem o acusado, o terceiro ajuda explicar aquilo que, na lição do jurista italiano Franco Cordero, se denominou de quadro mental paranoico do juiz.

Do ponto de vista do rigor técnico-jurídico é importante afirmar que a sentença afronta a exigência constitucional de que fundamentadas sejam todas as decisões judiciais, ainda mais quando em jogo a vida e a liberdade alheias. Ou seja, só é legítima e válida a decisão judicial que indicar, concretamente, as suas premissas lógicas e o caminho racional percorrido pelo magistrado para resolver a contradição entre acusação e defesa.

Resolver essa dialética implica, portanto, um trabalho rigoroso de análise da prova colhida durante o processo e se ela seria suficiente para comprovar o quanto alegado na denúncia.

Alguns dados ajudam a compreender a absoluta nulidade da sentença que condenou o ex-presidente Lula. 30% da sentença, cerca de sessenta páginas, são utilizados pelo juiz para se defender de acusações de arbitrariedades por ele praticadas contra o acusado e nos processos em que atua. Só 8% cento dela, cerca de dezesseis páginas, são utilizados para rebater e se contrapor ao que o acusado afirmou em seu interrogatório e apenas 0,4% é dedicado às testemunhas da defesa, menos de uma página de um total de 218.

A questão central do processo, a titularidade do imóvel que teria sido recebido em contrapartida aos atos que beneficiariam empresas, é tratada pelo juiz com absoluto desdém, a ponto de dizer que no processo “não se está, enfim, discutindo questões de Direito Civil, ou seja, a titularidade formal do imóvel, mas a questão criminal”.

Ora, para resolver o processo era fundamental que o Ministério Público provasse ter o ex-presidente recebido o referido imóvel em troca de favorecimentos a terceiros e, para o Código Civil, a única forma disto acontecer é com a transferência da sua titularidade.

Em resumo, a sentença pode ser caracterizada como uma expiação narcísica de atos autoritários do juiz sentenciante, preenchida pelo profundo desprezo aos argumentos da defesa e pela miséria jurídica intelectual. Lula estava condenado antes mesmo de ser julgado.

A ânsia em condenar a maior liderança popular do Brasil fez com que o juiz furasse uma fila de quatro processos de outros acusados que estavam prontos para sentença desde o ano passado. Tudo isso pela vaidade de tentar recuperar um protagonismo perdido, fruto do crescimento das críticas de setores sociais que antes o apoiavam.

O juiz que já havia favorecido Michel Temer ao criminosamente gravar a presidenta Dilma Rousseff e depois divulgar o conteúdo da gravação, novamente o faz, proferindo

* Deputado Federal (PT-RJ), Vice-Líder do Partido dos Trabalhadores na Câmara e ex-Presidente da OAB-RJ.

sentença absolutamente ilegal, em meio ao julgamento pela Câmara dos Deputados da admissibilidade de denúncia oferecida perante o STF.

É simbólico que a sentença contra Lula tenha sido proferida no dia seguinte à criminosa condenação dos direitos trabalhistas pelo governo ilegítimo que Moro ajudou a estabelecer e agora ajuda a se manter com suas estapafúrdias, ilegais e atabalhoadas decisões judiciais.

A esperança é que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região possa, de forma imparcial, reformar a sentença e corrigir essa injustiça manifesta contra o ex-presidente e sua família. No julgamento da história, no entanto, Lula já foi absolvido.

CONDENAÇÃO POR IMÓVEL: SEM POSSE E SEM DOMÍNIO

Weida Zancaner*

Celso Antônio Bandeira de Mello**

1. Causa estranheza a todos os que se dispõem a ler a sentença exarada pelo Juiz Sérgio Moro, como o magistrado ataca e tenta desvalorizar os advogados de Lula, com o claro intuito de se defender, como se depreende, notadamente, dos itens 105 a 148 da referida sentença.

Ao pessoalizar a sentença o juiz coloca-se na posição de parte ao litigar com os advogados e rompe com o princípio da imparcialidade, afronta o princípio da legalidade e tisse a competência que lhe foi outorgada.

A garantia de que um processo será julgado de acordo com as leis e a Constituição depende da neutralidade do juiz. A ausência de imparcialidade está prevenida nos artigos 144 e 145 do CPC sob as formas de impedimento e suspeição e o rito para o afastamento do juiz encontra-se regulado no artigo 146 do mesmo diploma legal. Não apenas a leitura da sentença, mas todo o desenrolar do processo exibiram uma parcialidade manifesta.

Enganam-se os que acham que o princípio da imparcialidade tem sede infraconstitucional pois, embora não conste expressamente da Constituição, ele nela se alicerça sob duas vertentes: a) enquanto princípio geral do direito, nos termos do artigo 5º, § 2º da Constituição; b) como um dos aspectos da isonomia, princípio fundante do Estado de Direito e tratado nos artigos 5º caput; 5º, I; 37, caput; 37, II; 37, XXI e 175.

Os princípios gerais do Direito constituem o substrato da cultura da humanidade, o que implica dizer que sua inobservância representa afronta ao próprio sistema jurídico, pois como leciona Eduardo Garcia de Enterría:

*"Conviene recordar a este proposito que los principios generales del Derecho son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substractum del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica. No consisten, pues, en una abstracta e indeterminada invocación de la justicia o de la consciencia moral o de la discreción del juez, sino, más bien, en la expresión de una justicia material especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos y objetivada en la lógica misma de las instituciones.)"*⁴⁷⁷

Ademais, o artigo 5º, § 2º, dispõe que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Ora, o Brasil é signatário de inúmeros tratados, como a Declaração Universal de Direitos dos Homens, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da

* Especialista e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP.

** Professor Emérito da Pontifícia Universidade de São Paulo.

⁴⁷⁷ GARCIA de ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I, reimpressão 3ª ed. Madrid: Ed. Civitas, 1981, p. 400.

Costa Rica, em que a imparcialidade da jurisdição é colocada como direito fundamental do acusado.

A afronta ao direito fundamental do acusado de ser julgado com imparcialidade pode se evidenciar de várias formas: desde a utilização pelo juiz de uma linguagem verbal ou corporal pouco respeitosa, intimidante ou agressiva com a parte, com as testemunhas ou advogados, como, também, quando faz *injustificadas reprimendas a advogados, insultos e comentários impróprios sobre litigantes e testemunha, declarações evidenciando prejulgamentos*⁴⁷⁸ etc.

A outra vertente em que se assenta o princípio da imparcialidade é no princípio da isonomia, constituindo-se em um de seus aspectos. Assim, assiste razão a José Afonso da Silva quando diz que a igualdade jurisdicional decorre da igualdade perante a lei, *como garantia constitucional indissoluvelmente ligada à democracia*⁴⁷⁹. Sem imparcialidade imperam o juízo ou tribunais de exceção e o princípio da legalidade jaz obscurecido pela desobediência do Poder que deveria aplicá-lo.

