

ORGANIZADORES

Carol Proner

Gisele Cittadino

Gisele Ricobom

João Ricardo Dornelles

COMENTÁRIOS A UM ACÓRDÃO ANUNCIADO

O PROCESSO LULA NO TRF4



INSTITUTO DEFESA DA
CLASSE
TRABALHADORA



Projeto Editorial
PRAXIS



COMENTÁRIOS A UM
ACÓRDÃO ANUNCIADO
O PROCESSO LULA NO TRF4

CAROL PRONER
GISELE CITTADINO
GISELE RICOBOM
JOÃO RICARDO DORNELLES
(ORGANIZADORES)

COMENTÁRIOS A UM ACÓRDÃO ANUNCIADO

O PROCESSO LULA NO TRF4



INSTITUTO DEFESA DA
CLASSE
TRABALHADORA

Projeto Editorial
PRAXIS



INSTITUTO
JOAQUÍN
HERRERA
FLORES



1ª EDIÇÃO

OUTRAS EXPRESSÕES

SÃO PAULO – 2018

Copyright© Instituto Joaquín Herrera Flores – AL, 2018

Secretária Executiva do Instituto Joaquín Herrera Flores – Profa. Dra. Caroline Proner

Parceria com Projeto Editorial Praxis, 2018 – Coordenador do Projeto Editorial Praxis

Parceria com o Conselho Latinoamericano de Ciências Sociais (CLACSO)

Secretário Executivo da CLACSO – Prof. Dr. Pablo Gentili

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)

C732	Comentários a um acórdão anunciado: o processo Lula no TRF4. / Carol Proner, Gisele Cittadino, Gisele Ricobom, João Ricardo Dornelles.-- 1.ed.—São Paulo : Outras Expressões, 2018. 279 p.
	Indexado em GeoDados - http://www.geodados.uem.br . ISBN 978-85-9482-029-7
	1. Luiz Inácio Lula da Silva – Processo judicial. 2. Tribunal Regional Federal – 4ª Região – Processo Lula. 3. Processo Lula – Acórdão – Comentários. I. Proner, Carol. II. Cittadino, Gisele. III. Ricobom, Gisele. IV. Dornelles, João Ricardo. V. Título.
	CDD 340

Catalogação na Publicação: Eliane M. S. Jovanovich CRB 9/1250

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sem a autorização da editora.

1ª edição: agosto de 2018

OUTRAS EXPRESSÕES.

Rua Abolição, 201 – Bela Vista

CEP 01319-010 – São Paulo – SP

Tel: (11) 3112-0941 / 3105-9500

expressaopopular.com.br

livraria@expressaopopular.com.br

www.facebook.com/ed.expressaopopular

SUMÁRIO

NOTA DOS ORGANIZADORES	7
INTRODUÇÃO	13
<i>Marco Aurélio de Carvalho</i>	
UM PROCESSO DE EXCEÇÃO	19
<i>Adriana Ancona de Faria</i>	
REFLEXÕES E REFLEXOS JURÍDICO-POLÍTICOS DE UM (PSEUDO) JULGAMENTO NA HISTÓRIA DO BRASIL E NA APLICAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO	25
<i>Angelita da Rosa</i>	
O IMENSO PREJUÍZO DECORRENTE DOS PRÉ-JUIZOS. A VIOLAÇÃO DA GARANTIA DO JUIZ NATURAL E IMPARCIAL	33
<i>Aury Lopes Jr.</i>	
VOTOS HOMOGÊNEOS E CONDENAÇÃO ALTERNATIVA	41
<i>Beatriz Vargas Ramos</i>	
LAWFARE NEOLIBERAL E O SACRIFÍCIO DE LULA	49
<i>Carol Proner</i>	
A JURISTOCRACIA BRASILEIRA REVELADA NO “CASO TRIPLEX”	53
<i>Claudia Maria Barbosa</i>	
TRF4 ERROU AO DIZER QUE ROL DE SUSPEIÇÃO DEVE SER <i>NUMERUS CLAUSUS</i>	67
<i>Djefferson Amadeus</i>	
O TRF DA 4ª REGIÃO, O TRIBUNAL DE SEGURANÇA NACIONAL E O SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR: QUALQUER SEMELHANÇA NÃO É MERA COINCIDÊNCIA.....	73
<i>Diogo Bacha e Silva e Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia</i>	
ESTADO PÓS-DEMOCRÁTICO, LAWFARE E A DECISÃO DO TRF-4 CONTRA O EX-PRESIDENTE LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA	79
<i>Eder Bomfim Rodrigues</i>	
JUDICIÁRIO E UMA AGENDA DE MORALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	85
<i>Eloísa Machado de Almeida</i>	
COMBATER A CORRUPÇÃO SEM LESAR A PÁTRIA	91
<i>Gisele Cittadino e Carol Proner</i>	
SURREALISMO E DIREITO: O JULGAMENTO DE LULA EM SEGUNDA INSTÂNCIA E A MORTE DE UMA NAÇÃO IMAGINADA.....	95
<i>João Paulo Allain Teixeira, Gustavo Ferreira Santos, Glauco Salomão Leite e Marcelo Labanca Corrêa de Araújo</i>	
OS TRÊS DE PORTO ALEGRE: O ESTADO DE EXCEÇÃO, O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A CRIMINALIZAÇÃO DA POLÍTICA	101
<i>João Ricardo W. Dornelles e Sergio F. C. Graziano Sobrinho</i>	
A MÃO INVISÍVEL DAS DELAÇÕES: ÔNUS DA PROVA E VEDAÇÃO DA PROVA DIABÓLICA.....	107
<i>Jorge Bheron Rocha e Mariella Pittari</i>	
SE VENCEREM, NÃO CONVENCERÃO.....	111
<i>José Eduardo Cardozo</i>	
DO APELO AO SENSO COMUM AOS PODERES DE FATO: O NOVO DIREITO 3.0 QUE LEGITIMA O ARBITRÍO OU “QUANDO A <i>EPISTEME</i> VIRA <i>DOXA</i> ”	115
<i>Lenio Luiz Streck</i>	
O QUE É ISTO “O NOVO QUE PEDE PASSAGEM” DO TRF4 E JOAQUIM FALCÃO?	127
<i>Lenio Luiz Streck, Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira</i>	
HERZOG, MARIELLE E LULA – A TRAGÉDIA DE UMA DITADURA ANUNCIADA.....	131
<i>Alvaro de Azevedo Gonzaga</i>	

A CRÍTICA VIROU MANUAL	139
<i>Flávio Croce Caetano e Aline Carvalho Nóbile</i>	
A DISFUNÇÃO DOS DESENHOS DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SEUS EFEITOS NO ATIVISMO JUDICIAL CONSERVADOR-MIDIÁTICO	143
<i>Gabriela Shizue Soares de Araujo</i>	
A CONDENAÇÃO DE LULA E A AFRONTA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL....	153
<i>Larissa Ramina e Tatyana Scheila Friedrich</i>	
PARA QUE PROVA, SE EU TENHO CONVICÇÃO?	159
<i>Leonardo Isaac Yarochevsky</i>	
O TEMPO, O SENSO E A JUSTIÇA	165
<i>Marcelo Nobre</i>	
OS INDÍCIOS COLETADOS NA AÇÃO PENAL DO “CASO TRÍPLEX” E O S TANDARD PROBATORIO ADOTADO PELO TRF4 NA OPERAÇÃO LAVA JATO.....	175
<i>Márcio Augusto Paixão</i>	
QUANDO A HISTÓRIA SE REPETE COMO FARSA LEGITIMADA	183
<i>Maria Luiza Quaresma Tonelli</i>	
DA IDEOLOGIA PUNITIVISTA ÀS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL: O ACÓRDÃO DO TRF-4 E A FÓRMULA 1 DO PROCESSO LULA.....	191
<i>Marília Lomanto Veloso</i>	
A CRISE MORAL NÃO JUSTIFICA O FIM DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	201
<i>Rafael Faria</i>	
SEJA MARGINAL, SEJA HERÓI: A RECOMPREENSÃO DA SELETIVIDADE PENAL	205
<i>Daniela Portugal</i>	
O ACÓRDÃO QUE CONDENOU UMA IDEIA.....	211
<i>Fernando Hideo I. Lacerda</i>	
LAWFARE INTERNACIONAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL	217
<i>Gisele Ricobom e Paulo Petri</i>	
ANÁLISE DO CONCEITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO NA CONDENAÇÃO DE LULA.....	223
<i>Pierpaolo Cruz Bottini</i>	
NÓS ACUSAMOS! NÓS REQUEREMOS!	227
<i>Pietro Alarcón e Leonardo Godoy Drigo</i>	
VÍTIMAS INOCENTES	233
<i>Roberto Tardelli</i>	
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: O CÁRCERE COMO FIEL ESCUDEIRO DO CAPITALISMO.....	243
<i>Ruben Rockenbach Manente</i>	
PARA AS TREVAS QUE NOS CONDUZEM	253
<i>Tarso Genro</i>	
LULA E O AMOR QUE DEIXA MARCAS: PICASSO E FLÁVIO JOSÉ.....	257
<i>Tarso Genro</i>	
ESPECTROS DE PORTO ALEGRE	259
<i>Thomas Bustamante</i>	
O CASO LULA E AS GARANTIAS JUDICIAIS DOS SISTEMAS INTERAMERICANO E GLOBAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	265
<i>Tiago Resende Botelho e Gustavo de Faria Moreira Teixeira</i>	
A OMISSÃO DO TRF4 FRENTE À INCOMPETÊNCIA E SUSPEIÇÃO DO JUÍZO DA 13ª VARA FEDERAL DE CURITIBA-PR NO PROCESSO QUE CONDENA À PRISÃO UM PROJETO DE DEMOCRACIA E LULA	273
<i>Tiago Resende Botelho e Pedro Pulzato Peruzzo</i>	
O GOLPE E O JULGAMENTO DO RECURSO DE LULA. LA SANGRE TODAVÍA NO HA LLEGADO AL RÍO	279
<i>Wilson Ramos Filho e Ricardo Nunes de Mendonça</i>	

NOTA DOS ORGANIZADORES

O “Processo Lula”, entendido como o conjunto de processos jurídicos movidos contra o ex-Presidente a partir de 2016, já é símbolo de autoritarismo judicial e provoca perplexidade naqueles que defendem os direitos fundamentais. São incontáveis os abusos aos princípios elementares do direito e do processo penal, abusos que transformam o caso em verdadeira saga persecutória contra um líder político.

A sucessão das fases processuais, da primeira à última instância, denota um lado menos conhecido de ingerência na política por setores do sistema de justiça. Revela um fenômeno que precisará ser estudado nas aulas de história do Brasil: um alto grau de judicialização da política com o fim evidente de interferir nos rumos democráticos de uma sociedade.

O presente livro, à semelhança do precedente, *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*, pretende deslindar mais uma dessas fases processuais de exceção e surge como reação ao julgamento do recurso do chamado “Caso Triplex” pelos três desembargadores da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), João Pedro Gebran Neto, Leandro Paulsen e Victor dos Santos Laus que, por unanimidade, confirmaram a sentença condenatória do juiz de primeiro grau, Sérgio Fernando Moro, aumentando a pena do réu Luiz Inácio Lula da Silva para 12 anos e 1 mês de prisão pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

Após convocatória que privilegiou autores dedicados ao direito penal e ao processo penal, bem como professores e advogados que trabalham com direitos humanos, os organizadores da coletânea receberam 40 contribuições de 52 autores que debatem os meandros do acórdão do TRF4, considerado como decisão já anunciada no resultado condenatório, dado o caráter excepcional e anômalo que assume na manipulação de prazos e procedimentos.

Os textos identificam o uso indevido do direito para justificar o abstrato combate à corrupção em detrimento das garantias fundamentais, a coroar uma condenação sem provas e tratam de múltiplos aspectos da fase recursal. São recorrentes alguns temas, como a homogeneidade dos votos aparentemente combinados para construir uma narrativa complementar e única, o aumento da pena que já era excessiva, o tempo do processo, a continuidade do uso do *lawfare* e da ratificação das nulidades do julgamento de primeira instância, especialmente quanto às provas ilícitas e a falta de separação entre juiz da investigação e juiz do processo (imparcialidade), comprometendo a possibilidade de formar a convicção sem desrespeitar o contraditório e o devido processo legal.

Transversal à análise técnico-jurídica, identificam os autores a indisfarçável vontade de condenar em tempo recorde, com o objetivo de possibilitar a execução antecipada da pena – prisão após decisão em 2ª instância – que só se fez viável por meio de uma decisão precária e provisória do Supremo Tribunal Federal (STF) e que aguarda decisão definitiva do pleno dessa mesma Corte. Aproveitando-se da provisoriedade, as instâncias inferiores e mesmo alguns juízes ministros de Cortes Superiores, desrespeitando o preceito constitucional da presunção de inocência, defendem que Lula deve permanecer preso e até mesmo ser inabilitado antecipadamente num processo eleitoral jamais visto.

A cronologia de uma sentença e de um acórdão anunciados não deixa dúvidas a respeito da vontade de condenar, prender e eliminar o pré-candidato da corrida eleitoral e, no momento em que este livro está sendo finalizando, arbitrariedades ainda mais escandalosas continuam acontecendo.

Recordemos alguns fatos:

i) da decisão do TRF4 em 24 de janeiro de 2018 – julgamento transmitido ao vivo em rede nacional – até o presente mês de julho de 2018, a defesa do ex-Presidente interpôs diversos recursos, seja para evitar a prisão, seja para que o réu fosse libertado. A cronologia demonstra o indisfarçável desespero dos juízes em despachar e consolidar a condenação de 2º grau para inviabilizar a candidatura de Lula;

ii) em 07 de março foi apresentado ao Superior Tribunal de Justiça um pedido de *habeas corpus* com base no princípio da presunção de inocência para interromper a execução da pena com base na Constituição, e o mesmo foi rejeitado;

iii) em 27 de março, vencidos os prazos de embargos declaratórios, o TRF4 autorizou a execução provisória da pena, dando luz verde para a possível prisão, momento em que as ruas se acirraram ainda mais com a passagem das Caravanas do pré-candidato Lula pelo sul do país;

iv) no dia 28 de março, um incidente mais grave de hostilidade é registrado contra as Caravanas da Liberdade: três tiros são disparados contra um dos ônibus que levava a comitiva de jornalistas e correligionários, mas a grande imprensa dá pouco destaque e se nega a reconhecer os ataques como ameaças à integridade física do pré-candidato;

v) no dia 04 de abril, às vésperas da análise do pedido de *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal, a cúpula do exército brasileiro, em manifestação inesperada, deixa evidente a pressão sobre o judiciário e, por meio do *twitter*, o chefe das Forças Armadas ameaça: “o Exército Brasileiro julga compartilhar o anseio de todos os cidadãos de bem de repúdio à impunidade e de respeito à Constituição”;

vi) no dia 05 de abril, mesmo com o repúdio de alguns ministros da Suprema Corte à pressão das Forças Armadas, o resultado é surpreendente e, por estreita margem de seis votos a cinco, a Suprema Corte rejeita o recurso pela liberdade de Lula. Os fundamentos denegatórios são os mais variados, mas deixam brecha para que nova decisão sobre “presunção de inocência” sobrevenha em julgamento futuro;

vii) no próprio dia 05 de abril, contrariando todas as expectativas e precedentes, o juiz Sérgio Moro determina a prisão de Lula e determina que ele se apresente à Polícia Federal até às 17h do dia seguinte. O mandado impetuoso é entendido pela comunidade jurídica, mesmo por quem não apoia o ex-Presidente, como arbitrário e até mesmo ilegal;

viii) acompanhando o julgamento na sede do Sindicato dos Metalúrgicos, em São Bernardo do Campo, Lula decide, ao lado da família, dos movimentos sociais, do mundo sindical, acadêmico, jurídico e de incontáveis admiradores e aliados políticos, cumprir a ordem ilegal para evitar maiores arbitrariedades, pois já ecoava a ameaça de pedido de prisão preventiva por parte de Moro;

ix) sendo assim, no dia 06 de abril, Lula aceita as condições de cumprimento antecipado da pena e consegue evitar a espetacularização da prisão, saindo do sindicato nos braços do povo, imagem que correu o mundo como símbolo da injustiça judiciária. Desde então e até a edição do presente livro, já se passaram mais de 100 dias de aprisionamento a constranger o mundo jurídico democrático;

x) durante os 3 meses em que é mantido preso “em condições especiais” na sede da Polícia Federal, em Curitiba, além da comoção popular e da repercussão internacional que nitidamente descreve Lula como um prisioneiro político, muitos recursos jurídicos foram tentados sem sucesso. Não surtiram efeito os apelos para que a Presidente da Suprema Corte, ministra Cármen Lúcia, chamasse à pauta o julgamento das ADCs que tratam da constitucionalidade da presunção de inocência. Não foram deferidas as centenas de pedidos de *habeas corpus* interpostos

por advogados e entidades de todo o Brasil, sem contar o cotidiano dramático do aprisionamento, das inúmeras negações de pedido de visita da família, de parlamentares, de autoridades e até do próprio médico do ex-Presidente para a juíza encarregada da execução da pena, bem como a proibição de entrevistas usualmente concedidas a outros presos;

Recentemente a um dos episódios mais dramáticos de todo o processo e que escancara a parcialidade do juiz Sérgio Moro durante a condução da Operação Lava Jato: uma verdadeira guerra jurídico-midiática que mobiliza setores do sistema de justiça na defesa da mais escandalosa ilegalidade do juiz de piso que, mesmo desfrutando de férias em Portugal e num domingo, telefonou para Curitiba e proibiu agentes da Polícia Federal de cumprirem uma ordem de liberação (Alvará de Soltura) em favor de Lula expedida pelo juiz de plantão no TRF4, o desembargador Rogério Favreto.

Mesmo diante dos ataques que vem sofrendo o desembargador plantonista por ter ousado aplicar a legalidade em prol das garantias civis e políticas, a ilegalidade de Moro é insustentável: sem ter qualquer competência sobre o processo, já em fase de execução, mesmo sendo domingo, telefonou desesperadamente para a Delegacia de Polícia e desautorizou o cumprimento do alvará de soltura expedido, frustrando a liberação, cometendo crime de descumprimento de ordem judicial, ignorando definitivamente a legalidade, o regime de competência e a hierarquia a que estaria submetido não fosse o regime de exceção judicial vigente no país.

A presente obra não chega a tratar deste episódio, que é posterior ao recebimento dos artigos. Provavelmente será necessário um terceiro volume, talvez dedicado ao comportamento dos tribunais superiores e de certos ministros a participar de um dos mais escandalosos casos de ativismo judicial para perseguir um líder político. Não faltam razões para motivar uma reflexão a respeito do comportamento de ministro como Luiz Edson Fachin que, manobrando prazos e procedimentos, evitou o julgamento de novo pedido de liberdade interposto pela defesa à 2ª Turma do STF. Ou da Ministra Presidenta Cármen Lúcia, que jamais aceitou julgar as ADCs que tratam da presunção de inocência. Lamentavelmente, para a história do direito do Brasil, vamos percebendo que essa foi uma decisão do STF: de não decidir sobre a liberdade de Lula ou, *contrario sensu*, decidir que ele deve permanecer preso.

Todos os que aqui escrevem, e que guardam independência de suas opiniões, acompanharam, ao longo de um ano e meio, o processo judicial contra o ex-Presidente Lula e o incansável trabalho de defesa realizado por diversos advogados. O compromisso que move os que participam da coletânea está longe de ser político-partidário, mas movido pela indignação de ver o avanço dos atos de

exceção judicial a desrespeitar a legalidade e o pacto constitucional, bem como prever as graves consequências que serão sentidas não apenas por Lula, mas por todos os milhares de presos atingidos pelo desrespeito à presunção de inocência.

Como organizadores desta segunda obra dedicada ao Processo Lula, queremos agradecer e enaltecer o trabalho das entidades jurídicas em defesa das garantias processuais, das prerrogativas e do devido processo legal, em especial à Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD), criada no final de 2017 para defender o Estado Democrático de Direito. Este livro não seria possível sem a ABJD e o engajamento de operadores do direito de todo o país mobilizados na defesa da democracia.

Esperamos que a leitura possa ser esclarecedora e útil para entender, no futuro, as razões que levaram membros do Ministério Público e do Judiciário a renunciar ao necessário e saudável combate à corrupção dentro das raias da legalidade, preferindo o ativismo jurídico a serviço de outros fins que quiçá não são evidentes no presente momento.

INTRODUÇÃO

“Abelardo II – A burguesia só produziu um teatro de classe. A apresentação da classe. Hoje evoluímos. Chegamos à espinafração”

Oswald de Andrade em *O Rei da Vela*.

Esta obra reúne artigos de respeitadores operadores do Direito, escritos com um propósito comum: desmascarar a farsa jurídica criada para dar impressão de “legitimidade” à prisão de Lula.

No grave contexto da política nacional, em que se assiste ao dramático espetáculo de destruição dos valores basilares do Estado Democrático, uma publicação dessa natureza cumpre um papel estratégico na resistência aos desmandos dos Três Poderes, e em particular aos proferidos pelo Judiciário de forma tão coordenada e recorrente. O combate que se trava aqui é no terreno das ideias. Mais especificamente, a luta deste livro é para restituir a verdade dos fatos na esfera jurídica, evidenciando os “andaimos da construção” do teatro farsesco do golpe que vitimou nossa jovem e ainda frágil democracia.

Os textos que o integram, portanto, devem ser lidos como vozes de combatentes de um verdadeiro e valoroso exército de juristas e de operadores do Direito organizado para resistir não só aos sistemáticos ataques às liberdades democráticas, mas também, e em especial, à narrativa que os pretende legitimar.

Na guerra contra os retrocessos autoritários, a defesa de Lula representa, metonimicamente, a defesa das liberdades e garantias fundamentais do próprio Estado de Direito. Com esta dimensão, a presente publicação oferece ao leitor, e à história, uma profunda reflexão a respeito do avanço e da consolidação do processo de politização do judiciário e de judicialização da política em nossa sociedade, bem como de seus nefastos e perversos efeitos.

Na “Introdução à Crítica da Filosofia do Direito de Hegel”, Marx usa a “arma da crítica” para declarar “guerra à situação alemã”. Os articulistas reunidos nas trincheiras deste volume, por sua vez, lançam-lhe mão para denunciar a grave instabilidade institucional da “situação brasileira”. Recorrendo às palavras do

pensador alemão, sabemos que, “sem dúvida, ela está abaixo do nível da história, abaixo de toda crítica; não obstante, continua a ser um objeto de crítica, assim como o criminoso, que está abaixo do nível da humanidade, continua a ser o objeto do carrasco. Em luta contra ela, a crítica não é uma paixão da cabeça, mas a cabeça da paixão. Não é um bisturi, mas uma arma. Seu objeto é seu inimigo, que ela não quer refutar, mas destruir. Pois o espírito de tal situação já está refutado (...). Seu ‘pathos’ essencial é a indignação, seu trabalho é a denúncia” (Karl Marx, *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*, Boitempo, São Paulo, 2013, p.153).

Ao dissecar vícios, erros, omissões, criminosas manipulações de fatos e dados, e incontáveis e criativos esforços interpretativos, os textos aqui reunidos corajosamente enfrentam instituições e personagens cuja atuação jamais alcançou ou alcançaria a importância da nobre função que abraçaram.

Felipe Demier, no artigo “O bonapartismo de toga: golpe, contrarreformas e o protagonismo-político do Poder Judiciário no Brasil atual”, traduz bem a questão: “Gozando de amplo apoio dos setores médios, em especial de seus estratos mais conservadores, a Operação Lava Jato demonstra servir aos interesses mais estratégicos da classe dominante, na medida em que vem, desde antes do golpe (do qual ela foi parte ativa), criando as condições políticas propícias para que as contrarreformas e o ajuste fiscal possam ser efetivados.

Em meio a um cenário que combina a derrota do petismo, a fraqueza político-organizativa da classe trabalhadora e uma espécie de ‘crise orgânica’ da burguesia brasileira, cujos representantes políticos tradicionais, os seus partidos e líderes, parecem não servir mais para executar, com legitimidade social, as tarefas contra reformistas exigidas pelo capital, o Poder Judiciário, com suas baterias coercitivas cada vez mais voltadas para os setores revéis da classe trabalhadora e até mesmo para suas lideranças reformistas e colaboracionistas, parece se apresentar como uma alternativa política possível para a classe dominante brasileira. O ingurgitamento desse aparato jurídico tende a exacerbar a blindagem de nossa já blindada democracia e a acentuar suas tendências semibonapartistas, trazendo a possibilidade, a depender da luta de classes, de que a mesma possa vir a ser substituída por um novo regime, de cariz ditatorial. Assim, embora não seja, a julgar pela correlação de forças atual, o cenário mais provável, um bonapartismo de toga, com ou sem um Bonaparte, não pode ser descartado do horizonte próximo do país”¹

.....
¹ <https://esquerdaonline.com.br/2018/01/25/o-bonapartismo-de-toga-golpe-contrarreformas-e-o-protagonismo-politico-do-poder-judiciario-no-brasil-atual/>.

A perseguição política, como em outros momentos, migrou para os tribunais. Ou, caberia a pergunta: a perseguição dos tribunais avançou para arena política? Sob outro ângulo, um olhar abrangente constataria que existe hoje uma simbiose de interesses entre a alta burocracia do sistema judicial e determinados atores político-partidários.

No auge da Inquisição, o filósofo Giordano Bruno desafiou o poder por questionar crenças religiosas e políticas. Até ser queimado literalmente numa fogueira, em 1600, defendeu o conceito de que a “verdade deve prevalecer sobre as vontades e as crenças”. Inspirador do movimento iluminista, expressou um desabafo, pouco antes de morrer: “que ingenuidade a minha: pedir aos donos do poder a transformação do próprio poder”.

Este livro, sem medo das fogueiras e com a admirável e corajosa colaboração de renomados juristas, aponta, em última análise, para a premente necessidade de reforma do poder. O conjunto de textos aqui reunidos irá se perpetuar na memória das futuras gerações e será um forte registro histórico do ativismo judicial que nos assola e envergonha.

Ao desconstruírem os elementos da ação que levou injusta e criminosamente ao cárcere o maior líder político do país, responsável pelo mais profundo programa de inclusão e de distribuição de renda e de riquezas, apontando a perfídia nos ritos processuais, os presentes textos são uma forte e contundente Denúncia. Na essência, resgatam o inestimável valor social das prerrogativas cidadãs: a presunção da inocência, a observância rigorosa da constituição, o amplo direito de defesa, a previsibilidade e segurança jurídica, e a função contramajoritária do sistema judicial.

Defender as referidas prerrogativas é um ousado desafio ao pensamento dominante, à cobertura midiática tendenciosa e às instituições com elevados padrões seletivos de justiça. Um verdadeiro sopro de esperança em tempos tão tristes e sombrios.

As ações repressivas, produzidas por um grupo específico no poder, sobre outro, infelizmente repetem-se ao longo da trajetória humana. Foi assim nos Tribunais do Santo Ofício, no nazismo, no fascismo, no macarthismo, e permanece assim nas ditaduras contemporâneas e nas chamadas democracias constitucionais.

São demarcadas por grupos sociais inconformados frente ao avanço de direitos sociais e profundamente descontentes com a construção de um projeto democrático com mais inclusão e justiça. Todos os períodos históricos de perseguição política mostram-se repletos de represálias, violências e retirada de direitos. No Brasil de hoje, não é diferente. A realidade nos remete, infelizmente, para os tempos obscuros da Idade Média.

No diálogo com a realidade destes tempos ameaçadores, este livro incorpora o chamamento do poema de Bertold Brecht: é preciso lutar a vida inteira, todos os dias. Somente o enfrentamento incansável pode nos levar ao caminho da libertação.

O historiador Valério Arcary define esse regime nos seguintes termos: “Apresentando-se como a representação da nação em uma hora de emergência, o regime bonapartista repousa na força do apelo à união de todas as classes, de todas as posições políticas em torno de um objetivo comum. O seu rosto foi, invariavelmente, o de um bonaparte, ou seja, de um homem que está acima das divisões políticas e foi predestinado para salvar a pátria”².

Hoje, talvez, seja o Judiciário quem represente esse poder que cria a ilusão de estar acima das classes, dos partidos, como um ente “imparcial” arbitrando os conflitos: essa narrativa farsesca, que atingiu o clímax na prisão de Lula, teve no rosto de Sérgio Moro, por exemplo, a personificação do “bonapartismo” em versão togada.

Ao encerrar esta breve apresentação, quero destacar o brilhante trabalho de Cristiano Zanin, Valeska Teixeira, Sepúlveda Pertence e José Roberto Batochio, advogados de defesa do cidadão Luiz Inácio Lula da Silva (brasileiro, viúvo, nascido em Caetés, distrito de Garanhuns, Pernambuco).

Sim, vale mencionar o Lula despojado das honrarias e títulos de ex-presidente, porque o que está em jogo – além da complexidade de interesses da própria natureza da disputa – é o recado dos poderosos: “sejam sempre submissos”. A submissão é o monólogo do andar de cima em relação ao andar de baixo.

Sob este pano de fundo, o valioso e impecável trabalho da defesa tornou-se descartável, acessório, inócuo. Quando, em um processo desta dimensão e com extraordinária repercussão internacional, um juiz dispensa fartas e incontestáveis provas materiais da inocência de um réu, e mais de 70 testemunhas de defesa, agindo como um verdadeiro “Torquemada”, torna-se evidente que se tratava de um jogo de cartas marcadas.

Com todas as componentes estruturantes do ativismo judicial em exame, e com o conforto do aplauso de seus suseranos, os Desembargadores do TRF 4, em seu patético acórdão, escreveram apenas mais um lamentável episódio de um julgamento que começou pelo resultado que pretendia alcançar. Uma vez definida a condenação, abriram-se as cortinas e o espetáculo começou. Cena após cena, o objetivo era um só: justificar o injustificável.

.....
² Prefácio do livro de Felipe Demier, “O longo bonapartismo brasileiro”, Mauad X, Rio de Janeiro, 2013, p.16

Jean Genet, na peça “O Balcão”, profetiza o sentimento que acompanha as decisões judiciais em apreço. Se ao Lula não pudessem ter sido imputados crimes descomuns, não estaríamos diante de “juízes descomuns”. Este é o verdadeiro enredo da perseguição selvagem que promoveram: no vazio existencial, a busca de protagonismo e de significância. A história, entretanto, não costuma ser generosa. Quem se recorda do nome do carrasco de Tiradentes?

Como um verdadeiro “esquadrão de proteção” do juiz Moro (“Schutzstaffel judicial”), os referidos julgadores deveriam ser coletivamente responsabilizados pela miríade de atrocidades perpetradas em seu nome. Que bons e novos ventos os levem à “Nuremberg”.

Por fim, a presença plural dos autores – de diferentes matizes e vinculações – muito nos orgulha. Quero agradecer a cada um pela presença e participação neste importante projeto.

Ao grupo Prerrogativas, fraterno e inspirador, agradeço pela imensa boa vontade, generosidade e perseverança na condução deste movimento de resistência. Saúdo também com especial alegria a Associação Brasileira de Juristas pela Democracia – ABJD, vocacionada à defesa e à preservação das garantias fundamentais em um momento de grave crise jurídico-política em nosso país.

Para os antigos navegantes, sem bússolas, as estrelas davam a direção. Nestes tempos turvos, de mares turbulentos e tantas tempestades, a luz de figuras como Carol Proner e Gisele Cittadino aponta um horizonte e evita o naufrágio. A competência, o comprometimento e a sensibilidade de nossas organizadoras são o nosso maior triunfo. Um privilégio poder caminhar sob este comando. Profissionais reconhecidas e acreditadas pela Academia, sacrificaram-se na construção deste grande movimento de defesa da Democracia. Não se esconderam no refúgio confortável e oportunista do silêncio. Não se acovardaram. Não se omitiram.

A elas, o meu mais incontido agradecimento. Pelo aprendizado constante, e por alimentarem nossas melhores crenças

Boa Leitura.

*Marco Aurélio de Carvalho,
Advogado, formado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
inscrito na OAB-SP e na OAB-DF. Membro integrante da ABJD.*

UM PROCESSO DE EXCEÇÃO

Adriana Ancona de Faria¹

A sentença proferida em 19 de julho de 2017 pelo juiz federal Sérgio Moro, titular da 13ª Vara da Justiça Federal de Curitiba, que, entre outras medidas, condenou o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva a cumprir nove anos e meio de prisão pelos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, é uma das mais questionadas sentenças do País, do ponto de vista do cumprimento dos pressupostos necessários à caracterização do fato tipo em relação aos crimes apontados e da comprovação do comprometimento do acusado ao suposto fato criminoso.

Conforme apontado por inúmeros juristas atuantes no direito criminal, a leitura do processo penal em questão não permite a identificação comprovada da denúncia objetiva e subjetivamente.²

O Juiz Moro condena o ex-Presidente Lula sem que se tenha conseguido comprovar a ocorrência do crime de corrupção passiva, seja pela inexistência da propriedade do imóvel em questão pelo acusado, que efetivamente se manteve no patrimônio da empresa OAS e que inclusive dispôs desse como garantia em outros contratos, seja porque na ausência da propriedade não se verificou qualquer uso do bem apontado pelo acusado. Sem aumento de patrimônio ou uso pelo acusado não

.....
¹ Adriana Ancona de Faria é doutora em Direito Constitucional e Professora da Faculdade de Direito da PUC/SP. Atuou como membro das comissões de pesquisa, direito constitucional e ensino jurídico da OAB/SP. Foi Chefe de Gabinete da Reitoria da PUC/SP e Coordenadora do curso de Graduação e Coordenadora Institucional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: ensino jurídico, universidade, ativismo judicial, políticas públicas e silêncio administrativo.

² Nesse sentido *Comentários a uma sentença anunciada – o processo Lula*. Organizadores: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. Canal 6 editora. Bauru, SP. 1. Ed., 2017.

se consubstancia a existência de vantagem indevida necessária à configuração do tipo penal (art. 317 do Código Penal)³. Por outro lado, e não de menor gravidade, a condenação se dá sem que se demonstre qual seria o ato de ofício potencial que articulou a possibilidade de percepção de vantagem (que não se caracterizou) em razão da função pública. Nada nesse sentido restou comprovado, e pior, em sede de embargos de declaração, o juiz Moro afirma que nunca considerou a possibilidade do ex-Presidente Lula ter recebido vantagens provenientes de recursos ilícitos desviados da Petrobras, o que consiste exatamente na tese da denúncia feita pelo Ministério Público Federal. Ou seja, o acusado foi condenado sem prova da ocorrência de crime ou de sua participação e por hipótese alheia à da denúncia e que, inclusive, teria que ser possível (a contrário senso do que considerou o magistrado) para justificar a competência do juízo de Curitiba no julgamento da causa.

Se não há transferência de propriedade, não há fruição do bem, não há ato de ofício e nem mesmo qualquer transação concreta diretamente aprovada ou determinada pelo ex-Presidente Lula, que articule benefícios entre a empresa OAS e o acusado, não há crime e, por conseguinte, não há como se condenar alguém na hipótese.

A sentença do juiz Moro, em verdade finaliza um processo não menos questionado que a sua conclusão, por ter contado com uma jurisdição que violou sigilo telefônico sem a autorização legal devida e divulgou criminosamente seu conteúdo com a intenção política de impedir uma regular nomeação do ex-Presidente ao cargo de Ministro de Estado da então Presidenta Dilma, uma jurisdição que abusou da autoridade em pirotécnica condução coercitiva do acusado, sem que houvesse intimação prévia para o interrogatório, que grampeou escritório de advocacia, protegido por sigilo constitucional inerente ao conceito de direito de defesa, e que se utilizou de confissões que se contradizem e não são acompanhadas de outras provas, para decidir por uma condenação antijurídica.

Se o processo judicial de Curitiba já caracteriza uma quebra representativa dos valores ordenadores de nosso Estado de Direito, onde presenciamos uma atuação magistral e determinada do sistema jurídico com o objetivo de aniquilar um per-

.....
³ Art. 317 – 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: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei n. 10.763 de 12.11.2003) § 1º – A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. § 2º – Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

sonagem político por meio de um processo aparentemente legal (*lawfare*), a decisão proferida pela oitava turma do Tribunal Regional Federal da quarta região (TRF-4) não melhora a situação. O Acórdão proferido escancara a pretensão persecutória ao ex-Presidente Lula, ao articular uma decisão unânime, que aumenta a pena do condenado e determina sua prisão,⁴ sem enfrentar concretamente nenhuma das fragilidades da decisão a quo, e aponta, por sua absoluta falta de consistência jurídica, com a hipótese de ter o intuito de impedir a participação do ex-Presidente no processo eleitoral de 2018, atingindo diretamente um dos valores mais relevantes de uma ordem democrática que é o prestígio à soberania popular.

Os senhores desembargadores não apresentam nenhum elemento para sustentar a condenação do ex-Presidente. É incrível como os votos de cada um chega articulada com o dos outros e elegem como linha central de defesa da decisão condenatória: (a) a qualidade jurídica e a importância do juiz Moro no combate à corrupção; (b) a imparcialidade política do juiz Moro que já condenou representantes de diversos partidos políticos do País; (c) o convencimento sobre a existência de provas documentais dado que existe documento que mostra a intenção de aquisição do imóvel por parte da família do ex-Presidente, a realização de reformas no imóvel buscando a ocupação deste pela família Lula e a visita ao imóvel por sua mulher (já falecida hoje), seu filho e o próprio ex-Presidente; (d) o acolhimento da existência de uma suposta conta geral de propinas do Partido dos Trabalhadores, para favorecer esquemas de benefícios das empresas e (e) a aceitação como prova dos depoimentos e delações premiadas de agentes públicos, empresários e políticos envolvidos em graves crimes, e em especial a participação do então Presidente da República para a nomeação de Paulo Roberto Costa para cargo de direção da Petrobras.

De forma geral nos parece claro que a defesa da imparcialidade de um juiz no exercício de suas funções só pode representar uma reação às suspeitas apresentadas pela sociedade, quanto à existência de uma justiça seletiva.⁵ E, do ponto de vista

.....
⁴ A prisão por decisão em segunda instância foi decidida pelo STF em afronta a expresso dispositivo constitucional, conforme nosso entendimento.

⁵ Decisões extravagantes e de baixa consistência jurídica dialogam com esse sentimento. Nesse sentido podemos destacar algumas posições assumidas pelo STF, como: A prisão do Senador Delcídio do Amaral com duvidosa ocorrência de flagrante; a prisão do Deputado Eduardo Cunha, pela aplicação da tese de cabimento de cautelar de suspensão de mandato pelo Judiciário, tese essa que depois foi retirada no caso do Senador Aécio Neves e só foi aplicada ao Deputado Cunha depois de deixá-lo presidir o processo de *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff; o impedimento da nomeação do ex-presidente Lula como Ministro de Estado da Presidente Dilma com base em argumentos que foram desconstruídos pelo mesmo Tribunal quando da nomeação do Ministro Moreira Franco; a tentativa e o recuo em relação ao afastamento do senador Renan Calheiros da presidência do Senado; e, no que se refere

específico do processo em questão, parece-nos razoável a percepção social de uma atuação persecutória ao ex-Presidente Lula, dado o iter processual sob o comando do juiz Moro, com inúmeros atos de ilegalidade e abuso de poder perpetrado pelo magistrado de Curitiba, como já apontado.

A aceitação por um Tribunal da ocorrência de um crime de corrupção passiva, sem a configuração de qualquer vantagem indevida para o acusado, uma vez que a suposta vantagem não agregou seu patrimônio e nem foi fruída de forma nenhuma, sendo reconhecida como um benefício de fato sem que se verifique nenhuma materialização de uma condição vantajosa no mundo real, constitui uma construção retórica assustadoramente teratológica. É inaceitável uma condenação criminal sustentada na construção retórica de um crime, que não apresenta nenhuma evidência concreta que permita caracterizar a configuração do elemento do tipo. Senão vejamos: Os desembargadores assumem a existência de prova sobre a vantagem indevida que condena o ex-Presidente pois há documentação onde a Dona Marisa manifesta interesse na aquisição do imóvel e, a partir daí a empresa OAS começa a realizar reformas com a clara intenção de que este imóvel seja usufruído pela família Lula. O fato de não ter havido aumento de patrimônio e nem fruição pelo acusado e por sua família é ignorado pela justiça que confirma a condenação criminosa, como se isso não importasse. E qual seria a contrapartida da OAS para esse suposto benefício ao ex-Presidente Lula? Uma suposta conta de propinas para o Partido dos Trabalhadores, que favoreceria a manutenção do PT no poder e eventualmente beneficiaria alguns de seus dirigentes, em troca de contratos abusivos garantidos para determinadas empresas dentro de um grande esquema de corrupção junto à Petrobras, que já vem sendo desmascarado em tantos outros processos e condenações já confirmadas pelo juízo de Curitiba. O ex-Presidente Lula foi condenado nesses processos? Não. Houve comprovação de que propinas teriam sido recebidas pelo ex-Presidente Lula em troca de vantagens para OAS em contratos da Petrobras? Não, inclusive como já apontado, o juiz Moro em sede de embargos de declaração, afirma que nunca considerou a possibilidade do ex-Presidente ter recebido vantagens indevidas oriundas dos recursos ilicitamente desviados da Petrobras. Então houve algum ato de ofício do ex-Presidente, que demonstre alguma vantagem concedida à OAS? Não, mas o ex-Presidente atuou

.....
mais diretamente à uma visão de criminalização do espaço da política, temos as decisões que autorizam a prisão após decisão em segunda instância e a não diferenciação entre caixa 1 e caixa 2 em relação ao crime de corrupção, além do acolhimento de inúmeras práticas heterodoxas, de restrição de garantias do devido processo penal no desenvolvimento da operação Lava Jato.

diretamente para garantir a nomeação de Paulo Roberto Costa, responsável por várias ilegalidades. E daí? As pessoas respondem criminalmente por descaminhos de seus nomeados? Não.

O convencimento pessoal do Juiz Moro e dos Senhores Desembargadores do TRF-4 de que haveria uma suposta intenção de vantagem indevida na aquisição não consumada do imóvel em questão não prova a ocorrência de crime algum, especialmente quando objetivamente vantagem nenhuma se materializou, sequer como intenção clara do ex-Presidente diante de alguma contrapartida específica. Assim como o convencimento pessoal dos Senhores Desembargadores do TRF-4 de que é impossível que o ex-Presidente não tivesse conhecimento do esquema de corrupção existente junto à Petrobras, não autoriza nenhuma condenação criminal contra o ex-Presidente, seja porque o desenvolvimento de um relato concatenado de hipóteses não transforma uma construção retórica em fatos ou provas, por mais didática e magistral que se apresente, seja porque a decisão condenatória do Tribunal baseada no convencimento de que ele seria garantidor de um esquema de corrupção relacionado ao financiamento de partidos, não foi a acusação do processo em pauta.

Dentro de um Estado Democrático de Direito, não há teoria de direito penal, seja a do livre convencimento ou da livre apreciação da prova, que possa se traduzir na possibilidade de condenação criminal sem que se demonstre objetivamente a existência da ocorrência das hipóteses constitutivas do tipo, e a comprovação concreta de participação do acusado. Teses explicativas sobre determinadas hipóteses teóricas não criam, por si só, comprovações empíricas sobre nada.

O conceito de Estado de Direito, os princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa são valores constitucionais que não estão abertos ao livre convencimento do magistrado, no sentido de desconstituir seus sentidos e de desconsiderar a força de garantia que carregam. O Estado só possui o monopólio da violência legítima, e a possibilidade da condenação de uma pessoa à prisão é expressão dessa concepção do Estado Moderno, na medida em que haja contenção do Estado pelo Direito. O Estado de Direito não é um Estado qualquer, mas apenas aquele que vive sob o primado do Direito, em que o exercício do poder esteja sobre o império da lei e condicionado à garantia jurídico-forma e efetiva realização material dos direitos e liberdades fundamentais.

A força jurídica das garantias constitucionais, atreladas à concepção de Estado de Direito, portanto, exigem que ninguém seja condenado criminalmente em um processo penal sem direito à ampla defesa e ao contraditório, o que implica em que haja a possibilidade de se defender de acusação sobre fato e condutas específicos

imputados pela denúncia acusatória, que o ônus da prova sobre o cometimento do ato ilícito caiba à acusação, que não haja condenação fora do que se prevê como ato típico e do que compôs a acusação, que seja garantida a imparcialidade do juízo e que o processo não seja acompanhado de ações abusivas e persecutórias contra o acusado; que o réu não tenha que se defender contra acusação genérica e que na existência de prova duvidosa haja absolvição, pois vale a máxima *in dubio pro reo*.

As exigências constitucionais do devido processo penal não foram respeitadas no presente caso, nem em primeira e nem em segunda instância. A condenação do ex-Presidente Lula, decidida de forma unânime pela turma do TRF-4, ofende direitos fundamentais do ex-Presidente Lula, e os preceitos de um Estado de Direito, o que por si só é uma atuação judicial inaceitável. No entanto, quando pensamos nos efeitos dessa condenação do ponto de vista político eleitoral do País vemos o Judiciário brasileiro impedindo deliberadamente o exercício da soberania popular, excluindo o candidato de maior apoio popular do Brasil da possibilidade de ser escolhido por sufrágio universal, por uma condenação absolutamente inaceitável. Aqui sim o Judiciário comete um efetivo crime à ordem democrática brasileira, reafirmando a ofensa já sofrida pelos eleitores do País que viram a destituição da Presidenta Dilma legitimamente eleita, sem que se configurasse qualquer hipótese legal ensejadora da ocorrência de crime de responsabilidade.

A decisão da oitava Turma do TRF-4, que condena o ex-Presidente Lula nos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro consolida o avanço do estado de exceção e do rompimento com a ordem constitucional pactuada em 1988.

REFLEXÕES E REFLEXOS JURÍDICO-POLÍTICOS DE UM (PSEUDO) JULGAMENTO NA HISTÓRIA DO BRASIL E NA APLICAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

Angelita da Rosa¹

Um acórdão de sete páginas com quarenta e cinco tópicos é o extrato do entendimento dos três desembargadores da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região para o Caso Lula que, por unanimidade, mantiveram a sentença condenatória de primeiro grau, proferida por Sérgio Moro, aumentando a pena anterior de 9 anos e 6 meses de prisão para 12 anos, 1 mês de prisão e 280 dias-multa.

Logo após o fim do “julgamento do século” no Brasil, a Apelação Criminal do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, também conhecido como “Caso Lula”, ou “Caso do Triplex do Guarujá”, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região as (in) certezas que ficam são das mais diversas nuances, mas uma assertiva, em especial, retrata de forma fiel e inequívoca uma dessas incertezas deixadas por este julgamento que durou mais de oito longas horas e causou perturbação a quem o assistia com o olhar através do Direito: “Quem responde por um crime tem que ter participado dele. E, para ter participado, alguma coisa de errado ele fez.” (*sic*)

.....
¹ Angelita Rosa é advogada administrativista, especialista em direito público e constitucional. Com quase 20 anos de carreira jurídica, sendo 06 no poder judiciário e 14 em administrações públicas. Foi conciliadora e juíza leiga no juizado especial cível no poder judiciário do Rio Grande do Sul. Advogada eleitoral e administrativista de vários agentes políticos. Foi Procuradora Adjunta do Município de São Leopoldo e Procuradora Geral da Autarquia de Água e Saneamento do Município de São Leopoldo. Foi Procuradora e Gerente da Assessoria Jurídica do Grupo Hospitalar Conceição, o maior grupo de Hospitais Públicos do Sul do País. Atualmente, é a Procuradora Geral do Município de São Leopoldo, Município da Região Metropolitana de Porto Alegre, RS, onde também atuou como Coordenadora da Escola de Gestão Pública. Palestrante e painelistas em cursos, Seminários, Congressos e com vários Artigos publicados em veículos nacionais e regionais sobre direito constitucional, administrativo, municipal, políticas públicas, enfrentamento à violência de gênero e enfrentamento à discriminação da mulher nos ambientes de trabalho e ativismo judicial.

Essa preciosidade jurídica, que em hipótese alguma poderia ser dita ou considerada em qualquer julgamento do Poder Judiciário, foi contextualizada na retórica do último e derradeiro voto naquela tarde do dia 24.01.2018, podendo-se dizer que, grosso modo, representa a síntese de um “julgamento” que desde a sua origem, a 13ª Vara Federal de Curitiba é eivado de vícios, contradições e pontas soltas, não havendo citação melhor para representar a barbárie judicial que tem como pano de fundo o Golpe de Estado em curso desde 2014, travestido em atos processuais criminais.

De igual forma, melhor frase não há para sintetizar o ápice da “Democracia” burguesa que vende que o Direito é igual para todos, mas condena por convicção, por indícios e por obviedades, porém sem provas concretas, via de regra, os pobres, negros e nordestinos. Aliás, suportar, novamente, um Nordeste, de origem humilde e sem graduação na Presidência da República distribuindo renda e oportunidades para todos, é inadmissível para esta mesma burguesia, muito bem representada por todos aqueles que manejam este processo judicial desde a peça de acusação. E esta frase, dita com pompa e circunstância, diga-se de passagem, desnecessária, diante da falta de tecnicidade que ela carrega, foi a pá de cal para complementar tudo que já havia sido tergiversado nos momentos processuais que a antecederam.

Pois bem, o processo criminal mais famoso do País, que mexe com as paixões jurídico-políticas, que mais parecem futebolísticas, de todos aqueles que “torciam” contra, ou a favor da confirmação da sentença condenatória, nem de longe atendeu o devido processo legal, desrespeitando de forma brutal as normas processuais penais e as normas e Princípios da Magna Carta, como apontam os posicionamento dos melhores juristas do mundo, citando Celso Antônio Bandeira de Mello e Eugenio Raúl Zaffaroni como incontestes exemplos.

Ocorre que, neste caso, mesmo com toda tentativa de consideração à liberdade de expressão, garantida pela Democracia que se tenta, diuturnamente, salvaguardar, as criativas e “fundamentadas” argumentações, sem conteúdo técnico, proferidas às pencas, nos obriga a lembrar que não estamos tratando de um jogo de futebol!

Estamos tratando do Direito, sobretudo, da aplicação e conservação da Constituição Federal de 1988.

E quanto a isso, sumariamente, há que se dizer: não há Democracia e Estado Democrático de Direito sem o atendimento das premissas acima e é por isso que a comunidade jurídica comprometida com o Direito e sua conservação tem demonstrado tanta preocupação e receio diante dos tempos obscuros que estamos assistindo personificados em cada voto proferido no julgamento do Caso do Triplex do Guarujá.

Seguindo o proscênio, sobre os vícios desde a origem que citei antes, há que se falar que nem de longe Sérgio Moro tem postura, ou *animus* de juiz, atuando sempre como adversário político do acusado e o Voto do Relator (re)materializou esta postura de modo a fazer Celso Antônio Bandeira de Mello concluir: “Esse resultado era esperado, quando se é julgado pelos seus inimigos, quando não se está em um julgamento equânime. Esse processo tem problemas na origem, desde Sérgio Moro, que não tem mentalidade de juiz, culminando hoje, no voto do relator, que merece uma estátua por representar de maneira espetacular o PSDB. A um juiz exige-se equilíbrio e distância, não é isso que estamos acompanhando e não devem ir nesse sentido as decisões do Supremo sobre os recursos da defesa”.

E é exatamente isso que dispõe o Código de Ética da Magistratura Nacional, no seu Capítulo III, no que tange à imparcialidade dos juízes, especialmente no Artigo 8º que diz: “O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas 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.”

Da análise das preliminares que foram “Rejeitadas integralmente todas as preliminares invocadas pelas defesas.”, pode-se dizer que está totalmente equivocada tal decisão.

Destacando-se para apreciação, tão-só, os tópicos cinco e oito do Acórdão da Apelação Criminal já percebe-se que a decisão da rejeição passou ao largo do critério teórico-jurídico cotejado com ao fatos comprovados e descambou para, o mero convencimento do juízo mal fundamentado, perpetuando prática que permeou a condução da ação, desde o seu princípio, sem atenção ao que determina a lei penal sobre o tema.

Ora, como negar que Sérgio Moro não decidiu já antes do recebimento da denúncia o destino penal do réu, o ex-presidente Lula? O antológico *PowerPoint* orquestrado pelo Procurador da República Deltan Dallagnol, que culminou na mal afamada assertiva – “Não temos provas, mas temos convicções.” – só corroborou o que Moro sempre deixou claro em suas atitudes processuais e sociais.

A partir de então, foi dada a largada a uma verdadeira Cruzada atrás de provas que dessem respaldo às convicções do Ministério Público e do juízo da causa. É exatamente isso, por mais absurdo e distorcido que seja, Sérgio Moro nunca agiu como julgador, adotando postura de acusador e, pior, tratando o réu como inimigo público, fato que em qualquer outro País com Democracia e Instituições mais consolidadas e que não estivesse atravessando um Golpe de Estado político-jurídico-midiático, já estaria afastado da lide.

Este tratamento de inimigo, mesmo que desconsiderássemos o fato de Ele posar para fotografias e ter comportamento muito íntimo com os principais adversários políticos do réu, fatos esses rechaçados pelo Código de Ética da Magistratura Nacional, por si só maculou sobremaneira a conduta, a postura e a isenção necessárias para que juiz não se dê por suspeito, infringindo claramente o inciso I, do Art. 254 do CPP que literalmente diz “O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I – se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;”.

Ademais, o Capítulo da Transparência do Código de Ética citado acima dispõe de forma literal: Art. 12. Cumpre ao magistrado, na sua relação com os meios de comunicação social, comportar-se de forma prudente e equitativa, e cuidar especialmente: I – para que não sejam prejudicados direitos e interesses legítimos de partes e seus procuradores; II – de abster-se de emitir opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos, sentenças ou acórdãos, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, doutrinária ou no exercício do magistério. Art. 13. O magistrado deve evitar comportamentos que impliquem a busca injustificada e desmesurada por reconhecimento social, mormente a autopromoção em publicação de qualquer natureza.

A título de mero exemplo, haja vista tantos fatos que poderiam ser elencados, se os vazamentos ilegais de conversas telefônicas, obtidas por grampos igualmente ilegais do ex-presidente Lula com a ex-presidenta Dilma Rousseff, com o nítido condão de influenciar a opinião pública contra o ex-presidente, não torna Sérgio Moro inimigo público do réu, o que mais o tornaria?!

Inclusive, vale lembrar que esta conduta de Moro, qual seja, divulgar as informações sigilosas para o Jornal Nacional da Rede Globo foi considerada ilegal pelo Supremo Tribunal Federal, mas, mesmo assim, o processo foi arquivado pela Corte Especial do TRF4 por 13 votos a 1. Pasmemos, mas o desembargador federal, relator do processo, usou da exceção para argumentar que as questões da Lava Jato “trazem problemas inéditos e exigem soluções inéditas” (*sic*).

No entanto, nada mais, nada menos que Eugênio Raúl Zaffaroni manifestou total espanto com a decisão supramencionada e explicou o porquê: “a excepcionalidade foi o argumento legitimador de toda inquisição ao largo da história, desde a caça às bruxas até nossos dias, passando por todos os golpes de Estado e as consequentes ditaduras”.

Assim sendo, a partir das palavras de Zaffaroni e os demais argumentos, conclui-se que a análise dessas preliminares, com dialética aristotélica, têm erro

técnico crasso, ou, mormente, a intencional manutenção sumária da malversada sentença do juízo “*a quo*”, sendo cabalmente equivocado o Acórdão, também, neste ponto.

Neste sentido, tanto o juiz de primeiro grau, quanto os desembargadores da 8ª Turma do TRF da 4ª Região, pelo que se viu, não consideraram os ensinamentos Acadêmicos de outrora. Enfatizando-se, mais precisamente, os de Cesare Beccaria, que influenciado pelos Iluministas do século XVII e XVIII que tinham a liberdade como valor supremo e como objetivo colocar freios no abuso de poder, produziu importante obra para o Direito Penal.

Foi neste contexto, de forte efervescência intelectual, que em 1764, Beccaria escreveu “Dos Delitos e das Penas”, especialmente influenciado por Montesquieu e Rousseau, onde concluiu que: “o processo torna-se ofensivo quando o juiz se transforma em inimigo do réu e nele procura o delito em vez da verdade do fato.” Exatamente assim agiu o juízo de primeiro grau e esta conduta inadmissível foi chancelada pelo segundo grau de jurisdição.

No seu voto, o Relator disse que não havia necessidade de haver provas diretas de atos de Lula em relação aos contratos da Petrobras mencionados na denúncia, uma vez que as nomeações dos Diretores feitas por Ele, o ex-presidente Lula, mas não necessariamente indicadas por Ele, serviam como provas indiretas do favorecimento obtido a *posteriori*. Conclusão inaceitável juridicamente, cujo qual acatamento em sede de preliminar afastaria a competência da 13ª Vara Federal de Curitiba como juízo natural deste processo.

Adentrando o mérito, destacou que o “ato de ofício indeterminado” se caracteriza como forma de sustentar a condenação, mesmo que não haja vinculação do oferecimento da vantagem indevida com as atividades formais do agente político acusado, bastando a “capacidade de indicar e/ou manter em cargos de alto nível da estrutura direta, ou indireta do Poder Executivo, influenciando ou direcionando suas decisões, conforme venham a atender interesses escusos, notadamente financeiros.” (*sic*).

Sem titubear, conclui-se com clareza solar que a espinha dorsal desta decisão é totalmente equivocada. Nada do que se transcreveu desta parte do Acórdão restou comprovado, não passando de ilações fáticas, articuladas em tese, mas com efeito prático nefasto, qual seja, a condenação, sem nenhuma prova, de um inocente e, derradeiramente, o desrespeito ao devido processo legal.

Para melhor exemplificar, seria o mesmo que condenar os Chefes dos Executivos do País pelos atos ilícitos cometidos por aqueles gestores indicados por Eles para o respectivo cargo sobre os quais, supostamente, teria influência em suas decisões,

possibilitando que a pena transcendesse a conduta delitiva do autor por suposição, teoria inaceitável no Direito Penal e Constitucional Brasileiro.

Por sua vez, o desembargador Presidente da 8ª Turma, para além de acelerar o andamento do processo, quebrando a ordem da pauta dos julgamentos, não havendo ilegalidade nisso, apenas demonstração da força da mão nada invisível da Lava Jato e seus propósitos políticos eleitorais, pautou seu voto na já conhecida Teoria do Domínio do Fato desenvolvida pelo alemão Claus Roxin, cujo qual já criticou a forma que é aplicada no Brasil no sentido de ser verdadeira tábua salvadora para quando juízes têm convicções, mas não têm provas para condenar os réus, em julgamentos com viés político e não jurídico.

Verdade que não fundamentou seu voto tão-somente nela, mas usou da retórica para, a partir dela, confirmar a sentença, jogando o jogo da parte do País que se filia à grande mídia e aos detentores do monopólio do capital na atuação persecutória política, utilizando-se da referida Teoria de Roxin para dar consistência ao seu voto também sem apontar as provas das acusações da denúncia, uma vez que efetivamente, elas não existem nos autos. Limitou-se a fundamentá-lo nos depoimentos prestados por colaboradores e corréus que não comprovaram suas declarações, de forma contextualizada, para corroborar com as convicções pré-existente dos julgadores de modo a justificar seus convencimentos. Tudo em total desconformidade com o versado pelo Código de Processo Penal e pela Constituição Federal.

E, finalmente, mas não menos juridicamente equivocado, sobreveio o último voto. Inexoravelmente, a este nobre julgador o destino reservou a pior das tarefas no julgamento que parou o Brasil, falar de forma “informal” (*sic*) para melhor se fazer entender, fugindo do “juridiquês” (*sic*), momento em que açoitou o Direito, culminando por dizer a célebre frase que cito no início, deixando os operadores do Direito, especialmente os Criminalistas, estupefatos.

Ora, ouvir isso dos “juízes” não togados que prolatam suas decisões via redes sociais, nas esquinas e mesas de bar, não nos causa estranheza, tampouco, perplexidade, mas de um togado, experiente Desembargador da Justiça Federal é inaceitável e demonstra a falta da aplicação digna do Direito neste julgamento.

Tal afirmação viola frontalmente nossa Constituição Federal, nos remetendo aos julgamentos da Idade Média e não deveria causar só arrepio à comunidade jurídica, deveria causar pânico à sociedade de forma geral e irrestrita, afinal qualquer um pode ser envolvido em qualquer tipo de denúncia criminal e, a partir do dia 24.01.2018, ter a mesmo tratamento jurídico.

Mas isso não importa agora! Agora, o que importa é que o réu, Luiz Inácio Lula da Silva, está condenado criminalmente em segunda instância e, em conformidade,

com a Lei da Ficha Limpa, está, em tese, inelegível. Tarefa cumprida no que tocava à Lava Jato para este ano eleitoral.

Pois bem, entre tanta falta de técnica e de prestação jurisdicional congruente, cabe-nos defender o Direito que foi e segue sendo esfacelado e ceifado, sob pena de vivermos os efeitos disso pelos próximos longos e turvos anos. Este precedente da Corte Federal da 4ª Região custará caro à sociedade dita civilizada e aos rumos do pobre Direito.