O princípio da legalidade não visou simplesmente a mera estruturação formal do aparelho estatal, sua composição orgânica e seus esquemas de atuação. O que se pretendeu e se pretende, à toda evidência, foi e é sobretudo estabelecer em prol de todos os membros do corpo social uma proteção e uma garantia.

Quis-se outorgar-lhes, em rigor, uma dupla certeza, a saber:

(a) de um lado, que ato estatal algum poderia impor *limitação, prejuízo ou ônus aos cidadãos*, sem que tais cerceios ou gravames estivessem previamente autorizados em lei, nem *subtrair ou minimizar vantagens e benefícios* que da lei resultariam para os cidadãos se esta fosse observada;

(b) de outro lado, que todos os cidadãos tivessem *a garantia de um tratamento isonômico*, pois se desrespeitada a lei, ou sendo ela inconstitucional, ficaria assegurado aos cidadãos a possibilidade de recorrer a um juízo independente e imparcial que dirimiria o conflito.

2. Com efeito, embora se trate de algo óbvio, é bom lembrar que a legalidade impôs-se como característica do Estado de Direito sobretudo como meio especificamente apto para preservar **outro valor**; justamente aquele que se pretendia, acima de tudo, consagrar: o da **igualdade**.

Não por acaso o lema da Revolução Francesa foi "Liberté, **Egalité**, Fraternité", ao invés de "Liberté, Legalité, Fraternité".

É que o Estado de Direito abomina os casuísmos, as ofensas à isonomia, pois estas atacam fundo um objetivo básico que se visou preservar através do princípio da legalidade. Deveras, por via dele, almejou-se que houvesse uma regra só, a mesma para todos os colhidos por sua abrangência e efeitos, embargando-se então as perseguições

⁴⁷⁸ *Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial*. Tradução de Marlon S. Maia e Ariane E. Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. P. 69, Apud ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *A Imparcialidade do Juiz*, in *O Caso Lula*. Obra coletiva, coordenadores Cristiano Zanin Martins, Valeska Teixeira Zanin Martins e Rafael Valim. Editora Contracorrente, p. 178.

⁴⁷⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6 ed. revista e ampl. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 194.

e favoritismos por qualquer dos poderes do Estado, vale dizer, **o arbítrio, cuja eliminação é precisamente o objetivo máximo do Estado de Direito.**

Em suma: quem ofende o princípio da igualdade e ofende, "ipso facto", a razão de ser do princípio da legalidade pois, como disse BLACK, em seu monumental "Handbook on the Construction and Interpretation of Laws": "tanto é parte da lei o que nela está explícito, quanto o que nela está implícito" ("It is a rule of construction that which is implied in a statute is as much a part of it as what is expressed")⁴⁸⁰.

Assim, também, o que está implícito em um princípio integra-o com a mesma força com que o integra o que nele está explícito.

3. Aliás, este valor --- a isonomia --- que a ordem normativa pretende colocar a bom recato, está estampado no Texto Constitucional do País, *não apenas na implicitude que advém do princípio da legalidade, mas por consagração expressa* tanto na própria abertura do título relativo aos "Direitos e Garantias Fundamentais" (art. 5º), como especificamente na qualidade de cânone básico do Estado. Constitui-se, pois, em causa autônoma de proteção aos administrados e, portanto, base de per si suficiente para legitimar subjetivamente quem quer que, tendo sofrido agravos decorrentes de sua violação por parte de algum ato governamental, pretenda insurgir-se contra o sobredito gravame.

Ora bem, a sentença que condenou o ex-Presidente LULA escandaliza, desde logo, porque não só se fez sem suporte em prova, mas até mesmo, efetuou-se frontalmente contra lei. Pretendeu-se, justifica-la atribuindo-lhe imaginosa, a propriedade de um dado imóvel, conquanto desde logo inexistisse qualquer documento que atestasse propriedade ou ao menos posse. Acresce que a atribuição dela ao ex-Presidente fez *tabula rasa* da norma segundo a qual a propriedade imóvel se prova pelo registro imobiliário, diante do que, à toda evidência, sem violar tal lei, não se pode irrogá-la a outrem simplesmente por um desejo do acusador, no caso, o magistrado.

Nem se diga que não apenas ele, mas um delator também afirmou ser do ex-presidente o referido imóvel. Nunca se ouviu dizer que o fato de alguém afirmar que um dado imóvel pertence a fulano ou beltrano é suficiente para torna-lo titular dele. Menos ainda quando a assertiva é feita na qualidade de delação premiada ou seja, sem o compromisso da verdade e impulsionado pelo desejo de amenizar a própria posição de infrator do Direito, cuja palavra, pois, já não vem aureolada por uma suposição de desinteresse e de um sincero e leal desejo de colaborar com o prestígio da ordem jurídica, mas é, quando menos, suspeita de uma intenção subalterna.

Também não se provou e nem ao menos se afadigou em comprovar que dita propriedade seria fruto de uma propina por facilitar um negócio com a Petrobras.

Em tais circunstâncias a que se acaba de aludir é de evidência solar que não se pode em sã consciência, menos ainda em um processo judicial, maiormente em um juízo penal, assumir como verdadeiros e suficientes ditos fundamentos como bastantes para condenar quem quer que seja, menos ainda quem tenha, como no caso em tela, um currículo, um histórico, no qual se contam inúmeros títulos de doutor "honoris causa"

⁴⁸⁰ BLACK, Henry Campbell. *Handbook on the Construction and Interpretation of Laws*. West Publishing Co., Saint Paul, Minn., 1896, pág. 67).

(27 ao todo), que, como é notório, só são conferidos depois de aturada análise da personalidade e conduta do homenageado. Para mencionar apenas alguns dos mais prestigiosos, citem-se os conferidos pela Universidade de Harvard, pela Universidade de Salamanca. e pela Universidade de Coimbra.

É algo intuitivo que se alguém tivesse que se fiar na palavra de um criminoso confesso, ademais interessado em dizer o que agradasse a seu julgador ou na palavra de um homem repleto de honrarias, nacionais e internacionais, *muitas delas conferidas quando já não mais ocupava qualquer cargo público, haveria de fiar-se naquela proferida por este último*. Não foi esta, entretanto, a intelecção do magistrado que condenou o ex-presidente, no que fez praça, então, ou de um senso muito peculiar ou de uma completa falta de imparcialidade, que foi justamente o que ocorreu. Aparentemente um preconcebido desejo de agravar quem estava dependendo de uma presumida equidade de seu julgador.

O AUGO DO PROCESSO DE *LAWFARE* DESENCADADO CONTRA LULA. O DIREITO MORREU. E FOI DE MORTE MATADA

Wilson Ramos Filho *

Ricardo Nunes de Mendonça **

Há algum tempo, mais precisamente a partir do início do ano de 2015, afirmamos que o Direito morreu. E foi de morte matada.