Este julgamento político custará alto à Democracia e o Estado de Direito em todos os sentidos. Tanto pelo cerceamento à defesa, quanto ao cerceamento do eleitor escolher seu próximo Presidente da República.

Como se não bastasse tudo isso, o *Habeas Corpus* do ex-Presidente Lula, que tratava de assegurar que sua prisão ocorresse somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em conformidade com a Garantia Constitucional da Presunção de Inocência, foi indeferido pelo Supremo Tribunal Federal no último dia 04 de abril em mais uma demonstração, covarde, de atentado à Constituição Federal.

Como registro para a História, não podemos deixar de dizer que o julgamento deste *Habeas Corpus* era um filme cujo qual já sabíamos o final, eis que era o paciente contra tudo e todos, uma vez que, horas antes, o próprio Sérgio Moro, mais uma vez, se manifestou publicamente sobre como deveria ser o julgamento, Deltan Dallagnol declarou publicamente que faria greve de fome (acreditem: jejum) se o resultado fosse no sentido de se cumprir a Constituição Federal e mais, de forma estupefacente, o Comandante do Exército Brasileiro, General Eduardo Villas Bôas, contrariando o regimento da própria corporação, veio a público falar sobre como deveria ser o julgamento, via rede social, com um tom no mínimo duvidoso. Somando-se a isso tudo a oposição política, a grande mídia, o ódio da classe média e outros quejandos.

Resultado: *Habeas Corpus* negado.

Ato contínuo, menos de vinte e quatro horas depois, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região exarou ofício informando sobre a inexistência de impedimento para cumprimento da sentença sobre o caso. Exatos dezenove minutos depois, Sérgio Moro publica despacho determinando que o ex-presidente Lula se entregasse à Polícia Federal até às 17h do dia seguinte, 06 de abril, sem sequer o Acórdão do *Habeas Corpus* ter sido publicado pelo Supremo Tribunal Federal e sem ter sido esgotado o segundo grau de jurisdição, culminando com sua efetiva prisão no dia 07 de abril de 2018 quando se entregou à Polícia Federal, caracterizando prisão cabalmente inconstitucional e ilegal, portanto política.

Os próximos capítulos do Golpe de Estado, ungido pelo Judiciário, que teve início no dia seguinte à eleição presidencial de 2014 estão em fase derradeira. Aceleremos nossas apostas nas poucas possibilidades. Muitos estão apostando na desesperança e na continuidade da “democracia” burguesa, mas a maioria dos eleitores Brasileiros que presam a democracia ainda preferem confiar no Poder Judiciário e apostar que poderão escolher o Presidente do País que realmente desejam em homenagem à Democracia.

A saída, necessariamente, deve ser Jurídica, mas se contarmos tão-só com esta arma, “Inês é morta”. O enfrentamento, especialmente pelos setores progressistas, deve ser feito através de movimentos sociais organizados e intensos em todas as áreas, pois estes sempre foram protagonistas das grandes revoluções mundiais para o restabelecimento e reafirmação do Estado Democrático de Direito.

Caso contrário, correremos os riscos de vermos os “anos de chumbo” renascerem. Ou, como assistimos na História mundial recente, um candidato “mito-messias” ungido pela extrema Direita da sociedade, ou, ainda, um candidato produzido pelos donos do capital terem a chance concreta de serem conduzidos ao comando da República, através de pseudo eleições, sem que a vontade real do povo prevaleça mais uma vez, acabando por se soterrar ainda mais nossa Democracia.

A História é a melhor das conselheiras e por isso é bom recordarmos que os primeiros ares da Democracia foram respirados pela Humanidade em Atenas, forjados nas ideias de Sólon, Pisístrato e esculpidas, ainda mais, pelas mãos de Clístenes, considerado o seu legítimo Pai, em função da forte pressão social dos Atenienses à época.

A Democracia Ateniense era praticada de forma muito mais direta do que as modernas, apesar de mais restritiva, uma vez que percentual baixíssimo da população das Pólis era considerado cidadão e podia exercê-la.

Cerca de 2.600 anos depois disso, a Democracia Brasileira vinha crescendo de forma saudável, em que pese seus passos lentos motivados pelo trauma pós-ditadura militar, e esta ruptura que vivemos há quase quatro anos não só interrompeu esta evolução, como tem efeito devastador sobre os caminhos outrora percorridos.

Sobre a História acontecendo agora, é bom que não esqueçamo-nos, pois, que tudo isso poderia ter sido evitado pelo Poder Judiciário que ao invés de salvaguardar a Constituição Federal e o sistema legal do País, tratou de politizar uma operação policial e um julgamento, privando os incautos cidadãos Brasileiros do exercício legítimo da Democracia, condenando não só o ex-presidente Lula, mas cada cidadão deste País ao estado de exceção que nos encontramos, sendo a luta pela restauração do Estado Democrático de Direito o nosso grande desafio para os próximos anos.

O IMENSO PREJUÍZO DECORRENTE DOS PRÉ-JUÍZOS. A VIOLAÇÃO DA GARANTIA DO JUIZ NATURAL E IMPARCIAL

*Aury Lopes Jr.*¹

Em novembro de 2014,² em artigo publicado em coautoria com Alexandre Morais da Rosa, questionávamos: quem vai julgar o futuro processo da operação Lava Jato? Já, naquela época, alertávamos para o risco de um julgamento com manipulação da competência e a ausência de um ‘juiz imparcial’. Advertíamos que o protagonismo do juiz do caso era sintoma de uma crítica inversão de valores e de papéis. Estávamos na fase pré-processual e muito (excessivamente) já se ouvia falar do protagonismo do juiz. Reparem, não estava em discussão – em nenhum momento – as características pessoais ‘deste juiz’, que merece todo o respeito, senão que estávamos questionando a imparcialidade de ‘qualquer juiz’ naquele lugar, com esse tipo de protagonismo e ativismo. E a prognose se confirmou.

Já era previsível que aquele magistrado, tão envolvido na investigação e, posteriormente, na homologação de acordos de delação premiada e o julgamento de diversos processos, não poderia mais atuar com imparcialidade. A contaminação era e segue sendo, evidente, ferindo de morte o Princípio Supremo do Processo: a imparcialidade do julgador (Werner Goldschmidt).

Isso nos remete ao complexo questionamento acerca do papel do juiz no Processo Penal em um Estado Democrático de Direito e, por consequência, o que

.....
¹ Aury Lopes Junior é advogado criminalista, doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid, Professor Titular de Direito Processual Penal da Puc-Rs, Professor no Programa De Pós-Graduação Em Ciências Criminais – Mestrado E Doutorado – Da Puc-Rs, Membro da Comissão de Revisão do Projeto de Reforma do Código de Processo Penal no Conselho Nacional de Justiça. Principais Obras publicadas: Direito Processual Penal – Editora Saraiva – 15ª Edição; Investigação Preliminar No Processo Penal – Editora Saraiva – 6ª Edição.

² <https://www.conjur.com.br/2014-nov-28/limite-penal-quem-julgar-futuro-processo-operacao-Lava-Jato>

compreendemos acerca da estrutura acusatória e, principalmente, dos cuidados necessários para assegurar a imparcialidade do julgador. A situação é substancialmente agravada quando percebemos que no Brasil, na contramão da evolução civilizatória do processo penal, a prevenção é uma causa de fixação da competência, ou seja, o juiz prevento pelas decisões que tomou na fase pré-processual será aquele que (no processo) irá julgar, quando nos países europeus (por força das reiteradas condenações do Tribunal Europeu de Direitos Humanos), está consagrado exatamente o oposto: juiz prevento é juiz contaminado, que não pode julgar.

Em casos assim, nos quais o juiz tem intensa atividade na fase processual (mesmo que não atue de ofício – e nunca deve fazê-lo), é inegável a contaminação, o imenso prejuízo que decorre dos pré-juízos que é chamado a fazer, a todo o momento, diante dos pedidos de prisão preventiva/temporária, de busca e apreensão, de sequestro de bens etc. Mais grave ainda é quando ocorrerem as famosas ‘delações premiadas’, em que seu aval significa uma profunda cognição do conteúdo da confissão-delação. E uma aceitação dela, senão não homologaria... Sem falar nos processos conexos, mas com tramitação separada (cisão), que são julgados antes, produzindo o pré-julgamento.

Neste cenário, é mais do que evidente a necessidade de separação do juiz “da investigação” do juiz “do processo” (prevenção como causa de exclusão da competência), como forma de assegurar a máxima eficácia do contraditório judicial e a ‘originalidade’ do julgamento (da expressão italiana *originalità* para externar a importância de que o juiz forme sua convicção ‘originariamente’ a partir da prova produzida no contraditório processual).

Na mesma linha vai a preocupação com a distinção entre sistema acusatório e inquisitório, compreendendo que a gestão da prova é fundante do sistema. Juiz que, de ofício, vai atrás da prova, está ferindo de morte a estrutura processual acusatória (constitucional) e também a imparcialidade. Claro que essa posição encontra imensa resistência, especialmente de quem não compreende a complexidade que envolve a questão da ‘imparcialidade’ do julgador e a formação da ‘decisão judicial’. Não se pode mais pensar a problemática acusatório-inquisitório com o olhar da idade média e, menos ainda, desconectado da complexidade que envolve a imparcialidade e o necessário estranhamento (*stranezza*), alheamento do juiz, em relação a atividade probatória das partes.

Recordemos, rapidamente, que a imparcialidade não se confunde com neutralidade, um mito da modernidade superada por toda base teórica anticartesianista. O juiz-no-mundo não é neutro, mas pode e deve ser imparcial, principalmente se compreendermos que a imparcialidade é uma construção técnica artificial do direito

processual, para estabelecer a existência de um terceiro, com estranhamento e em posição de alheamento em relação ao caso penal (terzietà), que estruturalmente é afastado. É, acima de tudo, uma concepção objetiva de afastamento, estrutural do processo e estruturante da posição do juiz. É por isso que insistimos tanto na concepção do sistema acusatório a partir do núcleo fundante ‘gestão da prova’ (Jacinto Coutinho), pois não basta a mera separação inicial das funções de acusar e julgar, precisamos manter o juiz afastado da arena das partes e, essencialmente, atribuir a iniciativa e gestão da prova às partes, nunca ao juiz, até o final do processo. Um juiz-ator funda um processo inquisitório; ao passo que o processo acusatório exige um juiz-espectador.

Não se pode, portanto, desconectar a discussão acerca dos sistemas processuais da imparcialidade. É elementar que ao se atribuir poderes instrutórios ao juiz, fere-se de morte a imparcialidade, pois ‘quem procura, procura algo’ (Geraldo Prado). Transforma-se o processo em uma encenação simbólica, pois o juiz— desde o momento em que decide ir atrás da prova de ofício – já tem definida a hipótese acusatória como verdadeira. Logo, com ensina Franco Cordero, esse juiz não decide a partir dos fatos apresentados no processo, senão da hipótese acusatória inicialmente eleita (pois se fosse a defensiva ele não precisava ir atrás da prova). Quando o juiz, em dúvida, afasta o *in dubio pro reo* e opta por ir atrás da prova (juiz-ator=inquisidor), ele decide primeiro e depois vai atrás dos elementos que justificam a decisão que ele já tomou. Portanto, ‘ele é a prova’ e, depois, decide a partir da prova por ele mesmo produzida. Sem falar que a dúvida deve dar lugar a absolvição (o *in dubio pro reo* é fruto de evolução civilizatória!) e, quando um juiz afasta essa regra de julgamento e decide ‘ir atrás da prova’, não é preciso maior esforço para compreender que está buscando prova para condenar, pois se fosse para absolver, ele parava no momento anterior... É óbvio que ao assim agir, ele transforma o *in dubio pro reo* em *in dubio pau no reo*. Sem falar na violação do contraditório e ampla defesa.

E, mesmo quando o juiz não atua de ofício, mas é chamado a decidir sobre várias medidas incidentais do inquérito, há um evidente pré-juízo, que conduz a prevenção como uma causa de necessária exclusão da competência (e não fixação como temos). Das duas, uma: ou ele decide sem ler (irresponsabilidade), ou estuda para decidir (contaminação). Essa era a lógica do §4º do art. 157 do CPP, vetado.

O TEDH (Tribunal Europeu de Direitos Humanos), desde o Caso Piersack e de Cubber (ambos da década de 1980) vem afirmando que juiz preventivo é juiz contaminado, que não pode julgar. Posteriormente, esse entendimento foi lapidado, para também alertar para a necessária “estética de imparcialidade” que devem ter

os julgadores aos olhos do jurisdicionado. É óbvio que para o acusado (e qualquer pessoa de bom senso), um juiz com tamanho protagonismo e contaminação na fase da investigação preliminar, não guarda qualquer semelhança com a imagem e postura que se espera de um julgador. Não se trata de uma crítica pessoal ao juiz do caso em comento, como já advertimos, mas a qualquer pessoa que seja colocada naquelas condições e circunstâncias. Que mecanismos de proteção e blindagem psíquicas deveria ter um ser humano para, depois de tamanha contaminação na fase preliminar, ser um ‘juiz imparcial’ do processo? Com certeza atributos incompatíveis com a natureza humana, especialmente após o desvelamento do inconsciente...

O quadro desenhado – ausência de um juiz imparcial – é ainda finalizado com a contribuição da Teoria da Dissonância Cognitiva, trazida por Schünemann³, para a compreensão dos problemas que envolvem a imparcialidade do juiz no processo penal. Como explica o autor, grave problema existe no fato de o mesmo juiz receber a acusação, realizar a audiência de instrução e julgamento e posterior decidir sobre o caso penal. Existe não apenas uma ‘cumulação de papéis’, mas um ‘conflito de papéis’, não admitido como regra pelos juízes, que se ancoram na ‘formação profissional comprometida com a objetividade’. Tal argumento nos remete a uma ingênua crença na ‘neutralidade’ e supervalorização de uma (impossível) objetividade na relação sujeito-objeto, já tão desvelada pela superação do paradigma cartesiano (ainda não completamente compreendido). Ademais, desconsidera a influência do inconsciente, que cruza e permeia toda a linguagem e a dita ‘razão’.

Em linhas introdutórias, a teoria da ‘dissonância cognitiva’ desenvolvida na psicologia social, analisa as formas de reação de um indivíduo frente a duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável, bem como a forma de inserção de elementos de ‘consonância’ (mudar uma das crenças ou as duas para torná-las compatíveis, desenvolver novas crenças ou pensamentos etc) que reduzam a dissonância e, por consequência, a ansiedade e o estresse gerado. Pode-se afirmar que o indivíduo busca – como mecanismo de defesa do ego – encontrar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, reduzindo o nível de contradição entre o seu conhecimento e sua opinião. É um anseio por eliminação das contradições cognitivas.

O autor traz a teoria da dissonância cognitiva para o campo do processo penal, aplicando-a diretamente sobre o juiz e sua atuação até a formação da decisão, na medida em que precisa lidar com duas ‘opiniões’ antagônicas, incompatíveis (teses

.....
³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal e Processual Penal e filosofia do direito*. Org. Luís Greco. Ed. Marcial Pons, 2013.

de acusação e defesa), bem como com a ‘sua opinião’ sobre o caso penal, que sempre encontrará antagonismo frente a uma das outras duas (acusação ou defesa). Mais do que isso, considerando que o juiz constrói uma imagem mental dos fatos a partir dos autos do inquérito e da denúncia, para recebê-la, é inafastável o pré-julgamento (agravado quando ele decide anteriormente sobre prisão preventiva, medidas cautelares, etc). É de se supor – afirma Schünemann – que ‘tendencialmente o juiz a ela se apegará (a imagem já construída) de modo que ele tentará confirmá-la na audiência (instrução), isto é, tendencialmente deverá superestimar as informações consoantes e menosprezar as informações dissonantes”.

Para diminuir a tensão psíquica gerada pela dissonância cognitiva, se produzem dois efeitos (Schünemann):

- efeito inércia ou perseverança: mecanismo de autoconfirmação de hipóteses, superestimando as informações anteriormente consideradas corretas (como as informações fornecidas pelo inquérito ou a denúncia, tanto que ele as acolhe para aceitar a acusação, pedido de medida cautelar, etc.);

- busca seletiva de informações: onde procura-se, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que em algum momento prévio foi aceita (acolhida pelo ego), gerando o efeito confirmador-tranquilizador.

A partir disso ele desenvolve uma interessante pesquisa de campo que acaba confirmando várias hipóteses, entre elas a já sabida – ainda que empiricamente – por todos: quanto maior for o nível de conhecimento/envolvimento do juiz com a investigação preliminar e o próprio recebimento da acusação, (muito) mais provável é a frequência com que ele condenará. Toda pessoa procura um equilíbrio do seu sistema cognitivo, uma relação não contraditória. A tese da defesa gera uma relação contraditória com as hipóteses iniciais (acusatórias) e conduz a (molesta) dissonância cognitiva. Como consequência existe o efeito inércia ou perseverança, de autoconfirmação das hipóteses, através da busca seletiva de informações.

Demonstra Schünemann que – em grande parte dos casos analisados – o juiz, ao receber a denúncia e posteriormente instruir o feito, passa a ocupar – de fato – a posição de parte contrária diante do acusado que nega os fatos e, por isso, está impedido de realizar uma avaliação imparcial, processar as informações de forma adequada. Grande parte desse problema vem do fato de o juiz ler e estudar os autos da investigação preliminar (inquérito policial) para decidir se recebe ou não a denúncia; para decidir se decreta ou não a prisão preventiva; formando uma imagem mental dos fatos para, depois, passar à ‘busca por confirmação’ dessas hipóteses na instrução. O quadro agrava-se se permitirmos que o juiz, de ofício, vá em busca dessa prova sequer produzida pelo acusador. Enfim, o risco de pré-julgamento é

real e tão expressivo, que a tendência é separar o juiz que recebe a denúncia (de atua na fase pré-processual) daquele que vai instruir e julgar ao final.

Conforme as pesquisas empíricas do autor, “os juízes dotados de conhecimentos dos autos (a investigação) não apreenderam e não armazenaram corretamente o conteúdo defensivo” presente na instrução, porque eles só apreendiam e armazenavam as informações incriminadoras que confirmavam o que estava na investigação. “O juiz tendencialmente apega-se à imagem do ato que lhe foi transmitida pelos autos da investigação preliminar; informações dissonantes desta imagem inicial são não apenas menosprezadas, como diria a teoria da dissonância, mas frequentemente sequer percebidas”. O quadro mental é agravado pelo chamado ‘efeito aliança’, onde o juiz tendencialmente se orienta pela avaliação realizada pelo promotor. O juiz “vê não no advogado criminalista, mas apenas no promotor, a pessoa relevante que lhe serve de padrão de orientação”. Inclusive, aponta a pesquisa, o ‘efeito atenção’ diminui drasticamente tão logo o juiz termine sua inquirição e a defesa inicie suas perguntas, a ponto de serem completamente desprezadas na sentença as respostas dadas pelas testemunhas às perguntas do advogado de defesa.

Tudo isso acaba por constituir um ‘caldo cultural’ onde o princípio do *in dubio pro reo* acaba sendo virado de ponta cabeça – na expressão de Schünemann – pois o advogado vê-se incumbido de provar a incorreção da denúncia! Entre as conclusões de Schünemann, encontra-se a impactante constatação de que o juiz é “um terceiro inconscientemente manipulado pelos autos da investigação preliminar”. É uma ameaça real e grave para a imparcialidade, a atuação de ofício do juiz, especialmente em relação a gestão e iniciativa da prova (ativismo probatório do juiz) e a decretação (de ofício) de medidas restritivas de direitos fundamentais (prisões cautelares, busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico, homologação de acordos de delação premiada, etc.), tanto na fase pré-processual como na processual (em relação a imparcialidade, nenhuma diferença existe o momento em que ocorra).

A garantia da jurisdição é ilusória e meramente formal quando não se tem um juiz imparcial. Mais honesto seria reconhecer que nesse caso não se tem a garantia da jurisdição, pois juiz contaminado é juiz parcial, logo, um não-juiz. A questão, portanto, vincula-se à originalidade cognitiva da temática submetida ao julgamento⁴.

.....
⁴ Em artigo publicado em coautoria com Alexandre Morais da Rosa in <https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>

Na complexidade que estrutura a relação entre sistema acusatório-imparcialidade do juiz-originalidade cognitiva, a condição de ‘ignorante’ (na perspectiva cognitiva) do julgador é crucial. Como já explicamos em outra oportunidade⁵, o juiz é (ou deveria ser sempre) um sujeito processual (não parte) ontologicamente concebido como um ignorante, porque ele (necessariamente) ignora o caso penal em julgamento. Ele não sabe, pois não deve ter uma cognição prévia ao processo. Deixará o juiz de ser um ignorante quando, ao longo da instrução, lhe trouxerem as partes às provas que lhe permitirão então conhecer (cognição).

Como exemplifica Moraes da Rosa⁶, “em processos em que se opera cisão (CPP, artigo 80), há flagrante violação da originalidade cognitiva quando o mesmo juiz procede às duas instruções e julgamento, bem assim quando se trata de processos advindas de mesma investigação, separados por conveniência ou qualquer outro fundamento. A contaminação do julgador pela prova obtida em processo anterior ou paralelo ceifa a lógica do juiz terceiro, salvo aos que acreditam ser possível essa separação ingênua: o juiz finge que não lembra da instrução realizada em outro processo conexo.”

Não é preciso maior esforço para chegar-se a uma constatação simples e evidente: quando o processo em relação a Lula começou, já havia uma imagem mental previamente construída, um veredicto definido, ainda que inconscientemente, por um juiz absolutamente contaminado pelos inúmeros pré-julgamentos anteriormente feitos. E, não custa advertir: não é um problema pessoal com o juiz Sérgio Moro, senão que qualquer um, naquele lugar, com tamanha contaminação e completa ausência de originalidade cognitiva, não poderia julgar. O processo em tela acabou sendo um mero golpe de cena, com um juiz que já formou sua imagem mental sobre o caso e que entrou na instrução apenas para confirmar as hipóteses previamente estabelecidas pela acusação e tomadas por verdadeiras por ele juiz.

A instrução foi apenas confirmatória e simbólica de uma decisão previamente tomada. Um golpe fatal no devido processo penal e, por conseguinte, no Estado Democrático de Direito.

.....
⁵ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 15ª edição. São Paulo, Saraiva, 2018.

⁶ <https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>

VOTOS HOMOGÊNEOS E CONDENAÇÃO ALTERNATIVA

*Beatriz Vargas Ramos*¹

Em 24 de janeiro de 2018, o Tribunal Regional Federal da 4ª região cumpriu a tarefa de examinar os recursos interpostos contra a sentença do juiz Moro no caso do triplex do Guarujá. A apelação foi o único assunto da pauta no dia de abertura do ano de trabalho judiciário do TRF-4. Por ali não se demorou o processo, como sói ocorrer à maioria de casos complexos de natureza similar – que esperam bem mais de 150 dias para serem concluídos. Naquele dia, cumpria-se também um vaticínio. A decisão de primeiro grau, de fato, não mereceu retoques. E não fosse pela reforma das penas, seria possível dizer que Thompson Flores Lenz, presidente do órgão, estava absolutamente certo, quando, meses antes e sem conhecer a prova, já dizia que a sentença era “tecnicamente irrepreensível”. No entendimento dos componentes da 8ª turma, o juiz teria subavaliado as circunstâncias de concretização da pena privativa de liberdade do ex-presidente. Teria também se equivocado quanto à forma de materializar a recompensa pelas “relevantes contribuições” dos outros dois condenados, Agenor Franklin Magalhães Medeiros e José Aldemário Pinheiro Filho (os outros quatro réus tiveram suas absolvições mantidas). Assim, o tribunal aumentou a pena do ex-presidente Lula de 9 anos e meio para 12 anos e 1 mês de reclusão. Para os outros dois corréus, as penas foram reduzidas, respectivamente, de 6 anos para 1 ano, 10 meses e 7 dias e de 10 anos e 8 meses para 3 anos, 6 meses e 20 dias. Moral da história, se o juiz errou foi por benignidade. Aqui é necessário um esclarecimento. A turma não divergiu da dosimetria das penas privativas de

.....
¹ Beatriz Vargas é mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais-UFMG, doutora em Direito pela Universidade de Brasília-UnB. Professora Adjunta dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UnB. Pesquisadora membro e coordenadora do Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação (CEDD-FD-UnB), do Grupo Candango de Criminologia (GCCrim-FD-UnB) e do Núcleo de Estudos sobre Violência e Segurança (NEVIS/UnB).

liberdade para os dois corréus. As penas aplicadas na sentença foram mantidas por seus próprios fundamentos. A discordância se deu sobre a extensão e a forma de concessão da “benesse” – e disso resultou a aplicação de 2/3 de redução nas penas de cada um, pela “efetiva colaboração para apuração dos crimes”.

Na sentença, ao invés dessa redução, o juiz havia concedido a ambos os corréus a progressão de regime, sem condicioná-la à completa reparação dos danos decorrentes dos crimes, desde que cumprida determinada parte da pena em regime fechado (2 anos para Agenor e 2 anos e 6 meses para José Aldemário), independentemente do total da soma das penas de todos os processos em que, ao final, fossem condenados. O juiz de primeiro grau fundamentava essa decisão no argumento de que a concessão isolada da redução da pena não traria benefícios aos colaboradores, uma vez que já estariam condenados a penas elevadas em outros processos. Por fim, a fórmula encontrada pelo relator não foi sequer problematizada pelos demais componentes da turma. Essa é a característica que chamou atenção no julgamento: a completa ausência de discussão em torno das novidades trazidas no ordenamento que, por isso, ainda estão abertas à construção jurisprudencial. Os votos foram homogêneos.

Decisões colegiadas de casos difíceis, ao contrário de julgamentos de processos sem complexidade teórica ou fático-probatória, podem coincidir nas questões centrais, mas vão divergir ao menos nos detalhes. Por isso que nesse caso é possível afirmar alguma coisa além da simples convergência, em razão de uma rara e total identidade de entendimento. Trata-se de algo mais que ausência de divergência. Esse foi um julgamento homogêneo. Houve unidade de entendimento, adesão completa a todos os pontos do voto-relator – que, por sua vez, foi aprovação quase integral à sentença, não fosse, como já disse antes, pela alteração das penas nela fixadas. Confesso que não esperava tanto.

Não quero entrar em detalhes sobre como essa nota singular pode ser devastadora para o Direito. Vou apenas registrar que a inteligência jurídica perde com isso, porque tudo se passou como se a sentença não trouxesse qualquer desafio ao saber acumulado no campo. Depois da leitura do voto-relator, a sessão seguiu como uma partida morna de futebol, sem gol. Os outros dois desembargadores ruminaram o mesmo voto, às vezes vagueando por atalhos sonolentos que iam dar no mesmo lugar, nos mesmos argumentos, às vezes discorrendo longamente sobre este ou aquele aspecto, em tom professoral. Discordância nenhuma. Nem mesmo em questões secundárias – que sequer se prestariam a materializar divergência passível de recurso. Talvez também por causa do formato televisivo, o julgamento me pareceu uma cena alheia à vida real, em que as soluções aos problemas do campo jurídico são singelas e artificiais, como se o debate estivesse morto.

Na moldura de um pequeno artigo não cabem escavações profundas nas camadas do acórdão, mas há um tema que, por sua importância, merece ainda algumas palavras. É a questão da prova, do direito probatório, das normas que regem a formação do convencimento judicial e regulam a solução do mérito processual. De início, é preciso advertir: engana-se (e engana a terceiro) quem afirma que a defesa do ex-presidente Lula invoca meramente a inexistência de registro de propriedade imóvel como sendo a prova cabal de inocorrência do crime de corrupção passiva, sem atentar às diferentes formas pelas quais esse delito lhe foi imputado na denúncia. Engana-se também quem acredita que a defesa está a exigir, como única condição para a configuração do delito (e de novo, sem atentar às diferentes formas pelas quais esse delito lhe foi imputado na denúncia), a demonstração do concreto ato de ofício, de ato funcional efetivamente praticado. Os argumentos não podem ser sumariamente reduzidos a essas afirmações superficiais e vão muito além dessas circunstâncias. Acreditar nisso, ou tentar fazer com que outras pessoas acreditem nisso, é erro ou ardid. A equipe de defensores do ex-presidente, encabeçada por Cristiano Zanin Martins e Valeska Teixeira Z. Martins, é formada por 12 profissionais de excelência. Nenhum deles pode ser tomado por ingênuo ou despreparado. O centro da argumentação defensiva é a carência de certeza sobre o fato nuclear da imputação. Ora, dando por certo, pela ausência de transferência de titularidade do imóvel, que o ex-presidente não recebeu vantagem indevida – o que, por óbvio, exigiria que o imóvel ingressasse em sua esfera patrimonial, logo, a pergunta a ser respondida pelos julgadores, para além de qualquer dúvida razoável, seria a seguinte: qual foi a conduta praticada pelo ex-presidente? Ele aceitou vantagem? Ele solicitou vantagem? É essa a pergunta nuclear que nenhum dos julgadores respondeu. Ao contrário, tanto a sentença e, agora, o acórdão, se contentam com o que eu vou chamar de “condenação alternativa” – é dizer, seja por A ou por B ou por C, o réu deve ser condenado. A condenação é dúbia, quero dizer, incorpora a dúvida, ao invés de expurgá-la. Dito de outra forma, o juiz e os desembargadores não foram capazes de apontar um caminho entre outros, mas, assim mesmo, condenaram. Fora de dúvida ou além de dúvida razoável é algo que impõe, no mínimo, a escolha de uma versão. Não foi, entretanto, o que ocorreu. Há trechos do acórdão e da sentença onde se lê que Luiz Inácio Lula da Silva “recebeu valores em decorrência da função que exercia e do esquema de corrupção que se instaurou durante o seu mandato”. A afirmativa supera qualquer limite de respeito ao mínimo probatório. Não há nem mesmo início de prova sobre valores recebidos pelo ex-presidente. O dinheiro gasto pela OAS Construtora foi empregado em imóvel que jamais ingressou na esfera patrimonial do ex-presidente. Como afirmar que esses valores foram

recebidos por ele?! Com certeza, nenhuma dessas conclusões pode ser tomada como exemplo de boa aplicação da fórmula anglo-saxônica de condenação “para além de dúvida razoável”. A defesa tem pela frente inúmeras questões a serem arguidas nos embargos declaratórios.

O mesmo se pode dizer em relação ao denominado “ato de ofício”, ato funcional de contrapartida pela vantagem ou pela promessa de vantagem. Nesse particular, há muitos aspectos a serem explorados, mas, nos limites deste artigo, não há como indicá-los todos. Vou me limitar a um ponto. O acórdão, seguindo os rumos da sentença, embora afirme a desnecessidade de ato de ofício, acaba por apontar o efetivo ato praticado pelo ex-presidente: a “nomeação de diretores da Petrobras”. É sabido que a prática de ato de ofício não é indispensável à configuração da corrupção ativa (art. 317, do Código Penal), mas é igualmente exigível que haja certeza em relação ao ato – ou atos – em potencial, além, é claro, da vinculação do ato à função. Sem vinculação do ato à função ou sem a própria função desapareceriam os elementos que configuram a corrupção passiva. Certo é que o ex-presidente foi condenado com base no art. 317 do CP, com aplicação da causa de aumento de pena prevista no parágrafo primeiro: “A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional”. Nas palavras do acórdão, “o réu dava suporte ao esquema de corrupção com a indicação e nomeação de agentes públicos”. A pena intermediária, neste momento, recebeu o aumento de um terço. Não se afirmou no acórdão que o ex-presidente podia saber, sabia ou suspeitava de ilícitos e fraudes envolvendo contratos de empresas com a Petrobras. Se ele soubesse e nada tivesse feito a esse respeito não seria corrupção, mas condescendência ou prevaricação. Ali está dito que ele dava suporte ao esquema de corrupção – o que implica não apenas saber da existência desse esquema, mas prestar contribuição ao seu funcionamento. A ele foi atribuída a própria “manutenção do funcionamento de cartel de empresas no âmbito da Petrobras”, para proveito do PT, para “manutenção da governabilidade” e sua “perpetuação no poder”, para “formação de base aliada” e “arrecadação de fundos para campanhas políticas”. Ora se diz que o ex-presidente foi “tolerante” com a corrupção, ora se diz que ele foi seu próprio “mentor”. Um dos votos chega a incursionar na teoria do domínio fato. Esse é o pano de fundo em que se insere a narrativa do apartamento do Guarujá, esse é a “totalidade” que está além da prova dos autos. Sem esse cenário maior, inteiramente baseado na “confissão” de Leo Pinheiro, a mal contada história do triplex não faz nenhum sentido. Para o ministério público, não bastava que o ex-presidente fosse acusado de corrupção em favor de partidos e bancadas – o que insere uma certa confusão entre corrupção

ativa e passiva, lapso que, aliás, foi cometido por Moro na sentença e repetido no acórdão *ipsis litteris*. Foi preciso construir, além dessa, uma versão de proveito pessoal e, porque ninguém achou nada em poder de Lula, veio a versão do triplex (e com ela também a história do armazenamento dos bens da Presidência). Como admitir que um torneiro mecânico, um operário pobretão que chegou à Presidência da República fosse o único participante de um esquema milionário que não tivesse levado para si mesmo nem um único centavo? Nesse emaranhado de análises confusas e pouco esclarecedoras, em função da pobreza das provas, sobram dúvidas persistentes também em relação ao tempo de consumação dos afirmados delitos.

O processo contra o ex-presidente, divulgado de modo intenso pela mídia, tem sido usado como veículo para difusão de ataques ao garantismo penal. Para os críticos cada vez mais salientes do sistema constitucional brasileiro de garantias conferidas ao acusado, ele seria fruto de conceitos caducos, ultrapassados, verdadeiro obstáculo à realização de uma justiça mais eficiente e veloz, adequada às necessidades do deus-mercado. É isso que aparece, por exemplo, na entrevista do professor José Eduardo Faria ao Estadão (06/02/2018), da qual recolhi um trecho expressivo. Depois de se referir a “duas arquiteturas jurídicas” diferentes, “uma romano-germânica, tradicional; outra de corte anglo-saxão, atrelada aos mecanismos de controle de uma economia globalizada”, arremata o professor:

Quando alguém diz que não há provas, quer isto dizer que não haveria provas do ponto de vista de uma leitura germano-românica do direito penal econômico. O que se procurou mostrar, tanto no caso do juiz Sérgio Moro quanto no caso dos desembargadores da 8ª turma do TRF-4, é que, independente da inexistência de um título de propriedade ou do chamado “ato de ofício”, o que se tem é o desmonte de uma cadeia de documentos que identificam o crime e que justificam a condenação. Ou seja, é uma mudança no conceito de prova, uma mudança no conceito de processo e uma mudança no conceito do próprio delito. No Brasil, isso é novo. Mas não, frise-se, a arquitetura jurídica que essa novidade expressa: a mudança no paradigma do direito penal econômico já tem aproximadamente 30 anos. O que é novo, repito, é a ascensão desse modelo no Brasil.

Outro exemplo dessa onda de discursos de enaltecimento de “novos” e “bons” critérios do common law em detrimento de conceitos “velhos” e “ruins” do civil law é o artigo do jornalista e membro do Conselho Editorial do Grupo Globo, Merval Pereira. Ele cita uma frase de Gebran Neto, o relator do caso triplex no TRF-4, extraída de discurso proferido em Buenos Aires:

Para Gebran, os juízes brasileiros agora consideram suficiente uma “prova acima de dúvida razoável”, desde que seja possível identificar uma “convergência” nos

elementos probatórios de determinado processo. Essa é uma tese utilizada cada vez mais no Brasil, que tem origem na Suprema Corte dos Estados Unidos, que estabeleceu doutrina segundo a qual toda pessoa é presumida inocente até que sua culpa seja provada “além de dúvida razoável”.

Para completar o quadro, é do próprio Gebran Neto, na página 97 do voto, a seguinte afirmação: Importa registrar que a legislação e a jurisprudência pátria (*sic*) pouco avançam sobre o nível (*standard*) probatório exigível para um decreto condenatório, quase sempre limitando-se à persuasão racional e ao livre convencimento do juiz. Colhe-se da experiência estrangeira o parâmetro da existência de prova “acima de uma dúvida razoável” (*proof beyond a reasonable doubt*). Essa “prova acima de uma dúvida razoável” importa no reconhecimento da inexistência de verdades ou provas absolutas, devendo o intérprete/julgador valer-se dos diversos elementos existentes nos autos, sejam eles diretos ou indiretos, para formar sua convicção. Assim, tanto provas diretas quanto indícios devem ser considerados para composição do quadro fático que se busca provar.

Há enganos e confusões perversas nesses discursos. A “arquitetura jurídica de corte anglo-saxão”, ao contrário do que dá a entender José Eduardo Faria, contém inúmeras garantias em favor do acusado, com a diferença de que lá fora são respeitadas e funcionam de forma muito mais eficaz do que nesta *Terrae Brasilis*. Aí estão, a demonstrar a histórica fragilidade de nossas garantias, os níveis absurdos de seletividade do sistema penal brasileiro, os extremos de abuso e violência que recaem sobre indivíduos e grupos socialmente vulneráveis, caso da juventude negra, originária da classe submetida ao desemprego, à precarização do trabalho ou à informalidade. Aí está o tenebroso sistema prisional superlotado a revelar o baixíssimo impacto garantista no fazer cotidiano dos juízes. Nem a Constituição e nem as leis norte-americanas prescindem de um forte arcabouço de contenção do poder punitivo estatal. Igualmente não consta que as democracias liberais europeias tenham revogado seu sistema de direitos e garantias processuais aos acusados.

Por outro lado, a fórmula “para além de dúvida razoável” i) nem é nova, ii) nem é estranha a ordenamentos de modelo romano-germânico e iii) nem é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência – expresso na Constituição brasileira.

Além disso, sua correta interpretação nem de longe autoriza a afirmação de que a certeza sobre fatos é inatingível, como se o Direito devesse renunciar à possibilidade de verdade. Não estou falando de uma verdade absoluta, “a” verdade. Essa verdade absoluta, traduzida como “verdade real” pela teoria tradicional e conservadora, é a mesma “vontade de verdade” que toma uma delação (ou co-

laboração ou confissão) como prova em si mesma. É essa pretensão de “verdade real” que, por exemplo, autoriza o juiz a tomar a iniciativa de produzir prova. É a mesma que transforma o ministério público em boca da verdade, quando compõe versões acusatórias mirabolantes fundadas em crenças ou ideologias particulares. Quando, enfim, se acha portador da “verdade total”.

É preciso cuidado com a armadilha retórica daqueles que destilam tanto ódio ao sistema de garantias ao acusado previsto na Constituição brasileira. O critério da certeza além da dúvida razoável se harmoniza com o princípio do *in dubio pro reo*. Aqui não é o direito norte-americano ensinando outro conceito de prova. Pelo princípio do *in dubio pro reo* também se chega à mesma conclusão: o convencimento do juiz sobre a verdade dos fatos deve estar acima de qualquer dúvida razoável – ou seja, se a dúvida persiste, impõe-se a absolvição. Significa dizer que a dúvida razoável é motivo de absolvição – nem é preciso que a dúvida seja forte ou persistente, basta que seja razoável. A dúvida, tomando por empréstimo a definição de Ziauddin Sardar sobre o que ele denomina de “autêntico fim da história”, é a “coexistência de todas as possibilidades como um grande caleidoscópio em que nenhum dos roteiros é mais persuasivo, dominante ou significativo do que qualquer outro” (Sardar, Ziauddin apud Fontana, Josep. *A crise de 1989* – Em busca de novos caminhos. Bauru: Edusc, 2004, p. 436). Prova não é aquilo que o juiz quer ver, mas aquilo que ele pode ver, com recurso aos elementos existentes no processo e que o conduzem a seguir o roteiro dominante ou significativo – e é isso que não se vê na sentença ou no acórdão, em face das muitas afirmações desconstruídas. A dúvida deve estar sempre presente nessa equação, porque é a mais importante condição para que o juiz de afaste o máximo possível de sua própria subjetividade. A dúvida é indispensável no caminho da busca pela certeza. A dúvida não é para ser jogada fora, mas deve acompanhar o processo de formação do convencimento. Ali deve permanecer para ser enfrentada, respondida. E, mais uma vez, é o réu confesso, colaborador, que fornece a versão acolhida no acórdão.

Se não posso refutar um fato é porque não posso afirmar que ele não existiu – isso também deve valer para a verdade da defesa no processo. Ou será que nós, do campo jurídico, devemos nos resignar à afirmação de que a verdade de um fato não é verificável? Podemos comprovar a matança de milhões de judeus na Alemanha nazista? Não temos certeza de que a tortura foi praticada contra presos políticos no Brasil durante a ditadura militar? Então não existe a verdade da devolução, por pessoas definidas e identificadas, de grandes somas de dinheiro resultante de acertos de corrupção e fraudes que envolveram contratos com a Petrobras? Ora, a verdade não foi banida do mundo, porque a mentira existe. Se eu afirmo a exis-

tência da mentira, não posso negar a possibilidade de verdade. Confusão entre o real e o imaginário é claro sintoma de esquizofrenia.

Não é admissível um “novo conceito de prova” definido como desistência da verdade dos fatos ou abandono da “crença ingênua” na possibilidade de certeza. Como fica o Direito sem a possibilidade do real, sem a possibilidade da verdade?

No processo que foi a julgamento no TRF-4 em 24/01/2018, a escolha de um caminho entre outros, o caminho da condenação, só foi possível por meio da “verdade de Leo Pinheiro”, porque as demais falas – consideradas “isoladamente frágeis” pelo próprio desembargador relator – não levariam à certeza de que o ex-presidente foi, nos termos do acórdão, o “principal articulador do amplo esquema de corrupção na Petrobras”. Tampouco conduziriam à refutação da “razoável” (ou “mais que razoável”) versão da defesa de que Lula jamais pediu ou aceitou vantagem consistente na “disponibilização” do apartamento triplex. Por fim, é bom lembrar que o “conjunto” ou a “soma” de “depoimentos frágeis e isolados” não passa de um amontoado de “depoimentos frágeis e isolados”.

LAWFARE NEOLIBERAL E O SACRIFÍCIO DE LULA

Carol Proner¹

Mesmo antes do julgamento do TRF4 já era possível prever que a expectativa pelo destino político do pré-candidato à Presidência da República, Luiz Inácio Lula da Silva, seria o tema central da política brasileira até as eleições de outubro de 2018.

Após o julgamento pelo Tribunal, sofrendo ataques que visavam a execração pública, Lula, procurando transmitir confiança, sabia que seria o grande protagonista do pleito eleitoral e da vida política do Brasil do futuro. E, no atropelo, os próceres do judiciário não perceberam que pisaram no acelerador da união das esquerdas que, também pelo gatilho de apoio nas eleições, uniram-se denunciando que “eleição sem Lula é fraude”.

“Ferido, mas não morto”, bradaram tanto as forças de esquerda para animar a militância, como as capas de revistas da direita raivosa, oferecendo imagens fúnebres do líder moribundo que, para desespero dos editorialistas, ousa crescer a cada dia nas pesquisas de intenção de votos. Lula disse que estava pronto para ser preso. Não cruzou fronteiras, não refugiou-se em embaixadas, mas acatou a decisão arbitrária, talvez o sacrifício necessário para que a politização no sistema de justiça seja desmascarada.

Do ponto de vista do direito, a crítica reage incansável na tarefa de denunciar a chicana entre setores do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Polícia Federal, respaldados pela mídia seletiva. Constrange perceber a unanimidade orquestral dos votos de compadrio de desembargadores que parecem ter saído de um *happy hour* no Country Clube de Curitiba, produzindo um julgamento mais abrangente na exceção do que o da sentença de piso do “colega” Sérgio Moro.

.....
¹ Carol Proner é doutora em direito, Professora da UFRJ e membro da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia – ABJD.

É exasperante constatar que funcionários públicos investidos na função de administrar a justiça possam, ignorando normas e princípios legais consolidados, produzir um resultado que afeta diretamente o direito de uma sociedade escolher o seu soberano representante. Afeta até mesmo o direito de não escolher este candidato, comprometendo a sanidade do processo eleitoral.

Esse é um dilema para toda a esquerda, entender as consequências da politização de setores do judiciário e a falta de limites de um poder descontrolado. No entanto, concordo com os criminalistas que entendem ser necessário insistir na análise técnica. Mesmo conscientes da intensa seletividade, é fundamental analisar a atecnia do judiciário de exceção para constatar os abusos propositais de uma decisão inquisitorial e primitiva aos olhos do mundo. E não é necessário ir muito longe, basta o socorro das fontes mais elementares da teoria do direito, as que exigem “não mais que o mínimo” de tecnicidade, para perceber que o tribunal alimentou o monstro, confirmou a decisão fora do direito e deu azo ao potencial disciplinar e paradidático que já produz vítimas e algozes em outras jurisdições.

Faço parte de um grupo de juristas que esmiuçou o que chamamos de “sentença anunciada contra Lula” e “acórdão anunciado contra Lula”, buscando entender o fundamento de decisões que, já sabíamos, seriam condenatórias. Escrevemos mais de uma centena de artigos para alertar a percepção de uma deriva autoritária no direito, com o uso da guerra jurídica que desfigurou as operações de combate à corrupção e promoveu julgamentos políticos, afastando a “Operação Lava-jato” das garantias do devido processo legal. Muitos de nós, crédulos, estávamos esperançosos numa sentença reformada pelo Tribunal, tanto pela falta de tecnicidade – (in) competência de juízo, dosimetria da pena fixada muito além do comum, delações e ausência denexo causal e de provas – como pela vasta violação principiológica do justo processo, o desrespeito ao estado de inocência, o uso de provas ilícitas, a violência às prerrogativas, a condução escandalosamente parcial do juiz-acusador de primeiro grau, o desrespeito ao princípio da “paridade de armas”, regra medieval que remonta a ordem da cavalaria como sustentáculo de legitimidade de um julgamento justo até mesmo no direito da guerra.

Aliás, é tudo tão espantoso que não seria exagero preferir o *ius in bello* como forma de melhorar as chances do ex-Presidente. O direito penal de Curitiba, como também o de Porto Alegre, excedeu qualquer limite reconhecido nos marcos internacionais de proteção a um acusado, decidindo condená-lo por ser quem é e não pelo que ele fez ou deixou de fazer. Um julgamento pernóstico, agarrando-se em falsa erudição e nos estrangeirismos para embelezar a leitura dos votos em rede nacional, estigmatizando o acusado, atacando-o institucionalmente como

ex-Presidente, atingindo-o na própria honra, de familiares, amigos e alcançando também o Partido dos Trabalhadores.

Dos 300 jornalistas credenciados para assistir ao julgamento, 53 eram estrangeiros. Aos olhos do mundo, a democracia do Brasil está em decadência, um espetáculo lamentável de um velho mundo político, uma sociedade de castas onde os dirigentes não obedecem às mesmas leis dos miseráveis (Le Monde). Um editorialista do The New York Times, Mark Weisbrot, resumiu os elementos técnico-políticos do julgamento, entendendo que a democracia brasileira está sendo empurrada para o abismo não apenas pela manobra do golpe contra Dilma Rousseff, mas também pelo protagonismo de um judiciário persecutório e espetacular, em aliança com setores da imprensa. O manifesto que denuncia o risco de fraude nas eleições já ultrapassou as 250 mil assinaturas de intelectuais do mundo inteiro, escandalizados com a falta de decoro dos funcionários públicos da justiça que, valendo-se de seus cargos, agem como um tribunal político com o fim de retirar um candidato e tudo o que representa da corrida eleitoral.

No campo jurídico, portanto, nos perguntam o que fazer a partir da definição da fase colegiada de *lawfare*, se vale insistir na técnica para escancarar ainda mais as nulidades e os vícios, se ainda há expectativa junto ao próprio TRF4, ou se devemos choramingar, junto aos ministros do silêncio da Suprema Corte, alertando para o senso de responsabilidade diante do iminente incêndio de ânimos nas legítimas vítimas desse processo anunciado de destruição democrática.

Tendo a pensar que a resposta está muito distante da articulação de uma comitiva de expertos em visita à Presidência do Supremo que, aliás, sinalizou, após sair de reunião com representantes da Shell, Coca-Cola, Souza Cruz, Siemens, que fará ouvidos moucos ao que ela considera pressão política. Depois disso ainda tivemos o julgamento, pelo pleno do STF, que negou o *habeas corpus* que poderia ter evitado a prisão abusiva. E veio a prisão espetaculosa e o regime de visitação, os apelos, os recursos e nada foi capaz de evitar o que já se anunciava, a saga para tentar fazê-lo sumir do processo eleitoral. E veremos ainda o imbróglio no Superior Tribunal Eleitoral, cujo resultado será, certamente, mais exceção.

Ora, sabemos que o processo contra Lula está longe de ser somente uma batalha jurídica. Somos conscientes de que é apenas encenado no palco das legitimidades togadas de plurais majestáticos. Tomando distância, é evidente que o processo tem muito mais a ver com a des-democratização das sociedades mundiais e as ofensivas para desarmar soberanias.

Para compreender o que move a roda de golpes que atinge o Brasil, já tendo passado pela fase do golpe parlamentar e agora na etapa jurídica, é preciso emprestar

as ferramentas de análise da sociologia e da ciência política, de autores como Laval e Dardot que descrevem “a nova razão do mundo”, a racionalidade neoliberal a corromper todas as esferas da existência humana, indo do individual ao estatal, passando por novas formas de gestão do capitalismo financeiro que borram a separação entre público e privado, entre direito público e direito privado, entre funcionário público e empresário-lobista, entre Estado e mercado.

Eis as pistas para entender a incomparável crise de regressão de direitos e a razão pela qual sociedades inteiras em vias de catástrofe não resistem eficazmente ao que lhes pode acontecer. Naquilo que interessa vincular à crise brasileira e ao jurídico, é impressionante perceber as modificações e a submissão do direito à racionalidade privada nas últimas décadas, do direito administrativo tecnocrático ao direito penal do inimigo, passando pela modernização flexibilizadora do direito do trabalho e pela submissão do direito constitucional aos princípios da austeridade e da eficiência econômica.

A Escola de Chicago já pregava, em meados do século XX, a necessidade de formar juízes e convencê-los, por meio de cursos e seminários, das teses da desregulação do setor privado em favor de um *laissez-faire* absoluto. Controlar as cortes e os tribunais arbitrais passou a ser meta para a *lex mercatoria* em busca de um poder ilimitado que, juntamente com o controle da mídia e das forças armadas, garantiriam o triunfo do capitalismo contemporâneo. Registre-se, um capitalismo extremamente agressivo, que prescinde de qualquer acordo democrático e cuja faceta política é o neoconservadorismo nacionalista.

Vendo-se a partir dessa moldura ampliada, sobram razões para entender que Lula não será solto antes das eleições, que seguirá como um preso político de novo tipo dentro de um novo tipo de golpe que vive o Brasil e que a sua inabilitação jurídica para concorrer ao pleito de 2018 é iminente, o que não ocorrerá sem grande oposição das forças democráticas que já demonstram farta disposição para o confronto. De toda a sorte, após a grotesca perseguição jurídica, Lula sai maior, mais altivo. Lula, como disse no momento da prisão, “é uma ideia” e seguirá liderando processos democráticos dentro e fora do país, auxiliando a pensar instrumentos revogatórios das reformas austerizadas e propondo projetos restauradores dos direitos usurpados.

A JURISTOCRACIA BRASILEIRA REVELADA NO “CASO TRIPLEX”

*Claudia Maria Barbosa*¹

Pesquisas eleitorais indicam que o ex-presidente Lula, se candidato, vencerá as eleições de 2018². Quando em 2015 as elites organizaram o Golpe que acabou por colocar Michel Temer no exercício ilegítimo da presidência da República, acreditava-se que ele e seu grupo seriam capazes de aprovar reformas que consideravam essenciais ao Brasil e com elas viria um novo período de crescimento econômico, ainda que para isso fosse necessário sacrificar as poucas conquistas sociais, a renda e a dignidade de trabalhador. O (des)governo Temer colocou no Poder uma quadrilha que até o momento, com o apoio inestimável dos poderosos grupos da mídia tupiniquim, gastou as reservas e dilapidou o patrimônio brasileiro para comprar apoio de alguns, silêncio de outros, deputados, senadores, autoridades judiciárias e empresários que urdem por menos Estado, mas escoram-se sob suas asas.

A crise que começou política e tinha inconfessáveis interesses econômicos por trás, aos poucos alcançou o sistema de justiça e desvelou não apenas sua participação, como também seu protagonismo no Golpe contra a democracia que resultou do *impeachment* fraudulento da então Presidenta Dilma Rousseff.

.....
¹ Claudia Maria Barbosa tem pós-doutorado na York University, Toronto, Canadá; doutora em Direito Universidade Federal de Santa Catarina; professora titular de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada. Pesquisadora nas áreas de política judiciária e administração da justiça e Constitucionalismos de Democracia. Assessoria nas áreas de terceiro setor e organizações de impacto socioambiental. E-mail: claudia.mr.barbosa@gmail.com Currículo disponível: <http://lattes.cnpq.br/0016091493799961>

² LULA tem 37%, Bolsonaro 16% e Aleckmin 7% aponta pesquisa Datafolha para 2018. G1 Globo. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/lula-tem-37-bolsonaro-16-aleckmin-7-aponta-pesquisa-datafolha-para-2018.ghtml>. Acesso em: 27 fev. 2018; DECAH, Erich. Lula lidera com 30,5% dos votos em eventual disputa em 2018, diz pesquisa. Estadão. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,lula-lidera-com-30-5-dos-votos-em-eventual-disputa-em-2018-diz-pesquisa,70001666636>. Acesso em 28 fev. 2018

De que forma os integrantes de um Poder de Estado que efetivamente usufruem de garantias inestimáveis no Estado Democrático, compõem um grupo privilegiado da população e detêm um capital social importante, tornam-se protagonistas de “jogos de poder” em sociedades atuais, intrigou o cientista político canadense Ran Hirschl (2004, p. 1) que, ao estudar o tema desde o viés do protagonismo político das Cortes em Estados democráticos contemporâneos, vislumbra na atuação dos juízes, traços de uma específica forma de “regime político” que ele denomina juristocracia, provável alusão à similitude com que juízes acabam por comportar-se como a aristocracia que, irresponsavelmente, detinha o poder no Estado Moderno pré-republicano.

1. O regime político da juristocracia

Hirschl em sua obra *Toward Juristocracy*, considera a juristocracia “*a new method of pursuing political goals and managing public affairs*” (2007, p. 1), ou seja, uma nova forma de governar, conduzida por magistrados que, no exercício do poder político, não detêm a legitimidade democrática típica dos representantes eleitos, e tampouco respondem politicamente por suas ações, já que deles não se exige responsabilidade política. Sua legitimação poderia estar baseada na racionalidade de suas decisões, na peculiar posição do Judiciário no arranjo institucional de um específico Estado, ou nos limites e na defesa da Constituição.

De fato, no modelo tradicional liberal de separação e harmonia entre os Poderes, o Legislativo detém a legitimidade primária para definir o conteúdo da norma, e suas decisões são regularmente submetidas ao escrutínio popular. As eleições funcionam como um mecanismo de *accountability* social através do qual os eleitores decidem se desejam ou não um novo mandato a seus representantes e governantes.

No constitucionalismo contemporâneo, cenário no qual se desenvolve a juristocracia, esse equilíbrio, tão imperfeito quanto o sistema de representação das candidaturas, torna-se mais difuso. Aos representantes eleitos continua cabendo a tarefa de legislar, mas a definição e a extensão do conteúdo dessas normas é crescentemente compartilhada com os magistrados, sobretudo quando relativas a direitos fundamentais (individuais, sociais, coletivos...).

A abertura do texto na norma e seu caráter muitas vezes principiológico, a amplitude da discricionariedade no ato de interpretá-la e, portanto, definir o seu sentido, e a liberdade de atuação do intérprete, acabam por desequilibrar o modelo teórico de separação e harmonia dos Poderes de Estado arquitetado nas Constituições liberais. Diversos fatores que não serão abordados neste texto acabam por

ensejar um inédito protagonismo ao Judiciário e às Cortes, verificado tanto no *judicial review* propriamente dito, quanto na atividade cotidiana do intérprete da norma que se torna também um ator coconstitutivo do seu significado.

Na Juristocracia constata-se o protagonismo dos magistrados na interpretação e coconstituição do significado da Constituição, e reconhece-se um desequilíbrio no sistema de freios e contrapesos, mas refuta-se o potencial conflito que poderia existir entre Legislativo e Judiciário e nega-se, portanto, haver usurpação de poder operada pelo Judiciário em desfavor do Legislativo. Para afastar tal premissa, Hirschl (2007) explora seis cenários políticos em diferentes países, como África do Sul, Canadá, Israel e Nova Zelândia, e conclui que a transferência de poder do Legislativo para o Judiciário se dá justamente quando, nas urnas, as tradicionais elites se veem ameaçadas de perder poder, porque as eleições passam a ser vencidas por candidatos que não pertencem a seus grupos, mas que são mais próximos do Povo ou com ele melhor identificados. Embora o Brasil não tenha sido especificamente investigado pelo pesquisador canadense, é possível reconhecer no contexto dos dois mandatos de Lula um cenário próximo ao descrito.

Para Hirschl (2007, p. 40 e ss.), o empoderamento judicial que resulta da constitucionalização dirigida pela estratégia política pode tomar as formas fina – *thin strategy*, e espessa – *thick strategy*. A primeira leva em conta sobretudo a lógica do mercado eleitoral, e considera que os detentores do poder político terão mais condições de negociar suas posições quando puderem oferecer aos grupos de interesse uma expectativa de que suas políticas serão permanentes e de longo prazo, de maneira a fortalecer parcerias duradouras. A segunda, espessa, que mais interessa neste artigo, sugere que o empoderamento judicial é melhor entendido como resultado da interação entre três grupos: a elite política porque, ameaçada em sua hegemonia, busca preservá-la isolando o processo de elaboração de políticas das incertezas do jogo político; a elite econômica porque enxerga na constitucionalização de certas liberdades, especialmente as individuais, um caminho para promover a agenda neoliberal, a desregulação econômica e o anti-estatismo, que seriam derrotados nas urnas; as elites judiciais, porque buscam ampliar sua influência política e sua reputação internacional por meio de agendas que agradem ao *status quo*.

Para ele, a *juristocracy* consolida-se como consequência de uma forma autointeressada de preservação hegemônica, na qual as tradicionais elites estrategicamente transferem ao judiciário parcela do poder político que antes detinham, porque se beneficiam desta transferência.

A arquitetura institucional também favorece a atuação política contrária ao anseio popular, por parte do Judiciário. De fato, enquanto o governo precisa

equilibrar-se no atendimento às demandas de grupos de interesses divergentes na sociedade, de forma a poder contar com seu apoio no exercício presente e futuro da legislatura, fato que constrange e limita sua atuação, um governo irresponsável, como costuma ser o exercício do poder da elite juristocrata, não precisa preocupar-se com o freio da vontade popular. O Judiciário passa a deter o poder para definir o sentido e a extensão do conteúdo da norma, mas ele não tem responsabilidade como gestor de políticas e tampouco precisa justificar aos eleitores suas escolhas. Diferentemente dos legisladores, os juízes não precisam arcar com os custos políticos de decisões impopulares e tampouco existem mecanismos que os constringam em decidir de acordo com suas “preferências”.

No sistema desequilibrado e sem restrições, falta aos juízes incentivos e limites que lhes imponham um comportamento ético, voltado ao interesse público. E não há razão específica para se acreditar que os juízes possuam uma ética peculiar de correição diferente daquela dos agentes políticos ou dos atores privados. Ao contrário, o fato de os mecanismos de controle sobre a atuação do Judiciário serem muito frágeis, facilita o abuso do poder.

Ademais, se os direitos constitucionalmente estabelecidos só o são na medida em que os magistrados assim o permitem, confirmando-se o que disse o ex-presidente da Suprema Corte Norte-Americana Charles Hughes, de que a Constituição “é aquilo que os juízes dizem que ela é”, então as Cartas já não são capazes de proteger adequadamente os cidadãos dos abusos do Judiciário. De fato, os freios ao abuso do poder previstos constitucionalmente têm seu sentido e alcance calibrados pelo próprio Judiciário, logo, não se prestam ao papel protetivo que detinham originalmente: a proteção contra o arbítrio.

2. A juristocracia emergente no constitucionalismo brasileiro

Hirschl (2007) identifica o fenômeno da juristocracia no contexto do empoderamento das Cortes em Estados democráticos, sob o signo do constitucionalismo, e procura entender as razões e formas pelas quais especialmente as Cortes Superiores, encarregadas do exercício do *judicial review*, assumiram um papel político que tradicionalmente não detinham, tanto em países de tradição *common law* como em *civil law*. Ao analisar diferentes cenários, ele vislumbra no que chamou de Juristocracia um tipo de regime político exercido por uma elite judicial togada que paulatinamente vem abandonando sua tradicional discrição em matéria política e fortalecendo-se como um importante ator político nos jogos de poder. Em países de jurisdição constitucional concentrada, a atuação da juristocracia é mais visível

nas Cortes Supremas; o modelo misto brasileiro de controle de constitucionalidade, contudo, expande esse conceito a cada magistrado que, no exercício regular da judicatura, atua como coconstituente do significado da Constituição. O conceito é favorecido ainda pela posição social dos juízes brasileiros, a qual os associa inequivocamente a uma elite judicial que se adequa com perfeição ao desenho da juristocracia caracterizado por Hirschl.