A sentença proferida pelo juiz Sérgio Moro nos autos de ação penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, é a mais recente manifestação de que as promessas do constitucionalismo e o garantismo do pós-guerra, trasladados para o Brasil, se dissolveram.

Haverá, por certo, gente mais qualificada e habilitada a fazer a análise técnica penal e processual penal da decisão proferida pelo “onipotente” magistrado da 13ª Vara Federal de Curitiba, muito embora as ofensas aos princípios, conceitos, regras e categorias elementares como: i) o devido processo legal; ii) o contraditório e ampla defesa; iii) o respeito ao juiz natural; iv) a vedação aos tribunais de exceção; v) a presunção de inocência; vi) distribuição de ônus da prova; vii) a não utilização do processo como ferramenta de perseguição política e prática de *Lawfare*, etc. saltem aos olhos de qualquer profissional do Direito que esteja minimamente atento às garantias estampadas na Constituição Federal e em Tratados de Direitos Humanos que o Brasil é signatário.

A análise do julgado, todavia, não ficará adstrita ao campo do Direito Penal. Aliás, sequer ficará adstrita ao campo do Direito. E goste ou não o mais afamado e midiático juiz brasileiro, a sua síntese no “caso do triplex”, será objeto de meticulosa análise de sociólogos, historiadores, comunicadores, dirigentes sindicais e representantes da sociedade civil organizada, dentre outros que se preocupam com a democracia e que não se curvam ao Poder hegemônico do capital.

Para todos os que estão comprometidos com os interesses das vítimas do sistema hegemônico e com os Direitos Humanos enquanto processos de luta por dignidade⁴⁸¹, a sentença proferida por Sérgio Moro é um capítulo da luta de classes e do golpe parlamentar; judicial e midiático que iniciou em 2015. Não se trata de um mero ato técnico que põe fim a uma etapa de uma ação penal, mas um ato político travestido de ato jurisdicional que tem por escopo atender a interesses poderosos dentro e fora do Brasil.

Nesse caso, a sentença é o ponto alto de uma sórdida campanha político judicial de ataque à maior liderança política da esquerda brasileira, o ex-presidente Lula.

* Doutor em Direito, professor da UFPR (doutorado, mestrado e graduação) e no Master/Doctorado em Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo (UPO/Espanha).

** Mestre em Direito, professor licenciado do Complexo de Ensino Superior do Brasil - UNIBRASIL, atualmente desenvolvendo projeto de pesquisa no programa de pós-graduação em Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo na UPO, em Sevilha, Espanha.

⁴⁸¹ HERRERA FLORES, Joaquín. “La Reinención de los Derechos Humanos”. Andalucía : Ed. Atrapasueños. Librería asociativa-editorial-materiales didácticos. p. 22.

É parte indissociável do Golpe de Estado. É mais um componente desse processo de aniquilação da democracia liberal que houve no Brasil – sim, o verbo se conjuga no passado – em que uma elite desavergonhada e descomplexada impõe, dia a dia, à força, em um Estado de Exceção, o maior ataque aos direitos da população brasileira, em particular a fração mais pobre, segundo a ONU⁴⁸².

Lula simboliza o que essa elite abjeta: o trabalhador que luta, cotidianamente, por dignidade. O dirigente sindical que, Presidente da República, transformou a realidade social brasileira e excluiu o país, pela primeira vez em sua história, do mapa da fome no mundo.

O Presidente que incluiu o pobre no orçamento público e que ampliou o acesso dos historicamente excluídos a salários diretos, por meio de políticas estatais de incentivo ao pleno emprego, e a salários indiretos, por meio de políticas de distribuição de renda e acesso à moradia, à educação e à saúde, como os programas minha casa, minha vida, bolsa família, FIES, ciência sem fronteira, etc.

Um Presidente que tentou cumprir, ainda que em parte, o dever constitucional de promover a progressiva erradicação da miséria e da pobreza, com a redução das desigualdades sociais.

Atualmente, talvez o único líder político capaz de reverter o quadro de desconstrução dos Direitos Sociais no Brasil.

Por esses motivos, é preciso tirá-lo definitivamente da vida pública brasileira. Derrotados nas últimas quatro eleições presidenciais, a direita nacional, não admite a ideia do “torneio mecânico” voltar ao posto mais proeminente da República. Como disse o próprio Lula, o golpe não fecha se ele puder disputar as próximas eleições presidenciais em 2018.

E o juiz que i) constrangeu a liberdade do ex-presidente em condução coercitiva manifestamente ilegal; ii) que violou o sigilo telefônico do advogado do acusado; iii) que autorizou - de maneira inconstitucional e irresponsável, segundo o supremo – a publicação de conversas privadas de um ex-Presidente da República e, à época, uma Presidenta da República, com o propósito claro de incendiar o país e cair nas graças de uma opinião publicada, oligopolizada e visceralmente compromissada com o golpe em curso; não ignora que a manutenção de Lula na vida política nacional é um obstáculo imenso à concreção do projeto político conservador e capitalista ao qual aderiu.

Por essa razão, depois de todo o enredo de abuso do processo com fim manifestamente político que se observou até a prolação da sentença, não havia dúvida de que Sérgio Moro não tinha alternativa a não ser condenar Lula.

Em sua decisão, o juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba confirmou o compromisso que assumiu com a direita brasileira de aniquilar o PT e evitar o risco de Lula frustrar os planos de retrocesso social com uma nova vitória no pleito de 2018.

Como bem citou Jessé Souza, Sérgio Moro “(...) representa a incorporação do discurso que faltava para os manifestantes de junho de 2013 incensados pela mídia. As bandeiras

⁴⁸² A esse respeito veja-se a matéria publicada no site do jornal britânico *The Guardian*, <https://www.theguardian.com/world/2016/dec/09/brazil-austerity-cuts-un-official>, acesso em 20/7/2017.

abstratas anticorrupção das jornadas de junho tornaram-se concretas com a Operação Lava Jato. Agora a articulação do partido da elite estava completa: o partido da rapina econômica tinha não apenas seus braços de sempre na mídia e no Congresso, mas possuía uma base social engajada e motivada e um discurso potente e concreto (...)”⁴⁸³, qual seja, o discurso antigo do “combate à corrupção”.

Sérgio Moro personificou a figura afetiva do “galã” e “herói” de telenovela que “refundará o Brasil”, “doa a quem doer”⁴⁸⁴. Com esse status e nessa posição de líder da direita brasileira e grande opositor de Lula, ele não poderia agir de forma distinta, sob pena de sofrer todo o ódio e violência daqueles que se sentiriam enganados por ele. Seria algo como *venire contra factum proprium*, dada a conduta do magistrado ao longo de todo o processo de *Lawfare* que empreendeu e continua empreendendo contra Lula.

A condenação, portanto, não surpreende, na medida em que já estava decidida há muito tempo. Aliás, não é a primeira vez na história da humanidade, que, sob a égide de uma ordem constitucional violada, parte do Judiciário serve a interesses alheios aos que deveriam movê-lo.

Já dissemos em outras oportunidades que as mesmas forças políticas que promoveram o Golpe de 1964 se rearticularam agora para atacar a democracia, e, entre elas, não faltaram, como agora, atores jurisdicionais comprometidos com o projeto de toma do poder à revelia da vontade popular e das urnas.

E não se trata, como sugere Moro em sua prolixa e cansativa tentativa de justificar o injustificável, de “mero diversionismo” da defesa, mas de contestação jurídico-política à óbvia e inegável conduta de guerra político-jurisdicional que ele se propôs a conduzir.

Aliás, se há alguém que se utiliza de “diversionismos” nos autos de ação penal, é o juiz da causa, que, em 218 páginas – uma dissertação - não conseguiu indicar objetivamente e sem apelar a fantasias e sofismas jurídicos sofríveis quais são os meios de prova que confirmam a tese do Ministério Público Federal. Observe-se que sequer os tradicionais meios de mídia que o apóiam, e que são os maiores interessados na condenação de Lula, indicaram quais são as provas cabais do crime que este haveria cometido. Por que será?

Moro e os procurados que compõem a operação Lava Jato não escondem que tem lado na luta de classes e não é o da classe trabalhadora. Estão afinados com um discurso cooperativo de uma parte – e não todos, obviamente - de servidores oriundos e componentes das classes média e alta brasileira que, desesperados, perceberam que nas urnas não venceriam e que já estavam cansados de uma derrota atrás da outra.

Diversamente do que entoam em seus empolados discursos, não são imparciais. Aliás, ninguém é. A diferença é ser, ou não, consciente disso e, sobretudo, não enganar ou mentir com propósitos distintos do que se afirma perseguir.

Portanto, a conduta de Sérgio Moro ao longo do processo desmente todo o discurso plasmado em sua sentença. A maneira como continua agindo, midiática e politicamente – porque não há dúvida de que é parte de um Judiciário politizado que se arvora em esferas alheias à sua competência constitucional – não deixa dúvida de que assumiu, no

⁴⁸³ SOUZA, Jessé. “A radiografia do golpe: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro: LeYa, 2016. p. 119.

⁴⁸⁴ SOUZA, Jessé. op. cit. 120.

seu íntimo, o papel de ator preponderante da direita brasileira nesse processo de conflito do capital com a democracia liberal.

Além disso, não há dúvida de que essa sentença preocupa a todo jurista comprometido com os Direitos Humanos no Brasil, porque significa o auge da desconstrução do garantismo constitucional. A partir de agora ninguém está livre de condenações arbitrárias ou poderá, com alguma segurança, acreditar na falsa promessa dos direitos e garantias civis e políticas oponíveis ao Estado.

Juízos de exceção que, a pedido de membros do Ministério Público, usam métodos contestáveis e heterodoxos de restrição de liberdade – crítica partilhada (só atualmente, é verdade) até pelo ministro Gilmar Mendes⁴⁸⁵ -, que confundem Direito e Moral (e uma determinada moral, importante que se diga), que apelam ao Direito Penal do Inimigo e se socorrem da opinião publicada para justificar suas arbitrariedades, que abusam do *Lawfare*, que crêem poder tudo, inclusive dizer publicamente, como fizera o então presidente do supremo (em minúscula), Ministro Ricardo Lewandowski, em palestra proferida em Curitiba, na UniBrasil, “que o século XXI é o século do Poder Judiciário”, a despeito do caráter nada democrático e republicano de tal assertiva, que condenam sem provas, como fez Sérgio Moro, nos fazem crer que, infelizmente, o Direito morreu. E foi de morte matada.

Mas, como as tensões sociais não se anulam, ao contrário, compõem a luta de classes, esse capítulo do combate não põe fim ao conflito. Há, e sempre haverá, esperança e luta. Ademais, a história será implacável com os que estão tentando desconstruir a Democracia e os Direitos Humanos no Brasil. Continuamos, conscientemente, do lado certo da história.

⁴⁸⁵ Veja-se, por exemplo, a seguinte matéria jornalística cuja manchete é “STF tem que discutir prisões que Moro determinou, diz Gilmar Mendes, disponível na internet, <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/02/1856558-stf-tem-que-discutir-prisoas-que-moro-determinou-diz-gilmar-mendes.shtml>, acesso em 20 de julho de 2017.

A JUSTIÇA PRIVATIZADA

Yuri Carajescov*

Nem mesmo o mais pessimista à direita e nem o mais otimista à esquerda poderiam supor resultado diverso do apresentado pela decisão condenatória do ex-presidente Lula. A previsibilidade do produto revela um processo de cartas marcadas, conduzido de trás para adiante, no qual se conhece o resultado antes do cumprimento dos ritos, meras formalidades para se atingir uma finalidade preconcebida. Disso decorre o indisfarçável desprezo do agente condutor do processo pela atuação da defesa do ex-presidente, apenas um estorvo a atravancar e embaraçar o inexorável desfecho, enfim, uma perda de tempo ou um movimento “diversionista”, como não se cansou de registrar.

É fato notório que um procurador da República da equipe que conduziu a acusação contra Lula figurou em jornais e revistas com uma camiseta na qual se fazia referência a certa “república de Curitiba”, supostamente presidida pelo agente condutor da condenação. Lendo e relendo a Constituição brasileira não é possível localizar esse enclave autônomo e imune às suas disposições. Todavia, nessa área geográfica idealizada pela moderna inquisição, ocorrem situações peculiares: grampos em escritórios de advocacia, conduções coercitivas cinematográficas *contra legem*, divulgação ilícita de gravações telefônicas entre uma presidenta da República e um ex-presidente para insuflar manifestações populares, escutas em mictórios de presos, vazamentos seletivos, portanto, criminosos, prisões cautelares *sine die* usadas para extrair delações, as quais sustentam sem provas adicionais condenações etc.

Nesse caldo de cultura em que a exceção tornou-se a regra, o agente condutor da condenação, crendo-se o soberano dessa “república”, juiz universal de toda e qualquer causa por ele eleita, produziu o auto-de-fé de Lula no qual ignorou deliberadamente o multissecular princípio *in dubio pro reo*, de sorte que meros indícios tênues tornaram-se verdades sagradas e teorias lisérgicas da prova foram alçadas à categoria de postulados inquestionáveis. Ninguém está acima da lei e da Constituição, salvo o ex-presidente que está abaixo dela e o próprio agente condutor da condenação, o soberano que decidiu desonerar o órgão acusador do ônus probatório, sob o fundamento de que a criminalidade complexa inibe ou dificulta o seu exercício, depositando toda a sua confiança numa delação premiada. *Quid iuris?* Do começo ao fim, o longo libelo é adversativo, quase uma peça de contrainformação na qual o subtexto infirma ou invalida o texto. Praticamente para cada argumento apresentado pela defesa com espeque na lei e na jurisprudência, o agente condutor do processo saca da manga da toga alguma excepcionalidade criativa que inviabiliza, segundo a sua missão, a aplicação daquele comando em favor do réu. A título de ilustração, a busca insistente de contradições irrelevantes nos depoimentos prestados por Lula na fase de inquérito e na judicial, meros detalhes que não alteravam o essencial, corresponde às digitais do malfeitor na cena do crime. A partir disso, não se mostra difícil perceber que tudo que a defesa articulasse seria usado em seu desfavor.