No arbítrio, não importa quem é o cidadão: ele será alvo se, e na medida em que, ameaçar o projeto de poder que as elites econômica, política e judiciárias têm para o país (ou contra o país, como parece ser o caso), mesmo que esse projeto tenha sido recusado no exercício democrático das urnas. Por isso a juristocracia evidenciou-se sobretudo nos governos Lula, quando a elite buscou guarida no Judiciário para ver garantidas suas teses contrárias a políticas sociais propostas pelo Executivo, às vezes com, outras sem sucesso, e também agora, quando o ex-presidente utiliza de todo o seu inigualável capital político para, disputando uma reeleição dentro do jogo democrático, reverter o Golpe de 2016.

Tivesse a elite um nome de peso capaz de concorrer e vencer o pleito de 2018, Lula não seria condenado, porque não há provas no processo, e sua condenação coloca em xeque a legitimidade da Justiça. Contudo, na ausência de uma candidatura viável, atua a Juristocracia para afastar o líder popular da cena política.

O envolvimento do Judiciário na trama do Golpe, que tem no Gabinete da 13. Vara Federal, no Tribunal Regional Federal da 4. Região e no Supremo Tribunal Federal seus tentáculos mais visíveis, cresce na proporção direta do capital político de ex-presidente. Ainda é cedo para que se possam avaliar todas as consequências do apoio de parcela expressiva do judiciário ao Golpe, mas já é certo que a legitimidade da Justiça se derrete a cada dia, com consequências imprevisíveis para a necessária e desejável crença na atuação de uma Justiça imparcial e independente, sem a qual não se sustenta o Estado de Direito (e nem se pensa mais no democrático).

A atuação política e o alinhamento da dita Operação Lava Jato com a mídia, associações empresariais e grupos opositores ao governo eleito dentro do próprio Parlamento, permitiu que no transcurso de uma jovem democracia ainda em consolidação, se interrompesse a inédita trajetória ascendente de um país na busca de dignidade para uma parcela maior de seus concidadãos, e ali irrompesse um Golpe de Estado. No exercício de poder de um governo golpista, a Constituição e os direitos fundamentais estabelecidos não tem serventia porque seus guardiões, justamente a elite togada denunciada na juristocracia de Hirschl, a abandonaram. Veja-se.

O Golpe de Estado que em 2016 interrompeu um governo democrático eleito sem o apoio das elites, deveria ter encontrado freios no Judiciário, mas não foi o

que se viu, fato que pode ser facilmente exemplificado pelo infinito adiamento do julgamento da constitucionalidade do processo de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff no Supremo Tribunal Federal.

O Poder Judiciário em particular, mas as instituições do sistema de justiça de forma geral, parecem ter abraçado a tese de que a Constituição é um obstáculo no combate à corrupção (combate infelizmente seletivo), e abandonaram seu dever de guardiões da Carta. Nessa trajetória, por vezes ameaçam quem ousa defendê-la. É o que se viu, por exemplo, na nota oficial, infeliz e insidiosa assinada pelo Presidente da AJUFE – Associação dos Juízes Federais do Brasil, na qual associa aqueles que são contrários ao auxílio-moradia pago aos juízes ao grupo que seria, então, favorável à corrupção. A nota transforma assim todo cidadão contrário ao pagamento de privilégios imorais e ilegais aos magistrados, em um potencial transgressor da lei, que apoia a corrupção³. Esta declaração do Presidente da AJUFE, embora distante no tempo, soa próxima a outra, atribuída à nobre francesa Maria Antonieta, que ao defrontar-se com o povo faminto no período pré-revolucionário, teria afirmado: “se não têm pão, que comam brioche”⁴. O resultado é sabido: juízes foram guilhotinados pelo Povo revolucionário. O mesmo Povo que hoje, humilhado e ameaçado em seu direito de escolher o próximo Presidente, começa a perceber-se enganado pela juristocracia brasileira, aliada à parte das elites política e econômica do país e aos interesses internacionais.

Ainda sob o argumento falacioso do combate à corrupção, o sistema de justiça dobrou-se à mídia hegemônica que dá voz à vontade das elites e, sem disfarces, vem admitindo que um órgão judicial de piso, restrinja e excepcione os mais essenciais direitos fundamentais (liberdade e presunção de inocência, entre outros), sem que haja voz institucional dissonante e forte o suficiente para brandir a necessidade de protegerem-se os cidadãos contra o abuso de poder. Qualquer cidadão, frise-se, contra os abusos dos detentores, de qualquer Poder!

Juízes e Desembargadores que atuam na Lava Jato adequam-se perfeitamente à elite juristocrata de Hirschl, e no contexto do Golpe de 2016 cumprem o papel específico de tentar dar aparência de legalidade, por quaisquer meios, aos abusos

.....
³ RIOS, Fabio St. Associação de juízes emite nota surreal afirmando que quem é contra o auxílio-moradia é a favor da corrupção. No estilo Judiciário ame-o ou deixe-o. *A Postagem*. Disponível em: <<https://www.apostagem.com.br/2018/01/30/associacao-de-juizes-emite-nota-surreal-afirmando-que-quem-e-contra-o-auxilio-moradia-e-favor-da-corrupcao-no-estilo-judiciario-ame-o-ou-deixe-o/>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

⁴ QUE eles comam brioche. WIKIPEDIA. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Que_eles_comam_brioche>. Acesso em: 28 fev. 2018

articulados pela elite política e econômica (são grupos em parte coincidentes), sustentados ou escondidos pela mídia, e cometidos pelas instituições do sistema de justiça (no caso, especialmente o Ministério Público Federal e a Polícia Federal), contra o cidadão Luiz Inácio Lula da Silva. E o fazem contrariamente à vontade de expressiva parcela do povo brasileiro, que enxerga em Lula o melhor Presidente do país, está disposta a escolhê-lo novamente Presidente da República, e nele deposita ainda a esperança de vidas e dias melhores que viram um dia e provavelmente não verão, nem para si, nem para seus filhos.

Já em 2002 em tese de Doutorado intitulada “Os novos Oráculos da Lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula vinculante no Brasil”, a propósito do risco e inconveniência de migração de institutos do *common law* para o modelo *civil law*, advertia-se para os riscos de os juízes, e os Ministros do Supremo Tribunal Federal, transformarem-se em autênticos “oráculos da lei”, extraindo do texto da norma qualquer interpretação desejada, mesmo aquela avessa ao exposto texto normativo (BARBOSA, 2002, p. 217). A advertência tem hoje o tom da profecia, mas essa é muito mais nefasta para a democracia e o estado de direito do que se poderia supor à época, quando se discutia a conveniência da adoção da então inexistente súmula de efeito vinculante no Brasil.

O cenário em 2002, anterior à Emenda Constitucional n.45/2004, que entre outras medidas aprovou a criação do Conselho Nacional de Justiça, já permitia antever um certo desconforto com o empoderamento do Judiciário, sobretudo pelo viés político que esse fenômeno denunciava. A respeito, as exatas palavras do jurista francês François Rigaux (2000, p. 178), para quem “a ideia às vezes avançada de que a intuição do juiz basta para tudo, tanto para escolher a regra aplicável quanto para avaliar os fatos e adaptar-lhes o dispositivo, deve ser resolutamente combatida. Sob sua variante mais perversa, lançaria um véu de legalidade sobre uma decisão cuja única fonte seria a consciência, o senso de justiça ou a equidade do magistrado”.

Profecia? A afirmação do Procurador da Lava Jato de que, para provar ser Lula o suposto maestro de uma organização criminosa, “não havia provas, mas convicção”⁵, é aterrorizante.

O Judiciário que deveria ser o guardião da Constituição hoje a ameaça. A Carta, contudo, é o instrumento de defesa dos cidadãos contra o arbítrio do Estado. Sua existência, necessária a qualquer tempo, torna-se ainda mais importante em

.....
⁵ DENÚNCIA contra Lula: não temos como provar, mas temos convicção. Pragmatismo Político. Disponível em: <<https://www.pragmatismopolitico.com.br/2016/09/denuncia-contra-lula-nao-temos-como-provar-mas-temos-conviccao.html>>. Acesso em: 26 fev. 2018

tempos de crise, porque é aí que a arquitetura institucional erigida deve mostrar-se forte para assegurar os direitos e garantias dos cidadãos. O retórico discurso que busca justificar o desrespeito do Judiciário pelos princípios constitucionais pelos quais deveria zelar na “vitimização” do bandido, nas “contingências” excepcionais da crise ou no excesso de garantismo, não se sustenta. Crimes e penas tipificados precedem o comportamento delituoso, justamente para evitar que se tomem decisões baseadas na aparência, na profissão, no status social ou na ideologia do réu.

O cidadão comum tem o direito de clamar por leis mais duras e é natural que, por vezes, no desespero, aceite sacrificar vidas inocentes em troca de uma maior proteção que o Estado lhe prometa. Assim, por exemplo, um pai pode desejar matar os estupradores de sua filha, e provavelmente o faria se tivesse oportunidade ou entendesse que os riscos compensam. O papel do Estado é conter o ódio do pai e assegurar que os acusados sejam julgados no limite das leis. Ao abandonar a lei ou conduzi-la para permitir julgamentos baseados em convicções, não raro sem base probatória, a atuação do magistrado equipara-se a do criminoso que atua ao arpejo da norma. Se o agente do Estado é membro de uma elite irresponsável politicamente, o risco é ainda maior.

3. A juristocracia visível nas decisões do caso do triplex

Despir um cidadão das garantias que a Constituição lhe assegura, ou negar-lhe direito que a Carta prevê, é um atentado ao estado democrático de direito. Quando esse cidadão é um ex-presidente da República que, nessa qualidade, necessariamente divide arenas e paixões, espera-se do Estado responsabilidade, serenidade, independência, imparcialidade e cautela, infelizmente escassas tanto na decisão de primeiro grau que condenou o ex-presidente a 09 anos e 06 meses de prisão, quanto no acórdão que confirmou sua condenação.

Algumas inconsistências lógicas e fragilidades daquela decisão já foram objeto de anterior artigo publicado após a decisão de 1. Grau no quase-jocosos caso do “triplex do Guarujá”, que concluiu: “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” (BARBOSA, 2017, p. 116). O caso é quase-jocosos porque ali, após anos de investigação e milhares (se não milhões) de reais gastos, a Lava Jato no processo em que pretende levar Lula à prisão, não conseguiu provar que Lula tenha sido proprietário, possuidor, que tenha auferido qualquer vantagem, ou que tenha atuado para ocultar ou dissimular a titularidade de um bem. A inexistência desses requisitos

eliminar a possibilidade de sua condenação porque esses são elementos típicos para definir os crimes de corrupção e lavagem de dinheiro de que o acusam nesse processo, mas não foi esse o resultado.

O acórdão, ao afirmar que “a prática efetiva de ato de ofício não consubstancia elementar de tais tipos penais” (item 24); “não se exige que o oferecimento da vantagem indevida guarde vinculação com as atividades formais do agente público...” (item 26); “a corrupção passiva perpetrada por um dos acusados difere do padrão dos processos já julgados pela Operação Lava Jato” (item 27); “a ausência de título translativo do imóvel é compatível com a prática do delito” (item 30), entre outros elementos, são evidências de que, para incriminar Lula, foi preciso justificar uma série de excepcionalidades e condicionantes que, de maneira geral, não permitiriam a caracterização da existência de crime, especialmente na esfera penal, em que a interpretação da norma e a dúvida razoável deveriam favorecer o réu.

Despojado de provas, limitado pelo depoimento de réus confessos a quem se teria prometido benefícios da colaboração premiada, e adstrito aos tipos penais que exigem condutas claras e intenção do acusado, o juiz de Curitiba, aparentemente convicto, mas sem provas dos crimes do ex-presidente, optou por brincar com o texto da norma. A manobra ficou evidente, por exemplo, no trecho da sua decisão na qual, na impossibilidade de provar se o ex-presidente “solicitou, aceitou ou recebeu” promessa de vantagem (ações previstas no tipo penal de corrupção passiva), afirma que “os valores teriam sido corporificados com a *disponibilização* ao ex-presidente do apartamento...”. Disponibilização não conduz ação típica que levaria à condenação do réu e não integra o tipo penal que ensejou a condenação, mas foi o termo encontrado para tentar dizer o que não poderia provar. Ora, cidadãos com contas bancárias costumam ter “à disposição” nos bancos valores passíveis de serem utilizados nos chamados créditos consignados, mas isso não significa que são proprietários da quantia que lhes é “disponibilizada”. O resultado da “disponibilização do imóvel”, portanto, conduziria à absolvição.

Contudo, contrariando a doutrina penal e a Constituição Federal, o magistrado deliberadamente negou a um só tempo dois dos mais caros princípios do estado (democrático) de direito: o *in dubio pro reo* assegurado no Artigo 386, VII do Código de Processo Penal, e a garantia da presunção de inocência, estabelecida no Art. 5, inciso LVII da Constituição Federal. O manejo do texto normativo, para redefinir ou reinterpretar seu conteúdo para atender a interesses elitistas é forma típica de atuação dos juristocratas no regime político da juristocracia.

Na apelação, a peculiar interpretação dada aos dois princípios basilares da Democracia não passou despercebida à defesa que, mais uma vez, procurou advertir

os Desembargadores de que na esfera penal a interpretação da norma é restrita, salvo quando para beneficiar o réu. Seu clamor foi novamente ignorado, em mais uma demonstração clara de que os magistrados tudo podem, no exercício puro da juristocracia.

O magistrado sediado em Curitiba inovou de forma perversa também quando fingiu ignorar a necessidade de a acusação provar a culpabilidade do réu para condená-lo, transferindo a ele o dever de provar sua inocência. Não foi outra a análise de Fábio Tofic Simantob (2018) que, ao apontar falhas da decisão, afirmou:

O método interpretativo da sentença não é baseado em prova, o que fica claro quando diz no item 850 como o ex-presidente não forneceu nenhuma explicação hábil para a reforma, então se conclui que é propina, revelando que, no frígido dos ovos, opera com presunções que, de mais a mais, acabam por gerar uma das mais odiosas arbitrariedades que um julgamento penal pode cometer, a inversão do ônus da prova, relegando à defesa o papel de provar a inocência, e retirando da acusação o ônus de provar a culpa.

É essa a lógica do magistrado quando entende ser a versão da acusação a única válida porque não se pode (ou não se quis) encontrar outra narrativa consistente para os fatos. Um exercício lógico elementar já mostraria que “da ausência de explicação perfeita para não ser proprietário do triplex, não é possível inferir que Lula seja o proprietário do mesmo”.

Infelizmente, no julgamento do caso na 8. Turma do Tribunal Regional Federal da 4. Região, a ausência de provas que pudessem conduzir à condenação do réu foi mais uma vez desconsiderada, em uma nova demonstração de desrespeito à Constituição e prepotência, demonstradas no poder de interpretar a lei da forma como convém. A elite juristocrata não caminha sozinha!

O acórdão⁶ objeto da decisão tem apenas 7 páginas e resultou de um relatório de quase 300 laudas do Desembargador Relator no qual este baseou seu voto, acompanhado pelos dois outros Desembargadores que não se preocuparam, por exemplo, em justificar os fundamentos para o aumento da pena.

Impressionou o fato de que todas as preliminares levantadas pela defesa foram integralmente afastadas pelos três julgadores, conforme consta do próprio acórdão, no item 19. Admoestados a se manifestarem com relação à espetacularização do processo, a seletividade na colheita e formação das provas, à parcialidade com que

.....
⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação Criminal n. 4046512-94.2016.4.04.7000/PR. Apelante Luiz Inácio Lula da Silva e outros. Apelada: os mesmos. Relator: João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, 31 de janeiro de 2018

o juiz conduziu o processo, à conduta suspeita do magistrado demonstrada na sua proximidade com adversários políticos do réu, esses argumentos não mereceram mais do que respostas evasivas da Corte, conforme se observa da redação dos itens 5, 7, 8, 10, 12, 18 da decisão, os quais não se reproduzem aqui, mas podem ser facilmente identificados e consultados no documento.

O acórdão não se preocupa em negar ou refutar quaisquer dos problemas aventados pela defesa que, em seu entender, teriam viciado o processo, em um desrespeito às partes. Em alguns casos, afronta inclusive a inteligência do leitor médio. Apenas para exemplificar, todo brasileiro que acompanhou o uso que a Operação Lava Jato fez da mídia e a forma como esta explorou o “caso do triplex”, tem conhecimento de que ali houve abuso. Era de se esperar, portanto, que diante da alegação da defesa, a Corte explicasse e justificasse a atuação do magistrado, mas sua resposta, expressa no item 7 apenas constata que “A publicação de matérias jornalísticas a respeito do caso e da participação dos envolvidos é típica dos sistemas democráticos, não conduzindo à suspeição do juízo”. Como se o mergulho da mídia no caso não tivesse sido fomentado, pautado e incentivado pelos próprios membros da Operação. O povo brasileiro merece e exige mais respeito e consideração nos julgados da Corte.

Em relação ao mérito, também os julgadores se mantiveram de acordo em tudo. Concordaram até mesmo na exata dosimetria da pena e no valor da multa. A dúvida “razoável” que faltou aos julgadores para absolver Lula parece ter sobrado na certeza que a unanimidade da decisão desejou impor. Com o perdão da imprecisão linguística, “é muita unanimidade”!

4. A juristocracia presente no processo deliberativo e os riscos para o estado de direito no Brasil

A sociedade acostumou-se aos julgamentos televisionados do STF e aos poucos vai percebendo que, ali, cada Ministro decide o caso baseado em seus próprios fundamentos, e a decisão acontece por maioria, a despeito dos fundamentos diversos que sustenta cada voto. Não é um modelo adequado de deliberação, e dificilmente autorizaria a formação de precedentes, os quais fundamentam-se essencialmente na necessidade de criação de parâmetros jurídicos de julgamento a partir de casos concretos, que possam ser estendidos a casos semelhantes. Quando cada julgador decide com base em um fundamento diverso, é impossível constituírem-se precedentes, prevalecendo sempre a decisão individual que, somada a votos no mesmo sentido (embora com fundamentos diversos) resultam em uma jurisprudência débil

e inútil para sustentar uma, seja qual for, posição da Corte em matérias importantes. Especialistas discutem a forma de deliberação do STF e denunciam que ali, ao invés de uma Corte, existem 11 ilhas⁷, uma de cada Ministro, que constrói o seu próprio direito, mais ou menos próximo da letra da lei e das diretrizes constitucionais, a depender da forma com que sustentam suas posições. A juristocracia, como se percebe, tem um espaço amplíssimo para operar fortemente nas Cortes Superiores.

Pois bem, o processo de deliberação do STF, bastante criticado, é essencialmente diferente do que foi praticado no julgamento do ex-presidente Lula. No Tribunal Regional Federal da 4. Região, com sede em Porto Alegre, a 8. Turma, ao julgar o recurso da defesa do ex-presidente, inovou na técnica, distorceu a lei, desrespeitou a Constituição e, daquilo que é possível depreender-se dos relatórios e dos votos, parece ter decidido combinar antes o resultado. Só essa combinação explica a coincidência incrível do aumento da pena determinado pelos três revisores: exatos 3 anos e 01 mês, baseados nos mesmos agravantes e benefícios, e ainda no mesmo critério (mais uma vez inovador) para fixar-se a multa que, altíssima, pode na prática inviabilizar a progressão de regime, caso o ex-presidente permaneça preso. A tecnicidade que se espera da Corte parece ter dado lugar a um realismo perverso no qual os Desembargadores, para evitar a prescrição, aumentaram a pena do réu, desprezando o fato de inexistir previsão legal com essa finalidade⁸.

Diferente do relator, os demais Desembargadores não se sentiram obrigados nem mesmo a fundamentar adequadamente a dosimetria das penas, decidindo nesse “pormenor” (enorme!) apenas acompanhar o relator, Ministro Gebran Neto, “amigo de Moro desde os bancos da pós-graduação, que realizaram juntos na Universidade Federal do Paraná”⁹.

A coincidência deve ter surpreendido até mesmo o relator, que no acórdão reconhece que a dosimetria é “matéria sujeita a certa discricionariedade judicial” (item 36).

Caso tenham de fato combinado antes o resultado, os Desembargadores conseguiram piorar, muito, aquilo que já era ruim. Enquanto no STF não se constroem

.....
⁷ MENDES, Conrado Hubner. Onze Ilhas. *Folha de São Paulo*. Opinião. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

⁸ AUMENTO da pena de Lula foi pra evitar prescrição. *Fórum*. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/aumento-da-pena-de-lula-foi-para-evitar-prescricao-afirma-flavio-dino/>>. Acesso em: 27 fev. 2018

⁹ ALÉM da suspeição: Moro e Gebran do TRF4 são amigos e se elogiam publicamente desde os anos 90. Disponível em: <https://www.diariodocentrodomundo.com.br/essencial/alem-da-suspeicao-moro-e-gebran-do-trf-4-sao-amigos-e-se-elogiam-publicamente-desde-os-anos-90/>. Acesso em: 28 fev. 2018.

precedentes (reais) porque os Ministros ignoram a necessidade de escutarem-se e dialogarem em torno dos fundamentos de um ou outro caso, preferindo cada um expor seus próprios pontos de vista, desconsiderando, via de regra, o embasamento dos demais, no TRF4 os precedentes deixariam de ser construídos porque, independente dos fundamentos, podem-se ter acordado os resultados.

5. Considerações finais

O regime político da juristocracia ficou evidente no protagonismo do Judiciário no Golpe de Estado de 2016 e está muito bem caracterizado no transcurso e julgamento do “tríplice do Lula”. A aliança entre parcela do Poder Judiciário que representa a elite judicial, expressivos representantes da elite econômica e os opositores do governo eleito, que integram a elite política do país, é pressuposto da juristocracia. Nesta, o protagonismo político é exercido justamente no interesse das elites, revestindo de caráter jurídico e legal decisões que, no fundo, têm motivação e escopo políticos. Tal qual a aristocracia, também a juristocracia opera contra a vontade do Povo, nesse momento buscando negar-lhe o direito de escolher o ex-presidente novamente para o cargo de presidente do país.

A independência do Judiciário e a crença na imparcialidade da justiça são provavelmente os componentes mais importantes do estado democrático de direito. Neste, os cidadãos devem entregar ao Estado a solução de conflitos, porque ele é o detentor da força e do direito, e substituirá o jurisdicionado em sua vontade punitiva. Só a crença na justiça justifica a transferência do poder próprio do cidadão, de si mesmo para o Estado. Por isso, é difícil imaginar uma situação mais grave para a Justiça de um país do que o acerto de resultados prévios em torno de um julgamento. É aí onde a juristocracia ameaça a soberania do Povo. É aí onde a juristocracia ameaça a Justiça. É aí onde a juristocracia ameaça a democracia!

TRF4 ERROU AO DIZER QUE ROL DE SUSPEIÇÃO DEVE SER *NUMERUS CLAUSUS*

Djefferson Amadeus¹

No acórdão que estabeleceu a condenação do Ex-Presidente Luis Inácio Lula da Silva, foi disposto, expressamente, que “O rol do art. 254 do CPP constitui *numerus clausus*, e não *numerus apertus*, sendo taxativas as hipóteses de suspeição. Precedentes desta Corte e do STF (Exceção de Suspeição Criminal nº 5052962-04.2016.404.0000, Des. Federal Cláudia Cristina Cristofani, por unanimidade, juntado aos autos em 16/12/2016).”

Neste artigo, como demonstrarei, a psicanálise aponta para o contrário, isto é: o rol de suspeição deve ser *numerus apertus* (e não *numerus clausus*).

Para explicar o porquê disso valer-me-ei da hermenêutica e psicanálise, tendo em conta, inicialmente, a afirmação do filósofo Marco Casanova, segundo a qual: “quando alguém fala, tem sempre uma coisa que fica calada naquilo que ela fala”. Essa coisa que fica calada é justamente o horizonte de sentido que dá sustentação à fala.²

Se isto é assim, então para entender o que está calado na base do pensamento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sustentando sua afirmação de que o rol de suspeição deve ser taxativo, temos que pensar hermeneuticamente, isto é, não escutar as coisas como elas são ditas, a partir de sua mera exposição, mas sim, por meio de um salto, perguntar pelo horizonte de sentido a partir do qual aquele pensamento se dá.

.....
¹ Djefferson Amadeus é advogado criminalista e eleitoralista. Mestre em Direito e Hermenêutica Filosófica (UNESA-RJ), bolsista Capes, pós-graduado em filosofia (PUC-RJ) e pós-graduado em Processo Penal (ABDCONST). Pesquisador da Coop. Social. da Presidência da Fiocruz. Professor de Direito Processual Penal.

² CASANOVA, Marco. “A fragilidade ética do mundo contemporâneo e o Direito” Dr. Marco Casanova Data: 10 de setembro de 2015. Palestra proferida no Cultura e Eventos – OAB SP.

É justamente isso que nos permitirá fazer com que o sentido que orienta e determina o modo de pensar do Tribunal Regional Federal da 4ª Região apareça como ele realmente é, por assim dizer. Dito isso, nossa tarefa passa a ser, como diria Lenio Streck, a de descascar as capas de sentido, como numa espécie de palimpsesto,³ a fim de que exsurja dali o paradigma sedimentado que os orienta sem que eles se deem conta disso.⁴

Não é necessário muito esforço para concluir que é da racionalidade cartesiana que estamos a tratar; sim, porque o “senso comum teórico”,⁵ ao confiar que a verdade habita a consciência, acaba acreditando que se chega à verdade pela via da razão, a qual seria garantida por um método seguro.⁶

E o que isso tem a ver com o fato do TRF4 sustentar que a o rol de suspeição deve ser taxativo? – é a pergunta que o leitor deve estar se fazendo.

Ora bem, essa gente acredita que é possível julgar de forma reta porque, inspirados no paradigma cartesiano, confiam que o método lhes dará a garantia (e segurança) de que a verdade não será corrompida por seus desejos e paixões.⁷

Numa palavra: ingenuidade. Ou melhor: pura ingenuidade. Porque nada se pensou – ou propositadamente esqueceu-se? – que as pulsões “querem satisfação e, por isso, não se preocupam com as “construções racionais”.⁸ Somos, por isso, dois sujeitos sendo que um deles nos é inteiramente desconhecido”.⁹ Este desconhecido, que pensa por nós e, mais do que isso, trama à nossa revelia, é o inconsciente.¹⁰ A

.....
³ STRECK, Lenio Luiz. Drible da vaca em súmula, uniões poliafetivas... O que mais vem aí? <http://www.conjur.com.br/2016-jan-28/senso-incomum-drible-vaca-sumula-unioes-poliafetivas-venem-ai>. Disponível em: 07 de Maio de 2016.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 9.

⁵ WARAT, Luis Alberto. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1979, p. 19.

⁶ DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Introdução, análise e notas Étienne Gilson. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 6.

⁷ MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia*. Dos pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 60.

⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Estado de Polícia: Matem O Bicho! Cortem A Garganta! Tirem O Sangue*. (Coord.) Direito e Psicanálise: intersecções e Interlocações a Partir de O Senhor das Moscas de Willian Golding. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p.179.

⁹ GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Palavra e Verdade na filosofia antiga e na psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990, p. 30.

¹⁰ FERREIRA, Nádia P.; COUTINHO JORGE, Marco Antonio. Freud. *Criador da Psicanálise*. Rio de Janeiro. Jorge Zahar. 2002, p.7.

decisão, portanto, “tem razões que a própria razão desconhece”, como bem apontaram Alexandre Rosa e Aury Lopes Jr.¹¹

Daí por que, em muitos casos, não se trata de má-fé, embora às vezes também haja, mas se trata antes de tudo de ingenuidade, a qual se deve, entre outras coisas (ou quem sabe principalmente) ao fato de que a psicanálise não tem tido vez no direito.

É o que se observa, por exemplo, de outro trecho do acórdão, ao não reconhecer a imparcialidade do juiz Moro sob o argumento de que: “A determinação de diligências na fase investigativa ou mesmo a condução coercitiva de investigados ou decretação de prisões cautelares fazem parte do cotidiano jurisdicional e não acarretam a quebra de imparcialidade do julgador ou a nulidade do feito.”

Parafraseando Jacinto Coutinho: pobre dos juízes com um Tribunal assim, que exige deles algo contrário à natureza humana.¹²

Em outras palavras, as minhas: pobre dos juízes com um Tribunal que os obriga a manter a imparcialidade mesmo depois de ter determinado diligências na fase investigativa; pobre dos juízes que determinaram conduções coercitivas (ou decretaram prisões cautelares no curso do inquérito) e ainda têm de ser imparciais; em suma: pobres dos juízes com um Tribunal assim que exige-lhes algo contrário à natureza humana!

Ora, isso é impossível; não é humano, afinal: “um ser humano normal, com todos os seus recalques e fantasmas, não consegue apagar suas decisões da memória”.¹³

Daí por que a paranoia (aquela forma de personalidade que, segundo Calligaris, leva o sujeito a encontrar no mundo muito mais sentido do que está lá)¹⁴ é inevitável; inevitável porque comprometido por completo em razão do contato com provas ilícitas, era impossível ao Juiz Sérgio Moro ou qualquer outra pessoa – tal e qual se faz em computadores – apertar um botão de “delete” e apagar da memória os quadros mentais, isto é, as hipóteses similares àquelas da paranoia. (Cordero e Jacinto Coutinho).

.....
¹¹ LOPES JR., Aury e MORAIS DA ROSA, Alexandre. <https://www.conjur.com.br/2017-abr-28/limite-penal-decisao-raozes-propria-razao-desconhece>. Acesso em: 20/06/2018.

¹² No original: pobre dos juízes com leis assim, que cobram deles uma coisa contra a natureza humana.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Temas de Direito Penal & Processo Penal* (por prefácios selecionados). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 134.

¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Temas de Direito Penal & Processo Penal* (por prefácios selecionados). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 135.

¹⁴ CALLIGARIS, Contardo. *Quinta-Coluna*. 101 Crônicas. Ed: Publifolha, São Paulo, 2008, p. 99.

Quando isso é desconsiderado, tal como se deu no processo de Lula no TRF4, os resultados são desalentadores (para não dizer: desesperadores!) porque há em todos nós, conforme lembra-nos Charles Melman, uma tentação paranoica da qual ninguém – absolutamente ninguém – escapa.¹⁵

Por isso, aliás, a prevenção é causa de afastamento da competência na maioria dos países civilizados da Europa, como bem afirmou Aury Lopes Jr. em sua magnífica palestra, no Ebac. No Brasil, porém, tem sido causa de fixação da competência, o que é lamentável.

Infelizmente, porém, por colocar a razão no centro do Universo, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região desconsiderou a existência do inconsciente. Noutras palavras: o TRF4 desconsiderou por completo Freud e Lacan. E ao fazer isso se esqueceu (se é que um dia soube) que a suspeição existe – e deve ser aplicada – para impedir que qualquer pessoa seja julgada por um inquisidor, afinal de contas: “Aquele que tem um juiz por acusador, precisa de Deus como defensor. E, às vezes, isso não é suficiente.”¹⁶

Eis por que o acórdão está eivado de nulidades!

Em conclusão, dentre as inúmeras contribuições ao direito e, claro, à democracia, interessou-nos, neste artigo, aquelas oriundas da psicanálise, o que não fez deste escrito um texto de psicanálise; “mas, seguramente, um texto de alguém que aprendeu a importância dela para construir um saber e um discurso comprometido com a diferença e, a partir dela, com a democracia.”¹⁷ Afinal, “enquanto o Direito trata do eu, do consciente, a Psicanálise trata de um sujeito inconsciente.”¹⁸

Apontar algo do gênero, ao contrário do que pensam ou podem pensar os senhores das verdades consolidadas, não se trata de colocar o direito em segundo plano, mas sim de proporcionar um diálogo, que pode (e deve ser) realizado – sem desconsiderar – evidentemente, que se aponta, lá na matriz, para coisas diferentes (mas não excludentes).

.....
¹⁵ MELMAN, Charles. *Como alguém se torna um paranoico?* Porto Alegre: CMC Editora, 2008, p.13.

¹⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais.* Rio de Janeiro. Lumen Juris, 1999, p. 157.

¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Direito e Psicanálise. Interloquções a partir da Literatura.* Florianópolis. Empório do Direito, 2016, p. 12.

¹⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Direito e Psicanálise. Interloquções a partir da Literatura.* Florianópolis. Empório do Direito, 2016, p.11.

Nesse contexto, a elaboração de um instrumental capaz de evitar a zona de contágio da evidência¹⁹ e paranoia²⁰ passa a ser a tarefa epistêmica do processo, tal como afirmara Geraldo Prado.²¹

Tendo isso em conta, assume destaque a interlocução entre psicanálise e o direito, porque, ao reconhecer a existência de uma dimensão inconsciente, a qual o direito é incapaz de garantir segurança jurídica e previsibilidade em todos os casos, institutos como a suspeição deixarão de ser vistos como *numerus clausus*, passando a serem vistos como *numerus apertus* e, por conseguinte, com mais seriedade, o que certamente apontará para caminhos mais democráticos do que aqueles que aí estão.

.....
¹⁹ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto Cego do Direito*. The Brazilian Lessons. Rio de Janeiro: Atlas, 2013, p. 11

²⁰ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Fundamentalismo e Guerra. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Org.). *Direito e Psicanálise: interseções e interlocuções a partir de “O Caçador de Pipas” de Khaled Housseini*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 133.

²¹ PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controle epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 85.

O TRF DA 4ª REGIÃO, O TRIBUNAL DE SEGURANÇA NACIONAL E O SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR: QUALQUER SEMELHANÇA NÃO É MERA COINCIDÊNCIA

Diogo Bacha e Silva¹

Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia²

Uma interpretação adequada do golpe parlamentar de 2016 deve passar por uma análise histórica que não leve em conta apenas os antecedentes político-sociais imediatos. É preciso, para dizer com Benjamin, escovar a história a contrapelos para interpretarmos adequadamente o presente.

Nessa medida, o texto defende que o golpe parlamentar de 2016 está assentado em 2 (duas) premissas históricas: 1) um ódio da elite evidentemente patrimonial com relação à democracia, muito bem demonstrado nas ruas do país em 2015-2016, por exemplo, com manifestações de classe média e média alta, ostentando cartazes como “Quero Meu País de Volta”. Tal ódio, em verdade, é consequência do ódio à democracia, para falar com Jacques Rancière³, um ódio de classe da “elite do atraso”, como bem define Jessé Souza⁴ que não permitirá que a histórica pirâmide social da exclusão do país mais desigual do planeta seja rompida; 2) um processo de transição política cuja abertura democrática foi um processo gradual e controlado pela então ditadura civil-militar e não um golpe de força que irrompe uma nova ordem. Não é à toa, portanto, que não houve uma completa ruptura com algumas práticas da ditadura civil-militar⁵ – a exemplo da esdrúxula decisão

.....
¹ Diogo Bacha e Silva é doutorando em Direito pela UFRJ, Mestre em Direito pela FDSM, Professor de Direito da Faculdade de São Lourenço. E-mail: diogobacha@ig.com.br.

² Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia é doutor em Direito – UFMG. Prof. Adjunto na UFOP e IBMEC-BH. Coordenador do Programa de Mestrado “Novos Direitos, Novos Sujeitos” – UFOP. Bolsista de Produtividade do CNPq. E-mail: alexprocesso@gmail.com.

³ RANCIÈRE, Jacques. *O Ódio à Democracia*, trad. Mariana Echalar, São Paulo: Ed. Boitempo, 2014.

⁴ SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

⁵ Todo ato constituinte/instituinte deve vir de um *coup de force*, um rompimento completo através de um golpe de força (DERRIDA, Jacques. *Declarations of Independence*. *New Political Science Review*. 1986).

do STF na ADPF. n. 153 que manteve íntegra a anistia àqueles que cometeram graves violações dos direitos humanos durante a ditadura civil-militar de 1964-1984. Não é de se estranhar, igualmente, que naquelas manifestações da elite branca mencionada acima houvesse cartazes pedindo também “intervenção militar”.

A democracia de 1988 sempre será assombrada pelos fantasmas da ditadura civil-militar enquanto não se der um engajamento político-social em torno da Constituição de 1988 e seus preceitos democráticos.

O julgamento da Apelação Criminal 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, Rel. João Pedro Gebran Neto, conhecido caso da condenação de Luis Inácio Lula da Silva pelos supostos delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, é um caso histórico. Não estamos dizendo histórico no sentido de que se trata de um julgamento importante que elaborará qualquer orientação jurisprudencial ou, então, que é a condenação de um ex-Presidente da República e um dos políticos mais admirados do planeta. O julgamento é histórico pois guarda semelhanças assustadoras com a atuação do Tribunal de Segurança Nacional e do Superior Tribunal Militar durante o período de atuação destes órgãos jurisdicionais como forma de conferir verniz de legitimidade a estados de exceção.

Para falarmos de estado de exceção, não podemos deixar de lembrar aquele que teorizou sobre tal fenômeno. Carl Schmitt contrapondo-se ao normativismo liberal e ao Estado de Direito, concebia o Estado de Exceção como um conceito limite que está fora do domínio do direito, uma decisão que rompe com a ordem jurídica e que escapa da lógica do direito; afinal, quem tem poder é quem pode decidir na exceção⁶. Foi ele mesmo que concebeu a ordem da disputa política sob a lógica do amigo/inimigo. Para os amigos, vale o Estado de Direito. Para os inimigos, o estado de exceção⁷.

Não podemos nos esquecer, ainda, que a ordem jurídica é uma constante disputa pelo espaço de poder. Um poder que, ao mesmo tempo, constitui o saber

.....
⁶ SCHMITT, Carl. *Teología Política*. Trad. Francisco Javier Conde. Madri: Trotta, 2009.

⁷ SCHMITT, Carl. *O conceito do político / Teoria do Partisan*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Ver também: MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmitt. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 2, p. 9-20, jul./dez. 1994. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/periodicas/cadernos/arquivos/pdfs/02/teoria.pdf>. Vale rememorar, igualmente, porque relacionado ao caso e mostrando bases teóricas profundamente antidemocráticas envolvidas: CAMARGO, Margarida M. Lacombe; VIEIRA, José Ribas. A estratégia institucional do juiz Sérgio Moro descrita por ele mesmo. *Jota*, 28.03.2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estrategia-institucional-juiz-sergio-moro-descrita-por-ele-mesmo-28032016>>.

e as próprias subjetividades. Não se trata de nenhum ceticismo quanto ao próprio direito, mas saber seus limites e suas consequências.

No Brasil, conhecemos bem as consequências e as práticas do estabelecimento de um estado de exceção. Durante uma boa parte do século XX estivemos sob estados de exceção, sejam ditaduras sejam decretos de exceção. Tal era corporificado pela existência de tribunais que aplicavam, a pretexto de interpretar o direito, regras jurídicas ad hoc e personalíssimas. Vale lembrar que o STF desenvolveu desde muito cedo à sua criação a “doutrina das questões políticas” pela qual o Tribunal aplicava um self restraint quanto à não apreciação de questões jurídicas mas tormentosas e incômodas do ponto de vista político. Quando não, tanto o Estado Novo quanto a última ditadura também reforçaram a práxis ao aprovar normas que impediam o Judiciário de apreciar atos de tais governos. Um como outro período conhecem bem quando órgãos do poder judiciário podiam julgar indivíduos e, ao mesmo tempo, cassar, suspender e alijar direitos políticos dos mesmos. O Tribunal de Segurança Nacional, criado em 1936 e extinto em 1945, tinha a competência de julgar crimes políticos durante o chamado estado de guerra. Sua função teria finalidade de ser um órgão de julgamento dos inimigos, portanto funcionaria sob a lógica política. Neste caso, de pouco valiam as garantias e direitos constitucionais. O Superior Tribunal Militar julgou crimes contra a segurança nacional durante os anos de 1964 a 1985 – escorado nos Atos Institucionais. Os julgamentos de tais órgãos serviam para dar uma aparência de legitimidade aos desígnios da ditadura civil-militar e, com isso, contar com apoio da população⁸. Em causa também utilizar dos mecanismos persecutórios e jurisdicionais para se combater os inimigos do regime político.

O modus operandi tanto do Tribunal de Segurança Nacional quanto do Superior Tribunal Militar era o mesmo: atuar como mecanismo repressivo para inimigos políticos do regime, servir de apoio para dar verniz de legitimidade ao estado de exceção, em suma, criar/constituir subjetividades como mecanismo de imposição do poder. Para tais objetivos era necessário deixar de lado o direito e as garantias constitucionais, quando muito o direito deveria ser mero instrumento retórico no qual o apego à “letra da lei” era usado para encobrir atuações enviesadas.

Ora, nunca é demais lembrar que, assim como no golpe empresarial-parlamentar de 2016, também a ditadura civil-militar começou com a imposição de interesses econômicos em face da ameaça de uma política social de redistribuição de recursos

⁸ PEREIRA, Anthony. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

e diminuição da desigualdade, como forma de manutenção do status quo e dos privilégios que marcam nossa sociedade desde seu nascedouro⁹.

A sentença de 1ª instância que condena o ex-Presidente Lula resolveu utilizar o direito apenas como argumento retórico. Como sustentar qualquer condenação apenas com reportagem jornalística e sem qualquer depoimento de testemunha que tenha presenciado a prática dos atos tidos como criminosos? Alguém, isento e que não tenha qualquer interesse na causa, chegou realmente a presenciar o ex-Presidente recebendo qualquer quantia ou bem para a prática de ato que estivesse dentro esfera de poder? Mesmo o juiz de 1ª instância reconhece que não há provas de tais fatos, condenando com base em indícios – e.g., indícios de que um apartamento, mesmo não sendo do réu, lhe foi “atribuído” (uma nova figura dos direitos reais ainda carente de legislação). Na mesma toada, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região ao julgar a apelação apresentada pela defesa decide também extrapolar as raias do direito e dos limites jurisdicionais. A própria ementa do julgado deixa isso claro ao estatuir que “não se exige que o oferecimento da vantagem indevida guarde vinculação com as atividades formais do agente público, bastando que esteja relacionado com os poderes de fato”. Ao que tudo indica, exceto se o Código Penal tiver sido revogado, o delito de corrupção passiva expressa uma infração penal em que o funcionário público pratique contra a Administração Pública que tem a seguinte redação: “solicitar ou receber, para si ou para outros, 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 questão, então, é que a vantagem indevida deve estar relacionada com a função pública exercida pelo agente, senão qual a razão do crime? Não é um crime contra a Administração Pública?

A questão é que não importa discutirmos aqui questões jurídicas ou teses jurídicas. O direito serve apenas como instrumento retórico para materializar o exercício de um poder. No caso, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região bem utiliza tais mecanismos para conseguir eliminar o ex-Presidente Lula da disputa política. Qual seria a razão de todo o processo do golpe empresarial-parlamentar se o ex-Presidente, com larga vantagem na disputa eleitoral, pudesse se candidatar e, assim, restabelecer uma política de redistribuição de recursos e diminuição da desigualdade social? De fato, não se esperava outro resultado da apelação que não fosse a condenação e, como consequência, a eliminação do político, do inimigo, e

.....
⁹ STARLING, Heloisa Maria Murgel. *Os senhores das gerações: os novos inconfidentes e o golpe de 1964*. 4ª ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 1986.

para tanto se pode utilizar quaisquer argumentos, já que não se está tratando do Estado de Direito, mas do Estado de Exceção.

A atuação do TRF da 4ª Região não tem qualquer diferença com a atuação jurisdicional do TSN e STM em tempos sombrios de nossa história recente. Vale lembrar que o mesmo TRF-4, meses antes, se manifestou – em procedimento administrativo – sobre a legalidade da divulgação dos áudios pelo juiz Sérgio Moro¹⁰ e sua decisão, mais de uma vez, repisa que aquele ato não poderia ser anulado/questionado porque, afinal de contas, se estaria no terreno do “não-direito”, da “exceção” (essa palavra, curiosamente, aparece várias vezes na decisão administrativa): é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada “Operação Lava Jato” (...) constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns. Assim, (...) é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (...) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal. A ameaça permanente à continuidade das investigações da Operação Lava Jato, inclusive mediante sugestões de alterações na legislação, constitui, sem dúvida, uma situação inédita, a merecer um tratamento excepcional” (grifos nossos)

Algo espantoso nessa decisão é se dizer que não há regramento (como se a Constituição, a lei 9296/96 e a Res. 59/08 do CNJ não fossem explícitos em proibir a ação) e, logo, vale um “estado de natureza legal” no qual se pode decidir qualquer coisa. A história se repete agora como farsa. Não nos esqueçamos da manifestação do Presidente do mesmo TRF-4 logo que saiu a sentença de 1º grau dizendo a mesma era irretocável. Logo, não é de se estranhar que a decisão do Tribunal tenha sido a de manter a condenação e ainda aumentar a pena. O uso do Judiciário com objetivo de, seletivamente, perseguir alguns políticos/partidos (*lawfare*) e preservar (arquivar/deixar prescrever) outros diz muito mais do que só (!) as violências que vêm sendo perpetradas, mostra, mais uma vez, o ódio de classe, o horror à igualdade de oportunidades e uma herança autoritária que, todas, insistimos em preservar e cultivar.

.....
¹⁰ Sobre o caso ver: CATTONI, Marcelo; BAHIA, Alexandre; BACHA E SILVA, Diogo. Autocracia Judicial? O Poder Judiciário e o Risco do Estado de Exceção. *Empório do Direito*, 27.09.2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/autocracia-judicial-o-poder-judiciario-e-o-risco-do-estado-de-excecao-por-alexandre-gustavo-melo-franco-de-moraes-bahia-diogo-bacha-e-silva-e-marcelo-andrade-cattoni-de-oliveira>>.

ESTADO PÓS-DEMOCRÁTICO, *LAWFARE* E A DECISÃO DO TRF-4 CONTRA O EX-PRESIDENTE LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Eder Bomfim Rodrigues¹

A decisão do recurso de apelação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em Porto Alegre/RS, em 24 de janeiro de 2018, referente à sua condenação pelo juiz de 1ª instância da 13ª Vara Criminal da Justiça Federal em Curitiba, em 12 de julho de 2017, é mais um triste momento da jovem democracia brasileira e do modo de atuação do Poder Judiciário.

O processo contra Lula constitui algo que vai muito além de um simples processo judicial, pois é parte de todo um sistema de interesses políticos e econômicos que diz respeito não só às elites nacionais, mas também às elites financeiras do capital internacional e às grandes multinacionais petrolíferas, todas com interesses múltiplos nas riquezas do Brasil e responsáveis pelo Golpe de 2016 que destituiu a presidenta eleita Dilma Rousseff por meio de um *impeachment* com aparência de legalidade.

Por trás da condenação de Lula ou do impedimento de Dilma Rousseff estão importantes forças econômicas capitalistas, as quais exercem um poder imperialista histórico no Brasil. Por sinal, o mesmo poder que levou Getúlio Vargas à morte em 1954, que derrubou o Governo de João Goulart em 1964 e que, talvez, ocasionou a morte de Juscelino Kubitschek em 1976. Assim, a caçada a Luiz Inácio Lula da Silva é parte de uma estrutura que procura manter o Brasil numa condição colonial e de subserviência às grandes potências econômicas e militares.

O que é possível se observar é que há um grande esforço, o qual vem sendo construído de forma cuidadosa desde o julgamento da ação penal 470 no Supremo Tribunal Federal (STF), de se promover o aniquilamento de um projeto político democrático-

.....
¹ Eder Bomfim Rodrigues é doutor e Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Realiza pós-doutorado em Filosofia na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor de Direito Constitucional e de Direito Administrativo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC). Advogado.

-popular e soberano de país. Na verdade, busca-se impedir qualquer possibilidade do Brasil ser um importante ator no cenário internacional, de realizar um desenvolvimento autônomo, bem como de proporcionar uma justa distribuição de renda e de redução das desigualdades sociais. Nesse contexto está o Golpe de 2016 e a perseguição judicial ao ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, sobretudo pelo fato dele representar um modelo de país distinto dos interesses neoliberais do capitalismo financeiro.

Observe-se que todas as mudanças econômicas, jurídicas, políticas e sociais que ocorreram desde o Golpe de 2016 estão intimamente relacionadas entre si e fazem parte do desmonte do país e da retirada de direitos do povo brasileiro. Se de um lado o governo Temer é responsável por implementar uma série de medidas como a reforma educacional, a reforma trabalhista, a terceirização irrestrita, a limitação constitucional de gastos públicos por 20 anos e a entrega das reservas de petróleo do pré-sal às petrolíferas estrangeiras, por outro o Judiciário vem agindo de modo a se afirmar como um poder que também é capaz de implementar políticas públicas e de dar um impulso na desconstrução dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República de 1988.

O Judiciário assumiu uma postura singular nesse Estado que se pode chamar de Estado pós-democrático, pois agora ele é um instrumento na materialização desse novo paradigma que não tem nenhuma preocupação com a democracia e com o exercício do poder limitado pela Constituição. Com isso, o Judiciário passou a ter um modo de ação mais voltado à proteção dos interesses das forças econômicas neoliberais em detrimento do texto constitucional que se tornou um mero e simples detalhe na realidade jurídica.

De fato, o “Pós-Democrático” é o Estado compatível com o neoliberalismo, com a transformação de tudo em mercadoria. Um Estado que, para atender ao ultraliberalismo econômico, necessita assumir a feição de um Estado penal, de um Estado cada vez mais forte no campo do controle social e voltado à consecução dos fins desejados pelos detentores do poder econômico. Fins que levam à exclusão social de grande parcela da sociedade, ao aumento da violência – não só da violência física, que cresce de forma avassaladora, como também da violência estrutural, produzida pelo próprio funcionamento “normal” do Estado Pós-Democrático –, à inviabilidade da agricultura familiar, à destruição da natureza e ao caos urbano, mas que necessitam do Estado para serem defendidos e, em certa medida, legitimados aos olhos de cidadãos transformados em consumidores acríticos.²

.....
² CASARA, Rubens Roberto Rebello. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 25.

No paradigma pós-democrático o Estado não está sujeito, de forma efetiva, a uma limitação em seus poderes de ação, principalmente o poder persecutório contra todos aqueles considerados socialmente indesejáveis, aqueles que, de acordo com o mercado neoliberal, constituem uma ameaça ao exercício de um poder supremo que possibilita a concentração de riquezas a uns poucos. Tem-se um Estado que está a serviço dos detentores do poder econômico e que apresenta um simulacro de democracia e de garantias constitucionais. Num Estado pós-democrático, a Constituição perde o seu papel de impor limites ao exercício de um poder estatal absoluto e dos abusos da própria sociedade. Os direitos fundamentais são relativizados em prol dos interesses do capital financeiro e em detrimento de uma cidadania participativa.

É no contexto de um Estado pós-democrático que o direito pode se transformar numa importante arma de guerra, num instrumento capaz de gerar perseguição e aniquilamento de um inimigo político. Lamentavelmente isso é uma realidade nos tempos atuais. Se no passado os militares foram utilizados com uma finalidade persecutória, vide o Golpe Militar de 1964 no Brasil e em vários países da América Latina, hoje o Judiciário, o Ministério Público e a Polícia Federal cumprem esse mesmo papel. No lugar dos canhões tem-se o uso do direito e da lei como meios para se destruir o adversário. Ora, isso nada mais é do que *lawfare*, uma prática de um uso perverso e de manipulação da lei que tem por objetivo aniquilar a reputação e promover o maior número de ações judiciais possíveis contra alguém, mesmo que todas essas ações sejam desprovidas de fundamentos jurídicos mínimos. A finalidade é prejudicar uma pessoa, independentemente se há violação da Constituição e desrespeito aos direitos fundamentais por parte do aparato estatal.

O que está em jogo na *lawfare* é o uso indevido do direito para se alcançar um fim no âmbito político. Trata-se de uma prática fraudulenta e perversa que leva o direito a ser utilizado como um mecanismo de exclusão de alguém do universo da cidadania e de sua transformação em um inimigo a ser caçado e deslegitimado. Nesse ambiente persecutório, há uma ampla divulgação na mídia de todas as ações e procedimentos judiciais efetuados e aqueles ainda a serem realizados. Com isso, há uma atuação seletiva e espetacularizada do Judiciário, do Ministério Público e das forças policiais, tudo com o claro objetivo de mostrar o “funcionamento transparente” das instituições estatais e influenciar a opinião pública em torno de um ou de todos os casos que envolvam uma pessoa processada.

A decisão do TRF-4 contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva está inserida nesse contexto de um Estado pós-democrático e do uso corriqueiro da *lawfare*. Ela faz parte do momento jurídico, político, social e econômico que se vive

no Brasil, momento este de descaso com a Constituição e com os direitos fundamentais, sendo mais um capítulo do Golpe de 2016 e uma tentativa de impedir a candidatura de Lula à Presidência da República nas eleições de 2018.

O que se viu no julgamento do recurso de apelação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi o Judiciário agindo, mais uma vez, de forma espetacularizada, numa perseguição pública e midiática a um cidadão que vem sofrendo com os abusos de um Poder que deveria primar pela observância das normas constitucionais, penais e processuais penais. O TRF-4 perdeu uma grande oportunidade em colocar fim às arbitrariedades e fazer com que a Constituição valesse de forma suprema. Todavia, esse não foi o caminho escolhido, pois o Tribunal preferiu confirmar a sentença e honrar o juiz de primeira instância.

Tal como na sentença de 2017, está-se diante de um acórdão que não foi fundamentado em provas concretas, mas sim em meras convicções e em razões de ordem política. Não é admissível que o Judiciário continue utilizando uma matéria veiculada no *Jornal O Globo* de 10 de março de 2010 para condenar o ex-presidente Lula. É algo inconcebível em qualquer país democrático que uma pessoa seja condenada, no âmbito criminal, porque um determinado jornal disse que essa mesma pessoa era proprietária de um bem imóvel. Acaso o *Jornal O Globo* possui competência legal para afirmar, com fé pública, que alguém é ou não dono de um imóvel? Esperava-se que os julgadores do TRF-4 agissem com imparcialidade e analisassem o caso de forma a se afirmar a Constituição, independentemente do ânimo de quem quer que seja, mas não foi isso que aconteceu.

Por outro lado também, é inimaginável que um outro fundamento da condenação tenha sido justamente o depoimento de um corréu que fez delação premiada e que não apresentou nenhuma prova que embasasse suas declarações. Ele apenas construiu uma narrativa para se chegar a uma conclusão já esperada e, dessa forma, tentou agradar o juiz de primeira instância e o Ministério Público Federal, tudo com o claro objetivo de dar impulso à condenação de Lula.

Mas, o que se esperar de um Tribunal que entende que, diante de casos inéditos, os processos e investigações criminais relativos à chamada operação Lava Jato não precisam seguir as regras dos processos judiciais comuns? Ora, se tais processos e todas as situações a eles são *sui generis*, qual o direito deverá ser aplicado? A partir de agora qual a segurança que um cidadão brasileiro poderá ter de um Judiciário que não está sujeito à observância das leis e da Constituição?

No caso do ex-presidente Lula, o TRF-4 seguiu o seu próprio padrão de condenação, ao não exigir a demonstração da participação efetiva de Lula nas situações que envolveram a corrupção na Petrobras. Para os desembargadores, o ex-presidente

era uma espécie de “avalista e comandante do sistema”, o que, juntamente com outros elementos, parece indicar que Lula também estaria sendo condenado pelas nomeações que existiram na Petrobras. Ora, Lula seria sempre responsável por todo e qualquer ato de gestão ou de execução, durante os seus dois mandatos como Presidente da República, em toda a estrutura Federal? Seria ele culpado, de forma absoluta, por todos os erros e acertos existentes na Petrobras? O entendimento dos desembargadores deixa a impressão que o julgador parece desconhecer a dinâmica do funcionamento estatal e toda a sua complexidade, bem como as normativas que regem uma sociedade anônima no Brasil. É uma volta à Teoria do Domínio do Fato e sua aplicação tupiniquim, bem como de uma responsabilidade penal objetiva. Novamente, uma contribuição conturbada e muito equivocada do Judiciário brasileiro para o direito.

A ausência de provas e os depoimentos de mais de 70 testemunhas mostram exatamente a inocência do ex-presidente Lula no caso. Todavia, isso foi considerado, pois a condenação de Lula sempre foi um grande objetivo para o juiz de primeira instância e o próprio TRF-4. Ela aconteceu de forma prévia, independentemente da verdade dos fatos, e serve para evitar que Lula seja candidato à Presidência da República. Veja que até mesmo o juiz de primeira instância reconhece, no julgamento dos embargos de declaração à sentença, que ele nunca disse que o recebimento do tríplex estava vinculado a algum contrato ou ato ilícito que envolvesse a Petrobras. E por que condenar Lula? Com qual finalidade? Onde está a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*?

O que se percebe no caso do ex-presidente Lula é a existência de muitas falhas, além do uso de métodos e de compreensões que estão fora do direito, ao arrepio da Constituição e de toda a legislação pátria. Enfim, o que será do direito e da democracia brasileira após a condenação de Lula? A expectativa agora recai no STJ e no STF. Mas, independentemente de tudo o que está ocorrendo, o Judiciário nunca conseguirá destruir Lula. Ele sempre será o maior presidente da história do Brasil e um dos maiores líderes do mundo e isso não será desfeito por meio de um processo judicial que, na verdade, é um processo de perseguição política.

JUDICIÁRIO E UMA AGENDA DE MORALIZAÇÃO DA POLÍTICA

*Eloísa Machado de Almeida*¹

O Judiciário tem implementado, nos últimos anos, uma agenda que podemos chamar de “moralização da política”, revelando uma visão particular que os juízes têm do processo político brasileiro. Para aqueles alinhados a esta agenda, a política é algo sem virtude e que, portanto, precisa ser tutelada e corrigida.

Esse processo, ainda que esparsos no Judiciário como um todo, pode ser visto de forma mais clara no Supremo Tribunal Federal e nas instâncias judiciais diretamente envolvidas na Operação Lava-Jato. Nestas, a sentença de primeira instância e o acórdão condenatório contra o ex-presidente Lula são exemplos claros das distorções jurídicas que a tal agenda moralizadora pode trazer. Mas não são processos distintos: as decisões inusuais do Supremo Tribunal Federal alimentam e avalizam o que acontece nas demais instâncias.

No Supremo Tribunal Federal, essa agenda é implementada não só nos inquéritos policiais e ações penais, mas também através interpretações extravagantes sobre o sistema político, suas competências, prerrogativas e modo de funcionar.

A Constituição Federal estabelece um regime bastante amplo de garantias para que parlamentares exerçam suas funções sem quaisquer interferências indevidas. São chamadas de imunidades materiais – como a inviolabilidade dos parlamentares por suas opiniões, palavras e votos e a impossibilidade de prisão desde a diplomação, salvo em flagrante delito de crime inafiançável –, e as imunidades formais, como a previsão de foro por prerrogativa de função e a possibilidade das casas legislativas revisarem ordens de prisão ou mesmo sustarem o andamento de processos criminais de quaisquer de seus membros, a qualquer tempo.

.....
¹ Mestre em Ciências Sociais pela PUC/SP e Doutora em Direito pela USP. Professora da FGV Direito SP e coordenadora do centro de pesquisa Supremo em Pauta FGV Direito SP. Esse artigo traz reflexões que já foram feitas pela autora e publicadas na Folha de S. Paulo.

Entretanto, são várias as decisões adotadas, nos últimos anos pelo Supremo Tribunal Federal, com interpretações bastante restritivas dessas imunidades. Por exemplo, ao receber a denúncia criminal contra Jair Bolsonaro por incitação ao crime e injúria no episódio em que afirmou que Maria do Rosário “não merecia ser estuprada”, o tribunal não estendeu a proteção constitucional dada às palavras e opiniões de parlamentares quando esses a usam para praticar crimes alheios à função. Com alcance ainda maior, o tribunal está julgando ações para revisar o alcance do foro por prerrogativa de função, para restringi-lo apenas a crimes cometidos durante e em razão do mandato. Isso autorizará a qualquer membro do ministério público ou juiz instaurar e conduzir ações penais contra parlamentares, adotando inclusive medidas cautelares que podem afastá-lo do exercício do mandato.

De outra parte, as imunidades formais também têm sido objeto de restrição. A vedação de prisão dos membros do Congresso Nacional, a não ser em flagrante delito de crime inafiançável, foi reiteradamente flexibilizada em episódios da Operação Lava Jato com a chancela do Supremo Tribunal Federal. Para decretar a prisão do senador Delcídio do Amaral, houve uma interpretação bastante ampla da figura do flagrante de crime inafiançável. Já para Eduardo Cunha, então presidente da Câmara dos Deputados, inovou-se com a aplicação de medida cautelar de suspensão do exercício do mandato. Diante da evidente incoerência de se afastar um parlamentar que a Constituição impede de ser preso, o caso foi revisto pelo tribunal. Medidas cautelares em substituição à prisão aplicadas pelo Judiciário e que afetem mandatos eletivos (como o recolhimento noturno ou suspensão do exercício de função pública) devem ser submetidas à revisão pela respectiva casa legislativa.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal tem dito que os legislativos estaduais não devem ter o poder de revisar as decisões judiciais de prisão preventiva ou de aplicação de medidas cautelares. A justificativa para tratar de forma diferenciada deputados estaduais e federais ainda não está clara: parte dos ministros defende que um sistema recursal próprio dispensaria a revisão das decisões judiciais pelo legislativo estadual; outros defendem que a Constituição Federal garantiria essa imunidade apenas aos membros do Congresso Nacional; outros, por sua vez, defendem que medidas cautelares – inclusive a prisão preventiva – não deveriam ser revistas pelo legislativo, nem para deputados federais, nem para estaduais.