* Procurador da Assembleia Legislativa de São Paulo. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

Assim, não parece justo com os demais juízes brasileiros e com os que dedicam a vida ao estudo do processo tratar a decisão examinada como sentença criminal, ou seja, como uma legítima manifestação do poder estatal na sua face jurisdicional, no qual se encontra investido um juiz *imparcial* e garante do estatuto de direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal e demais normativas internacionais às quais o Brasil se obrigou perante a comunidade das nações.

Diante desse sintético diagnóstico da patologia, cumpre referir que este breve articulado buscará desvelar, sem a ambição de esgotar o tema, as relações de *poder* a partir das quais um juiz de primeira instância, aqui referido como agente condutor da condenação, a despeito da estrutura escalonada de organização do Poder Judiciário com seus recursos e possibilidades de revisão, pôde reunir forças para impor a exceção inerente à supressão seletiva de garantias constitucionais elementares⁴⁸⁶, arvorando-se, na prática, em juízo (quase) universal e se convertendo em elemento de corrupção da legalidade democrática que deveria preservar.

Em recente artigo publicado na imprensa argentina⁴⁸⁷, do alto de sua autoridade de ex-juiz da Suprema Corte da Argentina e de um dos mais prestigiados juristas do mundo, o professor Raúl Zaffaroni identificou a marcha de um *plano Condor* de novo tipo no continente alinhavado com o objetivo de, pelas vias judiciais, excluir das contendas eleitorais qualquer dirigente ou líder político que possa representar uma ameaça ao “totalitarismo corporativo”, ou seja, à devoção cega ao ultraliberalismo e ao capitalismo global. De fato, não parece ser razoável tributar ao acaso a similaridade entre o que se passa no Brasil com Lula, na Argentina com Cristina Kirchner, no Peru com Ollanta Humalla, no Paraguai com Lugo e, antes, em Honduras com Zelaya⁴⁸⁸. Todos eles com contas exigidas pela justiça. Não se trata de apelo a teorias conspiratórias, mas da mera constatação de uma determinada realidade fática. Salvo raras exceções, juízes e procuradores no Brasil são recrutados entre os filhos da elite, dos privilegiados que podem se dar ao luxo de treinar por anos a fio para concursos públicos e pagar cursos de pós-graduação especialmente nos Estados Unidos, onde, além de se apropriarem do cabedal técnico próprio de uma cultura jurídica distinta da sua, reforçam suas crenças em um determinado programa para o mundo⁴⁸⁹. Há, portanto, uma conjunção de queres por vezes até inconsciente entre os agentes de Estado que retornam aculturados ao país e o *mainstream* mundial, o que permite àqueles transitar sobre as leis e a Constituição com desenvoltura, construindo uma narrativa apenas formalmente jurídica

⁴⁸⁶ É conhecida a lição de Carl Schmitt, um dos sustentáculos intelectuais do nazismo, para quem o soberano é quem decide sobre o estado ou situação de exceção. (Legalidad y legitimidad. In AGUILAR, Héctor Oreste (org.). Carl Schmitt: teólogo de la política. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 23)

⁴⁸⁷ <https://www.pagina12.com.ar/48398-el-plan-condor-judicial>

⁴⁸⁸ No Uruguai, a oposição de direita tenta reabrir um “juicio” sobre roubo a bancos nos anos 90 pelos Tupamaros na tentativa de envolver o quase asceta ex-presidente Pepe Mujica.

⁴⁸⁹ Não é por acaso que a Escola das Américas mantida pelo governo norte-americano para onde afluíam os oficiais dos demais países americanos para cursos de formação vem perdendo prestígio e serventia. Certamente os norte-americanos deram-se conta que a possibilidade de influenciar e tutelar deslocou-se do corpo militar para civis recrutados nas elites desses países para compor seus aparelhos de justiça. A *nova* Escola das Américas opera nos *Master of Laws* (LL.M) das centenas de universidades americanas. Coincidência ou não, os expoentes da “república de Curitiba” têm formação acadêmica em universidades dos EUA.

de modo a justificar em patamares aparentemente neutros as suas preferências ideológicas.

Esse alinhamento a partir de uma “proposta de ação prática”⁴⁹⁰ comum não exclui, antes favorece o estabelecimento de uma aliança estratégica entre esses agentes do Estado e as corporações, especialmente as corporações midiáticas que, no Brasil, são dominadas por oligarquias familiares e cujo escopo primordial é a manutenção da estrutura dos processos de acumulação capitalista por meio da divisão social do trabalho. Isso lhes permite atravessar as turbulências à margem do que até então se entendia por jurídico.

Não deixa de ser peculiar que o agente da condenação tenha pontuado o seguinte em sua decisão (item 133): *“Em ambiente de liberdade de expressão, cabe à imprensa noticiar livremente os fatos. O sucessivo noticiário negativo em relação a determinados políticos, não somente em relação ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, parece, em regra, ser mais o reflexo do cumprimento pela imprensa do seu dever de noticiar os fatos do que alguma espécie de perseguição política a quem quer que seja. Não há qualquer dúvida de que deve-se tirar a política das páginas policiais, mas isso se resolve tirando o crime da política e não a liberdade da imprensa.”* Evidentemente que há muito mais do que isso nessa relação de cumplicidade. Mais uma vez o agente apela para a estratégia da contrainformação, afirmando o que nega nas entrelinhas. Registre-se que o próprio agente condutor da condenação defendeu em artigo doutrinário sobre a operação “mãos limpas” (*mani pulite*) que a imprensa deveria ser politicamente instrumentalizada pela justiça para atingir seus objetivos persecutórios, sem o qual seria impossível combater a criminalidade organizada, sugerindo muito mais do que uma relação republicana e impessoal entre ambos.