Também exemplar dessa agenda de moralização é a discussão sobre o impedimento de réus ocuparem a linha sucessória da Presidência da República. Esse entendimento, aplicado monocraticamente pelo ministro Marco Aurélio, gerou o afastamento do senador Renan Calheiros da presidência do Senado Federal que,

por sua vez, recusou-se a cumprir a ordem. O embate apenas acabou com o plenário do Supremo Tribunal Federal voltando atrás em sua própria decisão.

Mais explícitas ainda são as decisões do tribunal sobre a minirreforma eleitoral, nas quais o tribunal criticou as facilidades de criação de partidos políticos no país e a profusão de siglas pequenas cujo único interesse seria alugar seu apoio a outros partidos políticos.

Tudo isso tem sido feito como uma “resposta à crise ética e moral da política”. O Supremo constrói, a cada decisão, um sistema político tutelado.

Mas não se trata apenas de uma ingerência do Supremo Tribunal Federal no Legislativo; todo o Judiciário se vê autorizado a alterar as escolhas políticas.

A decisão liminar que suspendeu a posse de Lula como ministro usou como fundamento o fato de ser investigado em inquérito policial e a necessidade da ex-presidente Dilma Rousseff conseguir apoio político. Isso indicaria, para o ministro Gilmar Mendes, desvio de finalidade e atentado à moralidade administrativa.

Ocorre que a Constituição Federal oferece os parâmetros para essa moralidade administrativa em vários artigos, impondo, por exemplo, a inelegibilidade e a perda de mandato para os condenados definitivos por crimes ou por improbidade (art. 15, III e V); restrições a eleições de parentes de políticos (art.14, §7º); o afastamento do cargo de um presidente que se torne réu ou que cometa crime de responsabilidade (art. 86, §1º e 85). Se não oferece os parâmetros, manda que a lei o faça – como na Lei da Ficha Limpa. Porém, na indicação de ministros de Estado, a Constituição exige apenas a idade mínima de 21 anos e o pleno exercício dos direitos políticos (art. 87). Ou seja, pelos parâmetros constitucionais, trata-se de um cargo de livre nomeação e exoneração, um poder conferido ao Presidente da República (art. 84, I) de escolher sua equipe de governo. Não há nenhuma vedação constitucional a que condenados no âmbito civil ou trabalhista ocupem cargos ministeriais, como ocorreu com Cristiane Brasil, indicada por Temer e barrada na justiça, assim como não há nenhuma vedação para que um réu ou investigado o faça.

Não são casos isolados. Na verdade, pode-se afirmar que o Judiciário vem impondo uma agenda de moralização judicial da política, muitas vezes à revelia do que diz a lei. Foi assim quando o STF julgou o financiamento privado de campanhas; quando aprovou a restrição à fusão de partidos na minirreforma eleitoral de 2015; quando implantou a execução da pena sem trânsito em julgado da condenação; quando afastou Cunha da Presidência da Câmara dos Deputados ou quando aceitou que réus não poderiam ocupar cargos na linha sucessória da Presidência da República, sem esquecer o veto à posse de Lula, recém mencionado.

A condenação de Lula em primeira e segunda instâncias traz a mesma lógica e o mesmo vício: a visão moralizadora da política e a imposição de decisões judiciais extravagantes, invariavelmente contrárias ao que diz a lei.

À parte das inúmeras críticas que podem ser feitas ao processo criminal contra Lula como um todo, a agenda de moralização da política encampada pelo Judiciário se cristaliza em um aspecto singular: a imputação de crime às atribuições políticas do cargo de Presidente da República.

A denúncia parte do pressuposto que ser Presidente da República (ter poder e influência) é a condição para a prática do crime.

“Os fatos trazidos a julgamento nos presentes autos são múltiplos e complexos, o que certamente demanda detalhamento acerca das imputações, dos diversos argumentos deduzidos pelas partes, das provas existentes no caderno processual e seus anexos, e das circunstâncias pessoais de cada um dos acusados.

Malgrado a envergadura e as dimensões amazônicas da ‘Operação Lava-Jato’, pode-se, neste primeiro momento, sintetizar a imputação em linhas gerais. Descreve a denúncia que alguns partidos políticos e alguns políticos passaram a ‘apadrinhar’ indicações de pessoas, servidores públicos de carreira ou não, para ocupar cargos de elevado escalão junto a órgãos da administração pública direta e indireta. Os indicados, por sua vez, deveriam envidar esforços para verter recursos para os cofres destes partidos e para os bolsos de alguns de seus dirigentes. Também os agentes nomeados recebiam propina.

Tais recursos eram desviados por meio de licitações ou procedimentos administrativos realizados de modo ilícito, culminando em contratos bilionários superfaturados, firmados entre algumas das maiores empresas nacionais e o órgão da Administração envolvido. Um percentual do valor do contrato era transferido, por intermédio de operações de lavagem de dinheiro e/ou evasão de divisas ou, ainda, por mero pagamento em espécie, para os partidos políticos, para seus dirigentes e para afilhados indicados para ocupar os cargos.

É disso que tratam este e os outros processos conexos relativos à denominada ‘Operação Lava-Jato’, em suas dezenas de fases. Mudam apenas os nomes de partidos, de políticos, de ‘afilhados’, de empresas e seus administradores, os percentuais ou os detalhes de como os recursos públicos foram drenados para finalidades indevidas, mas na essência o histórico é o mesmo, ainda que a comprovação dos fatos imputados e a responsabilidade penal de cada um dos acusados dependam da detida análise das provas colhidas em cada ação penal”. (Voto de Gebran Neto, página 110-111).

A narrativa da suposta prática delitiva, onde são imputados os crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, como se vê, prescinde de individualização

de conduta e de exposição de atos criminosos específicos. Amparada na suposta excepcionalidade do caso, o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região se desvincula da jurisprudência, da dogmática jurídica, criando um direito de exceção.

“No caso, a corrupção passiva perpetrada pelo réu difere do padrão dos processos já julgados relacionados à ‘Operação Lava-Jato’. Não se exige a demonstração de participação ativa de Luiz Inácio Lula da Silva em cada um dos contratos. O réu, em verdade, era o garantidor de um esquema maior, que tinha por finalidade incrementar de modo sub-reptício o financiamento de partidos, pelo que agia nos bastidores para nomeações e manutenções de agentes públicos em cargos chaves para a empreitada criminosa”. (Voto de Gebran Neto, página 117).

A condenação de Lula pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região corrobora a sentença de primeira instância e, neste ponto particular, promove a um só tempo, a flexibilização de garantias processuais penais, especialmente aquelas que exigem a imputação de atos específicos para a caracterização do crime de corrupção passiva e a criminalização da política.

É assim que tem progredido a agenda de moralização da política pelo Judiciário: de um lado, a restrição a direitos fundamentais através de interpretações inusuais, baseadas na excepcionalidade do caso, na envergadura do acusado, na repercussão pública do escândalo; de outro, a interferência cada vez maior do Judiciário no Legislativo e no Executivo, ora substituindo-se às suas decisões, ora reprovando a política.

Esse conjunto de decisões dos últimos anos revela uma visão bastante particular de como os juízes enxergam a política: algo eminentemente ruim, imoral e viciado. O combustível dessa agenda é a Operação Lava Jato que tem servido de pretexto para blindar os abusos do Judiciário. Em nome da moralização da política, vale tudo.

COMBATER A CORRUPÇÃO SEM LESAR A PÁTRIA

*Gisele Cittadino*¹

*Carol Proner*²

O Brasil do futuro vai lamentar profundamente a forma com que travou o “combate à corrupção sistêmica”, uma perda de oportunidade histórica de fazer as coisas dentro dos marcos legais e aprofundar o processo democrático. Para além dos espetáculos midiáticos, da tutela judicial da democracia e da clara perseguição a uns e proteção a outros, o futuro econômico e empresarial do país foi transformado em terra arrasada pela Lava Jato, segundo pesquisas que demonstram o impacto direto da operação na retração do PIB em 2,5% e nos três milhões de desempregados no setor industrial e da construção civil.

Se acrescentarmos, ainda, o atropelamento do Direito, do Processo Penal e das garantias fundamentais previstas na Constituição, comprometendo até as eleições presidenciais de 2018, não é difícil compreendermos que vivemos a mais profunda crise da história brasileira e que passa pelo sistema de Justiça.

A Lava Jato tem sido considerada por estudiosos como promotora de um direito penal de exceção que, embalado pela comoção midiática, inaugura procedimentos e técnicas de investigação que maculam, *a priori*, as garantias processuais em nome de um suposto combate à corrupção do país.

Entre as técnicas que violam as garantias do devido processo legal está a “mãe de todas as provas”, a colaboração premiada. Os acordos são feitos com réus presos, ou sob ameaça de prisão cautelar, utilizados como meio central de prova, mesmo sem a corroboração de outros elementos, descumprindo dispositivo legal previsto no §16, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013 e evidenciando a incompetência do Estado na

.....
¹ Gisele Cittadino é doutora em direito, Professora da PUC-Rio e membro da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia – ABJD.

² Carol Proner é doutora em direito, Professora da UFRJ e membro da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia – ABJD.

eficácia da investigação criminal, já que, mediante promessa de recompensas, opta por fazer aliança com um criminoso para que denuncie parceiros. Os denunciados, responsáveis ou não pela prática de ilícitos, já têm comprometido previamente o direito de defesa, sem considerar os efeitos perversos da execração pública, afetando imagem, trabalho, família e vida privada.

O caso do Triplex do Guarujá, contra Lula, está apoiado na delação de uma única pessoa, ignorando o testemunho de mais de 70 pessoas arroladas tanto pela defesa quanto pelo Ministério Público. O juiz Sérgio Moro desconsiderou os testemunhos que inocentaram Lula para levar em consideração uma única delação premiada, extraída de Léo Pinheiro, proprietário da empresa OAS Empreendimentos Ltda. após esse passar longa temporada encarcerado.

Para além da delação de Leo Pinheiro, considerada a linha central do convencimento condenatório, o conjunto de provas documentais e testemunhais considerado sólido pelos desembargadores que integram a oitava turma do TRF-4 responsável pela condenação do ex-Presidente Lula a 12 anos e um mês de privação de liberdade não pode ser considerado senão como aberrante, anômalo ou extravagante. Na verdade, estamos diante de um acórdão absurdo e quase inacreditável, não fossem sua existência e terríveis consequências.

Os desembargadores João Pedro Gebran Neto, Victor Laus e Leandro Paulsen apresentaram, como base de sua decisão conjunta, unânime e uníssona, um conjunto de provas documentais e testemunhais que, segundo eles, demonstra a materialidade e a autoria dos delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro praticados pelo ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Dentre o “amplo conjunto de provas documentais”, como assinala o desembargador Gebran Neto, estão elencadas – para além das óbvias cópias de contratos entre a OAS e a Petrobras, em nada associadas ao ex-Presidente – os seguintes documentos: um termo de adesão e compromisso de participação, datado de 01/04/2005, não assinado, relativo à aquisição de direitos sobre o apartamento 164-A (o famoso Triplex), apreendido no apartamento do ex-Presidente Lula quando ocorreu a sua condução coercitiva e a invasão da Polícia Federal em sua residência. Como todos nós sabemos e o ex-Presidente confirmou em seu depoimento, a OAS ofereceu ao casal Lula e Marisa Letícia a possibilidade de trocar as quotas relativas ao apartamento adquirido pelo direito à cobertura. O casal não demonstrou interesse após visitar o imóvel e, por isso, jamais assinou o documento encontrado no apartamento do ex-Presidente;

Outra prova que, segundo o desembargador, caracteriza a “propriedade de fato” do imóvel pelo casal Lula/Marisa Letícia é um documento apreendido na OAS,

no ano de 2008, que continha, ao lado do Triplex, a informação “vaga reservada”. Esclareça-se, por oportuno, que ao lado da informação “vaga reservada” não havia os nomes do ex-Presidente Lula, de sua mulher, Marisa Letícia ou de quem quer que fosse.

Um terceiro documento, consequência óbvia do anterior, é a tabela de venda dos imóveis do condomínio Solaris, na qual não consta o apartamento 164-A. Ora, se o imóvel estava reservado, não poderia mesmo ser vendido.

Um quarto documento, que igualmente apenas confirma o segundo, é uma lista dos proprietários adquirentes dos apartamentos do Edifício Solaris, onde não consta o nome do proprietário do imóvel 164-A. Atualmente todos nós sabemos que o Triplex foi dado pela OAS em garantia a uma instituição financeira. Natural, portanto, a inexistência do proprietário adquirente pela singela razão de que o imóvel nunca foi vendido pela construtora;

O quinto documento é uma lista dos contratos e nomes dos proprietários dos apartamentos do Edifício Solaris, em que também não há a identificação do proprietário do apartamento 164-A. Sobre esse item, não há mais o que comentar.

Um sexto documento é a comprovação de que a Tallento Construtora Ltda., empresa sediada no Paraná, fez obras de embelezamento no Triplex no valor total de 777.189,00 reais. Em mais de uma ocasião, a defesa do ex-Presidente Lula solicitou ao juiz Sérgio Moro que autorizasse uma perícia no imóvel para que fossem constatadas as obras de embelezamento ali realizadas. O juiz jamais autorizou a perícia, mas depois da invasão do apartamento por integrantes da Frente Povo sem Medo, ocasião em que o imóvel foi filmado e fotografado, tornou-se difícil identificar qualquer obra adicional realizada no apartamento, ainda que, obviamente, nada disso pudesse minimamente vincular o ex-Presidente ao imóvel.

O próximo documento igualmente refere-se a outra obra, desta vez realizada na cozinha do imóvel pela empresa Kitchens Cozinhas e Decorações, no valor – não atualizado – de 320.000,00 reais. Dentre as várias fotos divulgadas pelos militantes da Frente Povo sem Medo, foram as da cozinha as que mais impressionaram todos aqueles que acompanham o caso. A cozinha do famoso Triplex, além de ser pequena, não tem qualquer benfeitoria, menos ainda armários e instalações compatíveis com tão alto valor;

Finalmente, dentre a lista de “provas documentais”, há uma reportagem do Jornal *O Globo*, datada de março de 2010, segundo a qual o Triplex seria propriedade do ex-Presidente Lula. Esse item, por óbvio, dispensa comentários, pois uma reportagem de jornal não pode figurar como prova documental em nenhum processo judicial.

Entre as provas testemunhais, os desembargadores apresentam as delações premiadas de Leo Pinheiro, dono da OAS, de Agenor Franklin Medeiros, diretor da área de óleo e gás da mesma empresa, do ex-senador Delcídio do Amaral, dos ex-diretores da Petrobras Paulo Roberto Costa, Pedro Barusco e Nestor Cerveró e do conhecido doleiro Alberto Youssef. Essa lista de colaboradores é tão suspeita, que o desembargador Gebran Neto, relator do processo, afirma que dará mais destaque em seu voto ao depoimento do ex-deputado Pedro Corrêa, do PP (Partido Progressista), que lutava por uma delação premiada, mas ainda não a havia obtido. Como as delações premiadas das demais testemunhas já haviam sido homologadas, o desembargador julgou mais confiável o depoimento do ex-deputado Pedro Corrêa, já condenado pelo STF, no passado, por formação de quadrilha, lavagem de dinheiro e corrupção passiva.

Com base nessas provas documentais e nos testemunhos das pessoas aqui elencadas, os desembargadores do TRF-4 reconhecem que o imóvel do Edifício Solaris ainda pertence “formalmente” à empresa OAS Empreendimentos Ltda., como também admitem que se baseiam na avaliação de diversas provas “indiretas” ou circunstanciais, também conhecidas como indícios. Nada disso, no entanto, os impediu de aprisionar um homem por mais de 12 anos.

Ainda haverá que avaliar o comportamento da Suprema Corte diante do mais escandaloso processo que o país já teve, não apenas pela condenação por convicção, pelo direito penal de autor, pela falta de imparcialidade e pelo elogio à exceção, mas pelas consequências gravíssimas de dificultar a chegada de um candidato preferido da soberania popular disputar democraticamente as eleições de 2018.

Até o momento, faltando pouco mais de um mês para o registro das candidaturas pelos partidos políticos, Lula continua preso na carceragem da Polícia Federal em Curitiba, em regime de visitação bastante restrito e tendo negado o *habeas corpus* com base na presunção de inocência, direito fundamental básico previsto na Constituição e amplamente reconhecido nas Convenções Internacionais de que o Brasil faz parte.

Enganam-se os que acham que a história esquece ou perdoa momentos como esse. Não há anistia para os que são responsáveis por tamanha maquinação contra a democracia, aqueles que foram capazes de destituir um mandato popular, que seguem dilapidando patrimônio público e o fazem com a ajuda do imbróglio jurídico-institucional com aparência de legalidade. Lesam a pátria e o povo jamais esquecerá.

SURREALISMO E DIREITO: O JULGAMENTO DE LULA EM SEGUNDA INSTÂNCIA E A MORTE DE UMA NAÇÃO IMAGINADA

*João Paulo Allain Teixeira*¹

*Gustavo Ferreira Santos*²

*Glauco Salomão Leite*³

*Marcelo Labanca Corrêa de Araújo*⁴

Quando André Breton publicou em 1924 o manifesto surrealista, buscava a afirmação de um modelo de manifestação estética cujo compromisso com a imaginação e com o inconsciente pudessem libertar a mente dos rígidos padrões de pensamento geralmente consagrados pela razão moderna.

No pensamento jurídico brasileiro, a incorporação do surrealismo no direito tem em Luis Alberto Warat a sua principal contribuição. O “Manifesto Surrealista”, de Warat, em linha com o pensamento crítico surgido no contexto da redemocratização nos anos 80, propõe um esforço metodológico de ruptura, enfatizando a dimensão do imaginário na compreensão do direito enquanto fator de emancipação social. O direito, nesse sentido, seria a expressão “carnavalizada” de um desejo onírico de plena realização da democracia entre nós.

.....
¹ João Paulo Allain Teixeira é professor de Direito Constitucional da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Professor de Filosofia do Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Membro do grupo de pesquisa REC – Recife Estudos Constitucionais (REC – CNPq).

² Gustavo Ferreira Santos é professor de Direito Constitucional da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). É da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-Doutorado na Universidade de Valência. Membro do grupo de pesquisa REC – Recife Estudos Constitucionais (REC – CNPq)

³ Glauco Salomão Leite é professor de Direito Constitucional da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e da Universidade de Pernambuco (UPE). Membro do grupo de pesquisa REC – Recife Estudos Constitucionais (REC – CNPq).

⁴ Marcelo Labanca Corrêa de Araújo é professor de Direito Constitucional da Universidade Católica de Pernambuco. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós-Doutorado na Universidade de Pisa. Membro do grupo de pesquisa REC – Recife Estudos Constitucionais (REC – CNPq).

Nos últimos anos, porém, o perfil assumido por amplos setores do sistema brasileiro de justiça revela que pouco restou do desejo por democracia e por inclusão social e o surreal se apresenta a serviço de forças conservadoras. A inversão da pauta, resultado de um franco retrocesso social, político e jurídico, iniciada com a articulação das forças que derrubaram uma Presidente democraticamente eleita em um controverso e contestado processo de *impeachment*, prossegue com a relativização de direitos e decisões jurídicas heterodoxas.

O caso Lula é um típico exemplo do que acabamos de afirmar. Depois da decisão do juiz Sérgio Moro, a defesa do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva apresentou recurso ao TRF- 4 contra a condenação de prisão por nove anos e meio. O julgamento no TRF-4 aconteceu em Porto Alegre, no dia 24 de janeiro, reunindo a 8ª turma, composta pelos desembargadores João Pedro Gebran Neto (relator), Leandro Paulsen (revisor) e Victor dos Santos Laus. O resultado do julgamento do recurso não apenas confirmou a sentença do Juiz Sérgio Moro como aumentou, por unanimidade, a pena a ser cumprida pelo ex-Presidente Lula, agora fixada em 12 anos e 1 mês de prisão.

As diversas críticas sobre a condução do processo, desde a fase de investigação até o julgamento pela segunda instância, apontam despreço pelos procedimentos regularmente previstos pela ordem jurídica, atingindo e comprometendo a confiabilidade das instituições jurisdicionais no Brasil. Desde o início do processo, não foram poucos os relatos de decisões que revelavam um voluntarismo incompatível com as garantias que devem ser observadas no processo penal⁵. Dentre as situações absurdas, destacamos a divulgação pública das comunicações telefônicas do ex-presidente (e de sua família) interceptadas no processo, que claramente ocorreram com o objetivo de mobilizar a opinião pública em um momento político delicado, quando se desenvolviam as articulações para o *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff. De acordo com a Lei n. 9.296/1996, o magistrado tem o dever de manter sigilo referente ao conteúdo obtido mediante interceptação telefônica e, caso tal conteúdo seja irrelevante ao processo, deverá proceder à sua inutilização

.....
⁵ Além das reiteradas denúncias por parte de juristas brasileiros, juristas estrangeiros manifestaram espanto diante dos absurdos do processo, como foi o caso do Professor Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi. É clara a parcialidade no julgamento de Lula. 2018. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/luigi-ferrajoli-e-clara-a-parcialidade-no-julgamento-de-lula>>. Acesso em: 26 fev. 2018.) e da Ex-Ministra da Justiça da Alemanha Herta Däubler-Gmelin (DÄUBLER-GMELIN, Herta. “É escandalosa a atuação do Judiciário nas ações movidas contra Lula”. 2018. Disponível em: <<https://www.diariodocentrodomundo.com.br/e-escandalosa-a-atuacao-do-judiciario-nas-acoes-movidas-contra-lula-diz-ex-ministra-da-justica-da-alemanha/>>. Acesso em: 26 fev. 2018.).

(arts. 8º e 9º). Isto foi desconsiderado pelo magistrado de piso, o que lhe rendeu uma representação perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, muito embora tenha reconhecido o erro do juiz, justificou a excepcionalidade da medida pela excepcionalidade da situação. Ainda, veja-se a condução coercitiva decretada em desfavor de Lula fora da hipótese legalmente prevista: tal medida só deve ser utilizada se houver recusa de comparecimento (o que não foi o caso), consoante posteriormente decidido pelo próprio Supremo Tribunal Federal nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 395 e 444⁶. Isto não foi considerado pelo magistrado, sendo mais um dos tantos decisionismos heterodoxos. Não se pode dizer que o resultado não era esperado. Chama a atenção, porém, a criticada natureza autoritária e antidemocrática presente no processo desde os seus primeiros atos.

A manipulação da pauta de julgamentos do TRF-4 é, sem dúvidas, algo que possibilitou a antecipação do julgamento do ex-Presidente Lula, indicando a possível politização do processo, bem como a falta de autonomia e a forte dependência de uma agenda determinada por instâncias externas. De acordo com matéria publicada na Folha de São Paulo em 8/01/2018, o caso Lula passou à frente de 7 ações da Lava Jato no tribunal⁷. O salto dado na ordem dos processos pode indicar o desejo de atender a uma expectativa de certos setores da sociedade que querem excluir o Ex-Presidente do processo eleitoral deste ano.

O pedido recursal fundamenta-se em um conjunto de nulidades verificadas no curso do processo conduzido pela 13ª Vara Federal de Curitiba-PR, dentre elas, a incompetência do juízo para cognição, a suspeição da pessoa do juiz que presidiu e julgou a ação, a suspeição dos membros do Ministério Público Federal, o cerceamento do direito de defesa, a ausência de correlação entre a denúncia e a sentença, a ausência de fundamentação da sentença e a inexistência de prova material da infração imputada e ausência de culpa do Apelante.

Um dos princípios processuais mais elementares em qualquer democracia, o princípio da congruência, estabelece a necessária correlação entre a acusação e a decisão. A razão da vinculação entre o pedido e a acusação é permitir que o acusado

⁶ Notícias STF de 19 de dezembro no sítio eletrônico da Corte. Consulta em 24 de fevereiro de 2018: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365271>

⁷ “Ao marcar a data do julgamento do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o próximo dia 24, o TRF-4, [...] deixou pendentes sete ações da Lava Jato cujos recursos chegaram à corte antes. Há ainda outras duas que subiram à segunda instância depois do caso contra o ex-presidente. [...] Desses nove processos, seis já estão nas mãos do juiz revisor Leandro Paulsen, responsável por pautar as datas dos julgamentos.”

se defenda dos fatos a ele imputados. O juiz deve, por isso, manter-se adstrito à análise e julgamento dos fatos e circunstâncias descritos no pedido, não podendo condenar alguém por fato distinto do que lhe foi imputado sem grave ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa. Na decisão prolatada pelo juiz Moro, contudo, não se verifica essa correlação com a acusação. Em conformidade com o recurso apresentado ao TRF-4, “O Apelante foi acusado de um fato específico e delimitado; ter recebido o apartamento tríplice. Contudo, foi condenado por fato diverso: a “atribuição” a ele do imóvel (embora mantido o verbo “recebimento” em algumas passagens da sentença)”⁸. A denúncia oferecida pelo órgão acusatório parece assumir que há caracterização de efetivo recebimento do apartamento, apesar da insuficiência de provas. Talvez por isso mesmo recorra a categorias atípicas como “propriedade de fato” interpretando a realidade a partir do desejo obstinado de condenação a qualquer preço mesmo que em sacrifício do direito e das regras do jogo. Um jogo de cartas marcadas?

O duplo grau de jurisdição é princípio processual que determina a possibilidade de reexame da decisão proferida no primeiro grau. É também decorrente do princípio que o reexame deva ser realizado por órgão diverso, em composição e hierarquia, daquele que proferiu a primeira decisão. Trata-se de garantia de índole processual destinada a minimizar os efeitos das paixões humanas, que bem podem flertar com o arbítrio e com a injustiça. O duplo grau de jurisdição não pode ser uma mera formalidade. Ele deve existir como salvaguarda. No julgamento da Apelação o duplo grau não cumpriu o seu papel. Não se pode desconsiderar que a inelegibilidade, enquanto efeito colateral da decisão da Corte Regional tenha passado incólume enquanto motivação subjacente ao animus dos julgadores, tamanha era a pressão de setores conservadores para retirar da disputa eleitoral aquele que estava em primeiro lugar nas pesquisas de intenção de voto para as eleições presidenciais de 2018. Este é um elemento que não pode ser desconsiderado.

O julgamento da Apelação pelo tribunal surpreende pela manutenção da linha especulativa assumida pelo juiz de primeiro grau. Ainda mais surpreendente é que, na segunda instância, a convicção assumida pelos julgadores para justificar a manutenção da condenação se dá por fato diverso do indicado na condenação pelo juiz Moro.

A 8ª Turma do TRF-4 confirmou a condenação por corrupção passiva em uma lógica da “Teoria do Domínio do Fato” distorcida, já tão denunciada no julgamento do chamado Mensalão no Supremo Tribunal Federal. Como se o fato de

.....
⁸ Fls 167 e seguintes da Apelação.

Lula ter ocupado a Presidência da República fosse suficiente para que seja inferida a sua culpa:

Não se exige que o oferecimento da vantagem indevida guarde vinculação com as atividades formais do agente público, bastando que esteja relacionado com seus poderes de fato. No caso de agente político, esse poder de fato está na capacidade de indicar ou manter servidores públicos em cargos de altos níveis na estrutura direta ou indireta do Poder Executivo, influenciando ou direcionando suas decisões, conforme venham a atender interesses escusos, notadamente os financeiros⁹.

Nessa caracterização do crime de corrupção, a “excepcionalidade” do processo contra o Ex-Presidente fica patente:

Hipótese em que a corrupção passiva perpetrada por um dos acusados difere do padrão dos processos já julgados relacionados à ‘Operação Lava Jato’, não se exigindo a demonstração de sua participação ativa em cada um dos contratos¹⁰.

As presunções continuam quando o órgão julgador trata da lavagem de dinheiro. A defesa insistiu durante todo o processo na inexistência dessa transferência de propriedade. Pelos depoimentos e documentos no processo originário, não houve transferência da posse ou da propriedade do imóvel. Para a 8ª Turma do TRF-4, o próprio fato de inexistir já é em si caracterizador da intenção de esconder:

O tipo penal da lavagem de dinheiro abarca o propósito de ocultar ou dissimular a localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores. A ausência de título translativo do imóvel é compatível com a prática do delito, revelando a intenção de ocultar ou dissimular a titularidade ou a origem do bem¹¹.

Impressiona, ainda, a unanimidade da decisão, quando os três desembargadores chegam à mesma dosimetria da pena. Essa dosimetria que é, segundo a própria decisão, “matéria sujeita a certa discricionariedade judicial”¹². Com a unanimidade, ficam fechadas as portas para recurso dentro do próprio tribunal. Com o tamanho da pena, fecham-se possibilidades de caracterização da prescrição.

Observadores internacionais – como foi o caso do advogado australiano-britânico Geoffrey Robertson, conhecido por sua atuação em defesa de Direitos Humanos –, se disseram surpresos diante da unanimidade da decisão e também diante da forma como se deu o julgamento do processo. Para Geoffrey Robertson,

.....
⁹ Item 26 da decisão da 8ª turma do Tribunal Regional Federal 4ª Região.

¹⁰ Item 27 da decisão da 8ª turma do Tribunal Regional Federal 4ª Região.

¹¹ Item 30 da decisão da 8ª turma do Tribunal Regional Federal 4ª Região.

¹² Item 36 da decisão da 8ª turma do Tribunal Regional Federal 4ª Região.

não houve propriamente um debate sobre as provas, mas uma encenação, já que os votos foram levados prontos, e com indícios de combinação prévia¹³.

O surrealismo, enquanto expressão de um desejo de ruptura com um passado autoritário, bem merecia melhor consideração.