Não é tarefa simples dizer quem instrumentaliza e quem é instrumentalizado. No fundo, há uma relação sinalagmática entre os agentes do Estado e as corporações de mídia. De um lado, julgadores são alçados à categoria de semideuses pela mídia, o que importa também em blindagem em relação aos demais órgãos da estrutura judicial⁴⁹¹, e, de outro, concedem a esta o poder de decisão final real. Nessas situações, os julgamentos ocorrem na e pela mídia. Não é por acaso a recorrente menção às reportagens de O Globo como elemento de “convencimento” da culpabilidade de Lula: mídia e julgador se retroalimentam em uma relação circular em que a “verdade” de um valida a do outro e vice-versa. A sentença torna-se uma mera formalidade, desde que chancele a narrativa previamente apresentada à audiência. Por isso, preceitos civilizatórios constitucionalizados, como a liberdade como regra e a prisão como exceção, a presunção de inocência, a ampla defesa, o contraditório, quando não são tratados como meros entraves à solução já anunciada, são “flexibilizados”, convertendo-se em formalidades onerosas ao processo, a serem cumpridas apenas na aparência, sem qualquer consequência prática em relação ao veredito. Assim, substitui-se a “plácida obscuridade dos processos judiciais” pela “trepidante ribalta dos dramas judiciais”⁴⁹². Juízes despojam-se de seu *munus* de trava à turba, limite às maiorias de momento e

⁴⁹⁰BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 13. ed. Brasília: Ed. da UnB, 2007. v. 2, p. 932.

⁴⁹¹A esse respeito, ver BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 81-82.

⁴⁹²SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 119.

operam, como afirma Habermas, como incorporadores de interesses privados à esfera pública, ainda que se suponham realizando o interesse público, de sorte que se convertem em autômatos de discursos preestabelecidos que se conformam às expectativas de determinados interesses sociais, políticos e econômicos. De fato, não se trata mais de simples casos de publicidade opressiva prejudicial à defesa⁴⁹³, por si só censurável, mas de uma peculiar privatização *ad hoc* da função jurisdicional, uma das expressões da soberania estatal, ou de uma imanente delegação do exercício (i)legítimo da força coercitiva do Estado.

Essa justiça de fancaria atrelada a interesses e a critérios estranhos ao Direito incompatibiliza-se com o estatuto constitucional de garantias, ainda que *finja* aplicá-lo para uma plateia cada vez mais desconfiada. Impossível, nesse quadro, se falar em juízes independentes ou a acusados submetidos a um tribunal sem preconceitos (imparcial), algo inerente ao *fair trial*. Por isso, a agressão ao direito do ex-presidente Lula é uma agressão ao direito de todos e a brutal insegurança que essa condenação carrega, alicerçada em meras suposições preconcebidas, está a minar o que ainda resta de Estado constitucional no Brasil.

⁴⁹³ Em *Sheppard versus Maxwell* (384 US 333), a Suprema Corte norte-americana anulou a condenação de um médico implicado no homicídio da esposa em decorrência de publicidade excessiva prejudicial à defesa (*trial by midia*), entendendo que este prejuízo devia ser presumido em função da intensidade da intervenção da mídia no julgamento, elencando procedimentos a serem adotados pelo juiz, com vistas à garantia de um julgamento justo (*fair trial*). A Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Worm versus Austria* (Application n. 22.714/93, julgado em 29 de agosto de 1997), considerou adequada à Convenção a punição aplicada a um jornalista pelo Estado austríaco, com base na lei nacional (*Austrian Media Act*), por tentar influenciar um julgamento criminal por meio de uma campanha midiática a favor da condenação de um réu. A Corte entendeu que a mera potencialidade de risco ao *fair trial* justifica a intervenção estatal limitadora da liberdade de expressão, em que pese reiterar a importância do escrutínio público na adequada atuação dos juízes, desde que isso, no entanto, não importe em supressão de garantias fundamentais ao réu.

O JUÍZO DE CURITIBA E O DESAMOR DA RIGOROSIDADE PROCESSUAL: PRESUNÇÕES, CONFUSÕES, ILAÇÕES E FALÁCIAS.

Yuri Felix *

Inicialmente, é imperioso destacar a dificuldade de atribuir um nome a esta pequena contribuição, tendo em conta que as inconsistências e impropriedades são férteis e reluzentes quando o assunto é a decisão de primeiro grau proferida na presente ação, onde figura como um dos acusados o ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Pois bem, buscando a precisão e o mínimo de rigorosidade, elegeu-se - de forma arbitrária, pois ao menos este subscritor confessa este arbítrio, diferente de outros que protagonizam este malsinado evento da Justiça Federal Criminal - os itens de número 795 e 804 do presente *decisum*, o que segundo meu juízo já servirá de exemplo das (im)propriedades e (in)consistências. São os que seguem:

"795. Algumas medidas cruciais, porém, foram deixadas de lado, como a necessária alteração da exigência do trânsito em julgado da condenação criminal para início da execução da pena, algo fundamental para a efetividade da Justiça Criminal e que só proveio, mais recentemente, da alteração da jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal (no HC 126.292, julgado em 17/02/2016, e nas ADCs 43 e 44, julgadas em 05/10/2016). Isso poderia ter sido promovido pelo Governo Federal por emenda à Constituição ou ele poderia ter agido para tentar antes reverter a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal".

E também:

"804. Usualmente, se um subordinado pratica um crime com a ignorância do superior, quando o crime é revelado, o comportamento esperado do superior é a reprovação da conduta e a exigência de que malfeito seja punido. Não se verificou essa espécie de comportamento por parte do ex-Presidente, pelo menos nada além de afirmações genéricas de que os culpados deveriam ser punidos, mas sem qualquer designação específica, como se não houvesse culpados cuja responsabilidade já não houvesse sido determinada, como, no caso, aliás, da Ação Penal 470, com trânsito em julgado. Trata-se de um indício relevante de conivência em relação ao comportamento criminoso dos subordinados e que pode ser considerado como elemento de prova".

No item 795, naquele momento, o julgador narrava (não se sabe por qual motivo) os feitos do Governo Lula e suas possíveis falhas, com relação a política do sistema de justiça criminal, sendo assim o julgador da presente ação, assevera ter sido uma insuficiência da gestão presidencial, o fato da mesma não ter empregado esforços para que o instituto da Presunção de Inocência fosse flexibilizado já naquela época, dando a entender que não foram empenhados esforços suficientes para o necessário combate a corrupção. Com perdão da crítica, chega a ser risível a argumentação. A pergunta que

* Doutorando e Mestre do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Foi Presidente da Comissão de Direito Penal e Direito Processual Penal da 40ª Subseção da OAB/SP e Ouvidor do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM. Professor e palestrante com artigos publicados em revistas especializadas. Advogado criminal. Email: advyuri@gmail.com Facebook: www.facebook.com/YuriFelixADV

fica é: Qual a necessidade desta narrativa do ponto de vista decisório? Respondo: Nenhuma! Absolutamente desnecessária.

Por certo, a decisão do HC 126. 292, de 2016, (que mudou a orientação até então consolidada na Corte no HC 84.078, de 2009) para dizer o mínimo, o óbvio, o que não é pouco, feriu além da Constituição da República - art. 5º, LVII - toda a sistemática internacional de Direitos Humanos, tais como, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (art.9º); a Declaração Universal de Direitos do Homem (art. 11); a Convenção Européia de Direitos do Homem (art. 6.2); o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (art. 14.2); o Estatuto de Roma (art. 66.1) e, com especial destaque, a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.2).

Enfim, aquilo que o julgador de Curitiba aponta como "*algo fundamental para a efetividade da Justiça Criminal*", nada mais é do que uma das mais monstruosas arbitrariedades cometidas no (e pelo) sistema de justiça criminal brasileiro e que em nada contribui para o aperfeiçoamento das instituições democráticas, ou seja, cuida-se de um desserviço ao Estado democrático e constitucional, pondo de lado toda construção histórica e internacional de Direitos Humanos, servindo apenas para o incremento da seletividade e superlotação prisional.

Melhor sorte não carrega o item 804 da sentença condenatória. Antes que perguntem vou dizer, este item trata do tema Ação Penal 470 (Mensalão!!!), pasmem, Mensalão, a pergunta seguinte é: Mas qual a relação, como diria o outro, dos alhos com os bugalhos? Respondo: Nenhuma! Absolutamente desnecessária.

No momento em que o julgador afirma que o ex-presidente disse "*nada além de afirmações genéricas de que os culpados deveriam ser punidos*" sublinhou seu total desconhecimento a elementar condição, em um processo penal democrático, de que corresponde exclusivamente à parte acusadora - e não a defesa - a carga probatória válida e suficiente para demonstrar a participação do acusado nos fatos a ele imputado, não podendo a defesa ser submetida, de modo algum, a uma "*probatio diabólica*", de tal modo que a primeira forma de se garantir a presunção de inocência é o reforço deste axioma, exigindo assim provas válidas e suficientes para que seja possível quebrar o estado de inocência, presente em todas as fases do processo penal. Sendo assim, é flagrantemente inconstitucional a aplicação de quaisquer presunções que possam "*ocasionar una inversión de la carga de la prueba con infracción de la presunción de inocencia (STC 105/1988)*"⁴⁹⁴.

Dito de outra forma, o fato de o acusado exercer seus direitos constitucionais e convencionais, afirmando aquilo que deseja e que julga como o mais conveniente ou de alguma forma não colaborar com o órgão acusatório - ou até mesmo com esta nova figura jurídica que é o "juízo acusatório" -, frise-se, de forma alguma pode ser entendida como uma presunção ou mesmo indício de culpa, pois, todos possuem o direito "*de ser tratado como inocente*",⁴⁹⁵ ou "*o derecho que a todo imputado asiste a que se presuma*

⁴⁹⁴ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2 ed. Madrid: Colex, 2007, p. 109-110.

⁴⁹⁵ BINDER, Alberto M.. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad. Fernando Zani. rev. e apres. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 85.

*su inocencia hasta tanto no recaiga contra él una sentencia penal firme de condena*⁴⁹⁶, sendo este, corolário constitucional elementar do processo penal acusatório⁴⁹⁷.

Desta arte, somente com estrita obediência aos corolários elementares do Estado de Direito, respeitando institutos como a garantia do direito de silêncio, a proibição de produção de prova contra si e a presunção de inocência, somente assim, poderá se desenvolver o escorreito exercício da jurisdição⁴⁹⁸.

Com efeito, o ponto de início do julgamento justo é assegurar a liberdade do sujeito contra os eventuais excessos do poder estatal, o que na lição de QUEIJO, inclui-se "o resguardo contra violência físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração dos delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações"⁴⁹⁹.

Cabe destaque que, GIMENO SENDRA⁵⁰⁰, entende que caso a sentença penal condenatória esteja fundamentada em uma prova que tenha ferido a

⁴⁹⁶ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2 ed. Madrid: Colex, 2007, p. 108.

⁴⁹⁷ "El derecho a la presunción de inocencia significa, esencialmente, el derecho de todo acusado a ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba válida de cargo, acreditativa de los hechos motivadores de la acusación, desarrollada o constatada y ratificada en el acto del juicio oral, con sujeción a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad". In: GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2 ed. Madrid: Colex, 2007, p. 109.

⁴⁹⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 84-93.

⁴⁹⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 55.

⁵⁰⁰ "De conformidad, pues, con la doctrina del TEDH (caso Handyside, S 7 de diciembre de 1976; 'The Sunday Times' S 26 de abril de 1979; Sporrang y Lohnroth, S 24 de septiembre de 1982; Bartoldt, S 25 de marzo de 1985) y jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 62/1982, de 15 de octubre, 13/1985, de 31 de enero; 37/1989, de 15 de febrero; 50/1995, de 23 de febrero; 166/1999, de 27 de septiembre; 299/2000, de 11 de diciembre; 138/ 2001, de 10 de junio) pueden extraerse del principio de proporcionalidad, las siguientes notas esenciales: a) todo acto limitativo de un derecho fundamental ha de fundarse y estar previsto (principio de legalidad) en una Ley con rango de Orgánica, pues nuestra Constitución exige que sólo el Poder Legislativo y a través de una Ley con dicho rango (art. 81 CE) pueda autorizar los supuestos en los que, bien el Poder Ejecutivo, bien el Judicial, hayan de limitar alguno de los referidos derechos fundamentales (STC 207/1996); b) 'toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar *motivada*' (SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 37/1989, de 15 de febrero; 85/1994, de 14 de marzo; 181/1995, de 11 de diciembre; 54/1996, de 26 de marzo; 158/1996, de 15 de octubre; 123/1997, de 1 de julio; 236/1999, de 20 de diciembre; 239/1999, de 20 de diciembre, 299/2000, de 11 de diciembre; 47/2000, de 17 de febrero; 202/2001, de 15 de octubre; 138/2001, de 18 de junio; 14/2001, de 29 de enero; y SSTS 23 de junio de 1992, 23 de julio de 2001 -RJ 2001\7297-, 12 de septiembre de 2002 -RJ 2002\8331-, 3 de junio de 2002 -RJ 2002\8792-); c) ha de observarse el cumplimiento del subprincipio de *necesidad*, conforme al cual 'las medidas limitadoras habrán de ser *necesarias* para conseguir el fin perseguido' por el acto de investigación, fin o interés que habrá de estar constitucionalmente protegido, siendo indispensable la práctica del acto limitativo del derecho fundamental para alcanzar dicha finalidad constitucionalmente protegida (SSTC 13/1985, de 31 de enero; 66/1989, de 17 de abril; 57/1994, de 28 de febrero; 58/1998, de 16 de marzo; 207/1996; 18/1999, de 22 de febrero; 47/2000, de 17 de febrero; 70/2002, de 3 de abril; ATC 177/2001, de 29 de junio; SSTS 8 de marzo de 2004 -RJ 2004\2804-; 12 de septiembre de 2002 -RJ 2002\8331-, 4 de abril de 2002 -RJ 2002\5445-; SAP Guipúzcoa 26 de septiembre de 2003 -ARP 2003\768-; AAP Cádiz 17 de febrero de 2004 -ARP 2004\102); d) ha de existir una *adecuación* o 'congruencia entre la medida prevista o aplicada y la procuración de dicho bien constitucionalmente relevante', y e) la finalidad perseguida por el acto instructorio y lesivo del derecho fundamental no ha de poder alcanzarse, sino mediante dicho acto y no con otro igualmente eficaz, pero no restrictivo del derecho fundamental (subprincipio de la '*alternativa*

proporcionalidade, esta infringirá também o princípio basilar da presunção de inocência e, principalmente, o direito do acusado a um processo que obedeça todas as garantias⁵⁰¹. É o que se apresenta neste caso que, como dito, um infeliz momento da justiça criminal brasileira.

No mais, quando o Juiz Moro afirma que: "*Trata-se de um indício relevante de conivência em relação ao comportamento criminoso dos subordinados e que **pode ser considerado como elemento de prova***" (g.n.), demonstra total e profundo desconhecimento das diferenças elementares e processuais com relação a fonte, elemento, meio e função da prova no Estado de Direito, requisito este essencial para prolação de uma sentença democraticamente aceitável, afinal, toda e qualquer decisão deve ser proferida mediante provas sob o crivo do contraditório, elemento central no jogo do processo. Esta colocação subverte a formalidade e rigorosidade essenciais, transformando o tópico em mero golpe de cena processualmente sofrível o que é tecnicamente inaceitável e que necessariamente precisa ser reformado para o bem do Estado democrático e constitucional de Direito, é o que se espera desta decisão.

menos gravosa' para el derecho fundamental) o no debe poderse comprobar 'ex post' que el mismo objetivo hubiera podido alcanzarse con un medio no o menos restrictivo del derecho fundamental (BVerfG 30,292-316-, Gössel; SSTC 66/1985, de 23 de mayo; 178/1985, de 19 de diciembre; 19/1988, de 16 de febrero; 37/1989, de 15 de febrero; 215/1994, de 14 de julio; 122/2000, de 16 de mayo; 126/2000, de 16 de mayo; 299/2000, de 11 de diciembre; 169/2001, de 16 de julio; 138/2001, de 10 de junio y SAP Cádiz de 17 de mayo de 1989)". In: GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2 ed. Madrid: Colex, 2007, p. 61-62.

⁵⁰¹ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2 ed. Madrid: Colex, 2007, p. 62.

Referências

BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad. Fernando Zani. rev. e apres. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2 ed. Madrid: Colex, 2007.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Sobre o livro

Formato 15,5 x 23 cm

Tipologia Bulmer MT (títulos)
Minion Pro (textos)

Papel Pólen 80g/m² (miolo)
Supremo 250g/m² (capa)

Projeto Gráfico Canal 6 Editora
www.canal6.com.br

Diagramação Erika Woelke



Impressão e Acabamento:
www.graficaviena.com.br
Santa Cruz do Rio Pardo - SP

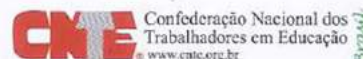
AUTORES

Ademar Borges
Afrânio Silva Jardim
Agostinho Ramalho Marques Neto
Alberto Sampaio Júnior
Alexandre Araújo Costa
Alexandre Gustavo M. F. de M. Bahia
Álvaro de Azevedo Gonzaga
Antônio Eduardo Ramires Santoro
Antônio Martins
Augusto Jobim do Amaral
Beatriz Vargas Ramos
Carlos Marés
Carmen da Costa Barros
Carol Proner
Cecilia Caballero Lois
Celso Antônio Bandeira de Mello
Cezar Britto
Charlotth Back
Claudia Maria Barbosa
Cristiane Brandão
Dalmo de Abreu Dallari
Daniel Gonzaga Miranda
Décio Franco David
Diogo Bacha e Silva
Djefferson Amadeus
Douglas Carvalho Ribeiro
Eder Bomfim Rodrigues
Eduardo Khoury
Egas Moniz-Bandeira
Ellen Rodrigues
Eugênio José Guilherme de Aragão
Fabiano Machado da Rosa
Fabiano Silva dos Santos
Fábio da Silva Bozza
Felipe da Silva Freitas
Fernanda Martins
Fernando Hideo I. Lacerda
Flavio Croce Caetano
Francisco Celso Calmon
Gabriela Shizue Soares de Araujo
Giovanni Alves
Gisele Cittadino

Gisele Ricobom
Gladstone Leonel Júnior
Gustavo Ferreira Santos
Isabela de Andrade P. Miranda Corby
Jacson Zilio
James Walker Jr
João Paulo Allain Teixeira
João Ricardo Wanderley Dornelles
João Victor Esteves Meirelles
João Vitor Passuello Smaniotto
Jorge Bheron Rocha
José Carlos Moreira da Silva Filho
José Eduardo Martins Cardozo
José Francisco Siqueira Neto
José Ribas Vieira
Juarez Cirino dos Santos
Juarez Tavares
Juliana Neuenschwander
Laio Correia Moraes
Larissa Ramina
Lenio Luiz Streck
Leonardo Avritzer
Leonardo Costa de Paula
Leonardo Isaac Yarochevsky
Liana Cirne Lins
Luís Carlos Moro
Luiz Fernando Azevedo
Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira
Marcelo Labanca Corrêa de Araújo
Marcelo Neves
Márcio Augusto Paixão
Marcio Sotelo Felipe
Marcio Tenenbaum
Marco Alexandre de Souza Serra
Marcus Giraldes
Margarida Lacombe Camargo
Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega
Maria Goretti Nagime
María José Fariñas
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Mauricio Stegemann Dieter
Michelle Aguiar

Nasser Ahmad Allan
Nelio Machado
Otavio Pinto e Silva
Paulo Petri
Paulo Teixeira
Pedro Estevam Serrano
Pedro Pulzatto Peruzzo
Rafael Fonseca de Melo
Rafael Thomaz Favetti
Ricardo Franco Pinto
Ricardo Lodi Ribeiro
Ricardo Nunes de Mendonça
Roberta Barbosa Miranda
Roberto de Figueiredo Caldas
Roberto Tardelli
Rogerio Borba
Rômulo de Andrade Moreira
Rômulo Luis Veloso de Carvalho
Rosa Cardoso da Cunha
Ruben Rockenbach Manente
Salah H. Khaled Jr.
Sérgio Batalha
Sergio Francisco C. Graziano Sobrinho
Sérgio Luiz Pinheiro Sant'Anna
Sergio Servulo
Tania Oliveira
Tarso Cabral Violin
Tarso Genro
Tatyana Scheila Friedrich
Tiago Resende Botelho
Valeir Ertle
Vanessa Chiari Gonçalves
Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa
Vitor Marques
Wadih Damous
Wanderley Guilherme dos Santos
Weida Zancaner
Wilson Ramos Filho
Yuri Carajescov
Yuri Felix

PATROCÍNIO



ISBN 978-85-7917-439-1
9 788579 174391

APOIO