.....
¹³ “Jurista Britânico critica procedimentos de julgamento de Lula no TRF 4” (<http://www.correiodopovo.com.br/Noticias/Politica/2018/1/640639/Jurista-britanico-critica-procedimentos-de-julgamento-de-Lula-no-TRF4>). No mesmo sentido: “Defesa de Lula vai à ONU por ‘direitos humanos’ do ex-presidente. (<https://veja.abril.com.br/blog/rio-grande-do-sul/defesa-de-lula-vai-a-onu-por-direitos-humanos-do-ex-presidente/>) Sobre a repercussão internacional do julgamento: New York Times – “Brazil’s Democracy Pushed Into the Abyss” (<https://www.nytimes.com/2018/01/23/opinion/brazil-lula-democracy-corruption.html>); El País – A Luta do Judiciário Brasileiro Contra a Esquerda” (https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/24/opinion/1516752475_259520.html?id_externo_rsoc=FB_CC)

OS TRÊS DE PORTO ALEGRE: O ESTADO DE EXCEÇÃO, O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A CRIMINALIZAÇÃO DA POLÍTICA

João Ricardo W. Dornelles¹

Sergio F. C. Graziano Sobrinho²

“Parece que o relator está condenando o Lula pela corrupção dos diretores da Petrobras. Absurdo e total falta de técnica jurídica. Volta a falar na “teoria do domínio final do fato” e em dolo direto, afirmando que o ex-presidente Lula concorreu realmente para os crimes de corrupção na Petrobras. MAS ESTE NÃO É O OBJETO DA ACUSAÇÃO !!! ESTE NÃO É O OBJETO DESTE PROCESSO!!!... Não houve um julgamento técnico. Os juízes queriam condenar o réu e foram buscar argumentos para justificar a condenação desejada.”³

O objetivo do presente texto é fazer uma análise da sessão de julgamento judicial do Presidente Lula, ocorrida no dia 24 de janeiro de 2018, protagonizada pelos Desembargadores da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em Porto Alegre. Há diversos aspectos sob os quais esta análise poderia recair, dentre os quais vamos destacar um olhar sob três pontos invisíveis, isto é, observar a cena de julgamento – a liturgia do julgamento judicial – e imaginar que sob ela existe um caso excepcional, um inimigo e a necessidade de se criminalizar, pois

.....
¹ 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 – América Latina.

² 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 – América Latina.

³ Artigo do Professor Afrânio Silva Jardim, “Condenação do Ex-Presidente Lula: Um dos piores julgamentos a que assisti ao longo de meus quarenta anos de vida jurídica”, publicado no dia 31 de janeiro de 2018 no Empório do Direito. <http://emporiododireito.com.br/leitura/condenacao-do-ex-presidente-lula-um-dos-piores-julgamentos-que-a-que-assisti-ao-longo-de-meus-quarenta-e-quatro-anos-de-vida-juridica-por-afranio-silva-jardim>

só assim é possível compreender a decisão que o condenou a uma pena de 12 anos e 1 mês de reclusão⁴.

Para entender aquela decisão, não basta ouvir atentamente a leitura dos fundamentos descritos naquele acórdão, pois eles emprestam sentido ao olhar do julgador. Nada mais, nada menos. É necessário, portanto, observar a sessão de julgamento liturgicamente, isto é, pelo conjunto de elementos sociais e políticos nela existentes, os quais, conectados, revelam seu verdadeiro conteúdo. Como perceber, por exemplo, que o juiz responsável assume uma postura inquisitorial e exerce o papel de acusador e julgador ao mesmo tempo? Como é possível observar a prática do *lawfare* em relação ao Presidente Lula? Como é possível perceber o 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? A resposta está na criminalização da política. Destaque-se, inicialmente, que o *lawfare* é caracterizado pela flexibilização dos direitos fundamentais e a inversão de diversos princípios consagrados pela ordem constitucional do Estado Democrático de Direito, como substituir o princípio de Presunção da Inocência pelo “princípio da presunção de culpabilidade” e, em decorrência, a inversão do ônus da prova, tendo o réu que provar sua inocência.

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 chamada “Operação Lava Jato”, tendo como consequência imediata a criminalização da política e retrocessos no campo das garantias constitucionais.

A imagem daquela sessão de julgamento lembrou, nitidamente, algumas cenas do filme “Sessão Especial de Justiça” (1974), de Costa-Gavras. Foi uma sensação incômoda por não estar assistindo um julgamento jurídico, mas sim a um julgamento político. O clássico de Costa-Gavras mostra a farsa de um julgamento político, travestido de judicial. Toda liturgia cerimonial é montada para simular uma condenação, a qual, regada por nulidades, viola princípios universais e interpretações judiciais e regras legais evidentes. O julgamento do Presidente Lula foi uma farsa

.....
⁴ Por corrupção, Lula foi condenado a 8 anos e 4 meses de prisão; por lavagem de dinheiro condenado a 3 anos e 9 meses de prisão. Ao final, Lula foi condenado a 12 anos e 1 mês de reclusão em regime inicialmente fechado e 280 dias-multa à razão unitária de 05 (cinco) salários mínimos vigentes ao tempo do último fato criminoso.

montada, em tudo equiparado à obra prima de Costa-Gavras, com um detalhe: o filme é uma ficção!

Neste cenário, as práticas políticas foram deslocadas do seu terreno social e institucional, por meio das formas de representação da cidadania, para o campo do ativismo judicial e da judicialização da política. Em tempos de pós-democracia, passamos a viver também a atuação política da pós-justiça. A sentença de primeira instância, publicada em 12 de julho de 2017, condenou o Presidente Lula à nove anos e meio de prisão. Naquela sentença, inúmeras análises foram feitas, existindo um certo consenso sobre a existência de irregularidade (nulidades) processuais e à inexistência de provas robustas para a condenação do Presidente Lula. Após a condenação em primeira instância, foi interposto o recurso junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF 4), o qual foi distribuído à 8ª Turma, composta pelos desembargadores João Pedro Gebran Neto (relator), Leandro Paulsen (revisor) e Victor Laus. O julgamento da Apelação foi realizado no dia 24 de janeiro de 2018, 4 meses depois de protocolado o recurso e o acórdão foi publicado no dia 6 de fevereiro de 2018.

A teatralidade exposta nas 10 horas de julgamento no TRF 4, imprimiu ao julgamento a máscara da racionalidade e expôs, de forma indelével, o próprio Poder Judiciário. Os pontos mais importantes do julgamento realizado em primeira instância foram reafirmados nesse segundo julgamento. A percepção da existência de um julgamento político, com a utilização do método do *lawfare*, ficou evidente no momento em que o próprio TRF 4, ao julgar a representação disciplinar promovida pelo Presidente Lula, contra Sérgio Moro (Processo Administrativo Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS) expressamente disse que “(...) a norma jurídica incide no plano da normalidade, não se aplicando a situações excepcionais” e 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. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns”.

○ que esperar de um julgamento excepcional?

Todas as circunstâncias mostram que o julgamento foi marcado pelo *lawfare*, i) seja pela rapidez com que foi julgado – 4 meses quando, em média, o TRF 4 julga em 15 meses; ii) seja porque o julgamento do processo passou à frente de outros sete recursos da Lava Jato que já se encontravam anteriormente no tribunal; iii) seja pela manutenção do padrão estabelecido pelo juiz Sérgio Moro, de identidade entre o papel do julgador, acusador e investigador, isto é, um papel inquisitorial que não apenas lembra os tribunais de exceção do regime nazista, como exposto

no filme de Costa Gravas, como também os tribunais do Santo Ofício, onde o réu já estava condenado de antemão e cabia ao juiz inquisidor o papel de legitimar a condenação justificando a sentença e a execução do condenado. O juiz Sérgio Moro desempenhou este papel na primeira instância e, da mesma forma, o desembargador João Pedro Gebran, o fez na apresentação do seu relatório. Aliás, diga-se, curiosamente, os três desembargadores, à unanimidade, causaram polêmica ao calcular a pena de forma idêntica, dando a entender que ela foi previamente combinada entre os magistrados⁵. Tudo indica que o prévio acerto da quantidade de pena entre os desembargadores visava impedir a prescrição retroativa da pena inicialmente imposta.

O desembargador Gebran passou grande parte do tempo de leitura do relatório fazendo o papel de “advogado” do juiz Sérgio Moro, defendendo ponto por ponto a sentença de primeira instância, inclusive, perante a fragilidade das provas⁶, buscando “provas emprestadas” como no chamado “mensalão” e outros, onde Lula não era réu. No item 6 do acórdão, por exemplo, o desembargador relator legitima a condução coercitiva realizada contra Lula em março de 2016 e afirma que: “A determinação de diligências na fase investigativa ou mesmo a condução coercitiva de investigados ou decretação de prisões cautelares fazem parte do cotidiano jurisdicional e não acarretam a quebra de imparcialidade do julgador ou a nulidade do feito”.

Os julgadores, no acórdão, apenas esqueceram de informar sobre as condições em que foram realizadas as conduções coercitivas da Operação Lava Jato, em especial a do ex-presidente Lula, justamente porque a condução coercitiva empregada contra ele, foi realizada sem a prévia intimação ou convite por parte das autoridades (judicial ou policial) para prestar depoimento ou esclarecimentos e que o intimado tenha se recusado a comparecer. O procedimento seguido pela chamada força-tarefa da Operação Lava Jato (juiz; membros do Ministério Público

.....
⁵ “O fato de eles terem cravado uma mesma punição ainda mais dura para o petista parece indicar que houve acerto prévio para garantir uma unanimidade com o objetivo de impedir o recurso de Lula”. Entrevista de Flávio Dino, ex-juiz federal, governador do Maranhão, na *Carta Capital*, 25 de janeiro de 2018. <https://www.cartacapital.com.br/politica/flavio-dino-penas-iguais-indicam-acerto-previo-no-trf4-contra-lula> . Tendo sido condenado por unanimidade pelos desembargadores do tribunal, Lula não terá direito aos embargos infringentes, que permitiriam um novo julgamento no TRF-4, que levaria mais tempo, possibilitando que o ex-presidente disputasse a eleição.

⁶ Cabe lembrar que o juiz Moro, em sua sentença, chegou expressamente a considerar como prova documental as reportagens do jornal *O Globo*.

Federal e Polícia Federal) constitui um dos mecanismos do *lawfare*, ferindo direitos fundamentais previstos na Constituição.

Outras demonstrações de *lawfare* foram: i) o cerceamento de defesa com o indeferimento de provas documentais e periciais, além do não reconhecimento das testemunhas favoráveis ao réu; ii) o exíguo prazo para o estudo dos documentos juntados pela Petrobras; iii) o indeferimento de perguntas às testemunhas em relação ao acordo de delação premiada (colaboração premiada); iv) o indeferimento de incluir novos depoimentos; v) a inadequação entre a denúncia e a sentença, já que o réu foi denunciado por ter recebido o imóvel do Guarujá e condenado por ter lhe sido oferecido o apartamento; vi) a denúncia afirmou que o suposto benefício auferido seria devido a contratos com a Petrobras sem, no entanto, existir relação de tais contratos com a suposta vantagem indevida. Importante: todas estas práticas de *lawfare*, produzidas durante a instrução processual (1ª instância), foram legitimadas no julgamento do TRF 4.

No mérito a decisão do TRF 4 não conseguiu resolver duas situações: i) a condenação por corrupção passiva, por ato de ofício indeterminado. Para caracterização do delito de corrupção passiva é necessário que o agente público faça ou se comprometa em fazer ato abrangido pelas suas competências funcionais. Infelizmente o TRF 4 não corrigiu a sentença de primeiro grau, mantendo-a em todos os seus termos; ii) a vantagem auferida pelo Presidente Lula estaria consubstanciada na reforma supostamente feita pela empreiteira OAS no triplex, contudo, conforme a sentença de primeiro grau (item 529), confirmada pelo TRF 4, um dos réus (Léo Pinheiro, dono da OAS) disse, em seu interrogatório, que as reformas no apartamento triplex foram acertadas em maio ou junho de 2014, época em que o Presidente Lula não mais exercia a função pública.

O desembargador revisor, Leandro Paulsen, rejeitou em bloco, e sem a fundamentação exigida pela Constituição Federal, todas as preliminares da defesa. Da mesma forma que o relator, o desembargador revisor não indicou qual foi o crime cometido por Lula, ou seja, houve uma condenação sem conduta típica. Ou, como dito anteriormente, uma condenação sem crime. Afinal, nada foi dito pelos desembargadores sobre o recebimento do apartamento. Como recebeu, quando recebeu, em que condições teria recebido o imóvel.

O desembargador Victor Laus se restringiu a elogiar a sentença do juiz Moro e o relatório do desembargador Gebran. Afirmou que há um conjunto de provas que incriminam o “casal Lula” sem apresentá-las.

A sanha punitiva fica evidente no momento em que o TRF 4, determina o cumprimento da pena a partir do momento que se esgotarem os recursos na segunda

instância. Além de ser matéria estranha ao recurso, temos uma afronta ao princípio da presunção da inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, justamente porque ainda há possibilidade de recursos às instâncias superiores, tanto ao Superior Tribunal de Justiça como ao Supremo Tribunal Federal.

A cereja do bolo veio da mídia (como não poderia deixar de ser). Em agosto de 2017, dias depois de publicada a sentença de primeiro grau, o presidente do TRF 4, desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, em entrevista ao jornal Estado de São Paulo, confessou não ter lido a sentença do juiz Moro que condenou o ex-presidente Lula, mas que a mesma “é irretocável e tecnicamente irrepreensível”. Finalmente, foi a vez da sua chefe de gabinete, Daniela Tagliari Kreling Lau. No início de janeiro de 2018, algumas semanas antes do julgamento do recurso, a chefe de gabinete da Presidência do TRF 4 defendeu nas redes sociais a manutenção da condenação e a prisão do ex-presidente Lula. Embora seja servidora concursada.⁷

Muitos, desavisados, leigos e não conhecedores do direito e dos seus procedimentos, poderiam dizer que os crimes de corrupção envolvendo entes públicos e grandes empresas são altamente complexos e que os tribunais não devem se ater às provas diretas (documentais, periciais) para a condenação do acusado, buscando legitimar a fundamentação de uma sentença condenatória em indícios, em delações premiadas, em reportagens de jornais, em expressões subjetivas que confundem os fatos reais com o desejo de quem pode ter interesse político no resultado do processo. Quando uma sentença condenatória não se fundamenta em provas concretas, provas diretas (documentos, perícia etc), o que existe são meras ilações, convicções pessoais, desejos, manifestações subjetivas da vontade de grupos ou indivíduos.

Continua válida a pergunta feita por uma enorme quantidade de juristas no Brasil e no exterior: “onde estão as provas?”

A decisão do TFR 4 – como a sentença de Moro – representa o que há de pior na área jurídico-penal: descumprimento das convenções internacionais de direitos humanos, desrespeito dos princípios constitucionais de uma ordem democrática, prevalência da lógica inquisitorial do eficientismo penal e do “direito penal do inimigo” e a promíscua identidade entre o acusador e o julgador. Expressa um retrocesso, uma volta ao passado pré-moderno, pré-iluminista. Uma volta às trevas.

.....
⁷ Gazeta do Povo, 06/01/2018.

A MÃO INVISÍVEL DAS DELAÇÕES: ÔNUS DA PROVA E VEDAÇÃO DA PROVA DIABÓLICA

Jorge Bheron Rocha¹
Mariella Pittari²

Está bem fundamentada e acredito agora que o porteiro estava enganado. Mas isso não significa que renuncie à minha primeira interpretação, pois ambas apresentam certos pontos de contato. Pouco importa que o porteiro veja claro ou esteja enganado. Eu disse que o homem estava enganado. Poder-se-ia duvidar de que o porteiro veja claro, mas se está enganado, o seu engano tem necessariamente de contagiar o homem. Nesse caso, o porteiro não é um mentiroso, mas revela-se tão ingênuo que devia ser imediatamente expulso do lugar que ocupa. Repara que a ilusão em que o porteiro vive não o prejudica, mas, no entanto, é mil vezes prejudicial ao homem.
Kafka. O processo.

Na atual realidade jurídica brasileira, mais especialmente no Processo Lula, verifica-se que os *standards* do devido processo legal no âmbito processual penal estão desmoronando em ritmo vertiginoso, e, dos seus escombros, são erigidos novos padrões com fundamento em teorias neopunitivistas³, em altas velocidades penais⁴, que têm como eixo fundante a figura do autor e não do fato⁵, importadas sem fil-

.....
¹ Defensor público do estado do Ceará, professor de Direito e Processo Penal, mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e doutorando em Direito Constitucional na Unifor.

² Defensora pública do estado do Ceará, especialista em Direito Público, alumni do Institute for U.S Law, Washington DC, e aluna do programa Master of Law em Cornell University.

³ ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; PINHO, Ana Cláudia Bastos de. O dress code do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. In CONJUR. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-28/opiniao-dress-code-garantismo-penal-luigi-ferrajoli>>. Acesso em 16.12.2017

⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série as Ciências Criminais no Século XXI – v. 11, Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 2002

⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madri: Civitas, 2003.

tro de ordenamento jurídicos alienígenas⁶, logicamente, apenas nos aspectos que importam e servem para a obtenção do resultado final predeterminado: a punição.

A imputação logrou êxito, pois resultou na condenação do ex-Presidente e no consequente resultado ótimo dos objetivos perseguidos com o presente processo penal. Entretanto, ainda que reste o réu condenado, encarcerado, inelegível; não terá o Ministério Público se desincumbido do ônus da prova do fato que ensejou a acusação. Acaso considerem ser a prova da autoria e materialidade sobremaneira complicada para tão complexa organização “política”, melhor mesmo será invocar o processo civil, assim arruinamos com todo o esquema do processo de uma só vez.

O caso se resume a alguns indícios, várias suposições, muitas convicções e nenhuma prova.

Assim segue o enredo.

Por oito anos Lula foi presidente da República. Há quase oito anos deixou de sê-lo. Como agente público, praticava atos de ofício no exercício das funções. Ao deixar o ofício, foram-lhe imputadas diversas vantagens que estaria a receber em razão do ofício público um dia exercido. Foi suposto que havia adquirido um prédio, um apartamento, um sítio. Foi igualmente suposto que usufruiu de um imóvel por vinte anos sem jamais ter pago por ele um centavo. Da mesma forma, seria ele beneficiário de uma contabilidade empresarial paralela, destinada ao pagamento de vantagens pecuniárias em seu favor e de todos os outros agentes públicos que por ele foram indicados. Não fosse o bastante, a suposição abarcou a situação de que, se um agente público recebesse uma vantagem indevida, também estaria Lula gozando dos benefícios de comandar tantos agentes quantos recebessem vantagens espúrias.

Para aperfeiçoar as suposições e dar-lhes um verniz apto a introduzi-las no mundo fenomênico, foram utilizados alguns mecanismos legais. A começar por prender todos os outros agentes envolvidos com o agente hipotético. A tática consiste em manter os agentes outrora conluídos com o agente hipotético presos, até se decidirem por falar algo. Pouco a pouco estes presos cautelares começam a falar. Mas ressalte-se que não podem falar qualquer algo, devem providenciar informações contundentes em detrimento de Lula. Se receberam algo, devem encontrar o rastro que os une ao agente central de todo o *powerpoint*.

.....
⁶ Alexandre Morais da Rosa, Jorge Bheron Rocha e Mariella Pitari. Fale agora ou cale-se para sempre: a questão do silêncio seletivo no crime. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-09/limite-penal-fale-agora-ou-cale-sempre-questao-silencio-seletivo>>. Acesso em 16.02.2017

A Lula é imposta a obrigação de provar que não é dono de todos os bens objetos da acusação deduzida, da qual tenta se desincumbir. À matrícula do bem em nome de outrem, é contraposta a argumentação de que existem muitos “laranjas” dispostos a serem proprietários formais. A prova de que possui outra residência também se afigura insuficiente, pois pode-se tanto viver em dois lugares quanto usar um imóvel como mero ativo. Também de pouca ou nenhuma utilidade declarações prestadas ao fisco, já que estas também poderão ser forjadas. Tampouco o fato de que, mesmo após ter a vida esquadrihada centímetro a centímetro sem que nada de robusto fosse encontrado, e a despeito de todos os ataques autoritários e midiáticos ao longo de mais de trinta anos, são relevantes para a causa. Testemunhas de defesa, melhor não, mentirosas contumazes, ainda mais porque a maior parte das pessoas que conhecem Lula estão presas. É como se cada uma delas levassem um pedacinho dele para o cárcere também.

Se é para tornar uma hipótese em verdade, vale até mesmo exigir a confecção de prova diabólica.

As poucas possibilidades de Lula demonstrar não ser beneficiário do esquema de corrupção, tampouco dono do imóvel, se apertavam na porta estreita de entrada do processo para a defesa, para logo depois se despedaçarem contra a muralha de exigências de cabalidade da prova defensiva.

Ali ao lado, as suposições da acusação dormiam seu sono plácido, e as convicções apinhadas em confortáveis carruagens acessavam o processo por um grande *boulevard* guiadas pelo próprio magistrado: mais e mais pessoas eram presas, o que conduzia às maiores chances de delações confirmatórias de outras delações, transmutando a acusação em realidade quase-probatória; interceptação em escritório de advocacia que promovia a defesa do ex-Presidente; quebra de sigilo e publicização (determinada na própria decisão judicial) de diálogo entre Lula e a então Presidenta Dilma; a elevação de matérias jornalísticas, postagens de *facebook* e *tweets* à condição de elementos probatórios no processo.

Autopoiesis rumo ao infinito

Neste ponto, retorna-se ao que foi colocado no início: há muito saímos do domínio do processo penal. Porque se de processo penal se tratasse, caberia a acusação iniciar a ação penal com prova da materialidade e indícios da autoria do crime de corrupção passiva, e não com bolinhas em *powerpoint*.

Cabe aqui um aparte para fazer menção à instituto jurídico sobremaneira abusado: o das delações. Nos Estados Unidos, país no qual o réu pode inclusive reputar-se

culpado e receber longos anos de prisão, ainda que os aditamentos de novos crimes não passem de chantagem processual para o réu aceitar o plea, discute-se quais os limites de encarcerar tantos milhões sob este critério.⁷

No item 4.3.7 do voto do Desembargador Federal Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus, deixou-se consignado não ser adotado no processo penal brasileiro o *standard* da “prova acima de qualquer dúvida razoável”, pois prevalece o preceito da livre apreciação da prova, numa leitura obtusa do artigo 155 do Código de Processo Penal. Todavia, na aplicação dos institutos do *common law* à moda brasileira, faz-se uso apenas daquilo que interessa, ao arbítrio do momento. Delações foram aplaudidas como métodos eficazes ao combate ao *white collar crime*, mas por acaso não são elas originárias da tradição do *common law*? Por que é possível conciliar o instituto das delações, porém assim não acontece com critérios de valoração da prova mais consentâneos com a Constituição Federal que a livre apreciação da prova? Lamentavelmente, transplantar um instituto de tradição alienígena sem a devida adaptação resulta apenas em formar verdadeiras aberrações jurídicas.

O sistema processual penal brasileiro, ainda que tente se distanciar do sistema inquisitorial, guarda-lhe os ranços⁸ e não logra se aproximar de um processo verdadeiramente adversarial. Caso lograsse, veríamos o Ministério Público e a defesa engajados em obter respostas do réu, jamais o juiz. Ademais, no sistema processual penal brasileiro, o magistrado está intrinsecamente vinculado a todo o ocorrido ao longo do feito, especialmente contaminado pelas provas ilícitas que teve acesso. Sendo assim, como poderia ele deixar de fazer inferências indevidas acerca do réu? Inferências estas que retornam ao Direito Penal do Autor e culminam por violar o devido processo legal.

Existiria como provar que o ex-Presidente Lula não era dono do triplex? Haveria dúvida razoável em meio às notícias que se constituem elementos probatórios?

Nada mais consentâneo com o roteiro dos episódios narrados do que se utilizar de um expediente comum aos construtores do “novo” processo penal, a invocação do processo civil para dirigir a busca da prova, já que a Constituição Federal e o Código de Processo Penal há muito foram esquecidos. Que reste ao menos o direito de não provar fato negativo.

.....
⁷ Conferir *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357, 98 S. Ct. 663, 54 L. Ed. 2d 604 (1978), caso no qual o Ministério Público aditou novas acusações no intuito de oferecer o réu um *guilty plea* de cinco anos ou prisão perpétua. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/434/357/case.html>, acesso ao dia 19 de Fevereiro de 2018.

⁸ ROCHA, Jorge Bheron. A importância de Moro e da Lava Jato para a Democracia e para as Garantias do Processo Penal no Brasil, 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/09/28/importancia-de-moro-e-da-Lava-Jato-para-democracia-e-para-as-garantias-do-processo-penal-no-brasil/>>. Acesso em: 15 out. 2017.

SE VENCEREM, NÃO CONVENCERÃO

José Eduardo Cardozo¹

No momento em que o Tribunal Regional Federal da 4a. Região decidiu manter a sentença do juiz Sérgio Moro que condenou criminalmente Luiz Inácio Lula da Silva, eu me encontrava na Universidade de Salamanca participando de um evento realizado em comemoração aos seus 800 anos de existência. Anos antes, aquela Universidade havia concedido ao ex-Presidente do Brasil o honroso título de doutor honoris causa, uma das suas maiores honrarias acadêmicas.

A um amigo, manifestei meu inconformismo com aquela decisão judicial. Além de fixar uma condenação sem provas e incorrer em evidentes equívocos jurídicos, ela poderá ter como consequência o afastamento do ex-Presidente Lula da possibilidade de ser candidato nas eleições presidenciais de 2018. Uma ofensa ao Estado de Direito que aponta para a deslegitimação de uma eleição que pode recompor o desastre institucional motivado pelo *impeachment* de Dilma Rousseff.

Ao compreender as razões da minha angústia, meu amigo me recordou um fato histórico importante da vida espanhola. Em 12 de outubro de 1936, momento em que a Espanha se encontrava dividida pela guerra civil, durante a cerimônia de abertura do ano letivo da Universidade de Salamanca, diversos oradores proferiram inflamados discursos fascistas, saudando o Generalíssimo Franco, a Falange que o apoiava, e defendendo o golpe de Estado contra o governo republicano. Palavras ferozes foram proferidas, entrecortadas por aplausos entusiastas e pelos gritos de “*Viva la muerte*”, vindos de uma plateia repleta de adeptos do movimento fascista militarmente apoiado por Adolph Hitler e Benito Mussolini.

.....
¹ Ex- Ministro de Estado da Justiça e ex-Advogado Geral da União. Professor de Direito da PUC/SP e da UniCEUB/DF.

Ao final da cerimônia, Miguel de Unamuno, professor e filósofo, Reitor da Universidade de Salamanca, não se conteve. Na condição de Presidente daquela sessão solene, ergueu-se, tomou a palavra, e indignado, disse que “às vezes, *permanecer calado equivale a mentir porque o silêncio pode ser interpretado como aquiescência*”. Criticando duramente os oradores que haviam feito uso da palavra naquela cerimônia, disse ainda que ele era “supremo sacerdote” daquele “templo da inteligência”, e que aquele “recinto sagrado” havia sido profanado. E afirmou: “*Venceréis, pero no convenceréis. Venceréis porque tenéis sobrada fuerza bruta, pero no convenceréis porque convencer significa persuadir. Y para persuadir necesitáis algo que os falta en esta lucha, razón y derecho*”.

O discurso de Unamuno quase lhe custou a vida no momento em que foi proferido. Acabou sofrendo, nos dias que se seguiram, uma implacável perseguição do ditador Franco e de seus seguidores. Foi destituído do Conselho Municipal e do próprio cargo de Reitor. Faleceu em 31 de dezembro daquele mesmo ano.

A coragem e a ousadia das palavras do Reitor nunca foram esquecidas em Salamanca. O próprio ex-Presidente Lula as mencionou quando recebeu, no mesmo salão em que foram proferidas, seu título de *doutor honoris causa*. Jamais poderia supor, porém, que elas poderiam, no futuro, ser associadas à sua própria história.

De fato, todo aquele que sem paixão ou bloqueios ideológicos vier a analisar as investigações e a sentença condenatória de Lula proferida pelo juiz Sérgio Moro, agora ratificada pelo TRF-4 com ampliação das penas aplicadas, não poderá deixar de constatar evidentes abusos e ofensas ao direito.

Ao longo da instrução destes inquéritos, medidas arbitrárias foram decididas, caracterizando a parcialidade da sua condução. A ilicitude da ordem judicial que determinou a divulgação indevida de áudios decorrentes de interceptação telefônica do Ex-Presidente (reconhecida pelo próprio STF), e a abusividade da sua condução coercitiva determinada sem justificativa (motivada, ao que tudo indica, apenas pelo desejo de construção de uma imagem midiática preparatória da condenação) são evidentes. Nessa mesma linha, também se apresenta o fato de que o pretense crime praticado por Lula, no processo em que foi condenado, não teria uma associação direta com recursos desviados da Petrobras, o que retiraria, ab *initio*, a competência do juiz Sérgio Moro para instruir e julgar aquele processo. O próprio andamento da sua tramitação, aliás, como todos reconhecem, foi acelerado de forma atípica. Com que objetivo? Segundo se afirma, seria a obtenção de uma rápida condenação que afastasse o réu da disputa eleitoral de 2018, em que é apontado como franco favorito nas pesquisas de intenção de voto.

O mais estarrecedor, todavia, é o próprio conteúdo da sentença condenatória. Em qualquer Estado de Direito são exigidas provas incontestes para que alguém seja condenado criminalmente. Não havendo certeza, o réu deve ser absolvido (*in dubio pro reo*).

Nesse processo, porém, não há provas para a condenação. Mesmo para alguém imbuído de uma forte tendência condenatória do ex-Presidente, o máximo que poderia dizer é que haveria dúvida quanto a real ocorrência ou não de ilícito. Nada mais do que isso.

Lula foi condenado porque a empresa OAS lhe teria pago propina por meio da “disponibilização” de um apartamento “tríplice”, de classe média, localizado em uma praia pouco valorizada. Uma condenação como essa exigirá sempre, em bom direito, a demonstração de um ato de autoridade decorrente do exercício de função pública (ato de ofício”), em troca do qual se teria solicitado ou recebido uma vantagem indevida (art. 317 do C.P.).

Essa prova, porém, não existe nos autos, e por consequência, não foi demonstrada na fundamentação da condenação. Não há prova de que Lula tenha solicitado ou recebido o aludido apartamento em pagamento de algum ato praticado no exercício da Presidência. Não há prova da transferência da propriedade ou da posse para ele, ou mesmo ainda para um terceiro que em seu nome as tivesse recebido. Ao revés, há fortes indícios de que isso não teria ocorrido (a própria empresa, em processo de recuperação judicial, declarou que o imóvel lhe pertencia). Não há também prova efetiva de qual teria sido o “ato de ofício” praticado no exercício da Presidência em favor da OAS. Fala-se em “ato de ofício indeterminado”, gerando a percepção lógica de que aquilo que “não se determina quanto a existência” pode, de fato, “não ter existido”. Fala-se, espantosamente, que Lula teria beneficiado a empreiteira ao nomear diretores da Petrobras indicados por partidos (prática comum para a formação da maioria parlamentar no Brasil) que favoreceram a empreiteira e cobraram para si, e para outros agentes políticos, propinas. Contudo, não há nenhuma prova de que o ex-Presidente soubesse, de fato, dessa atuação ilícita. E, por isso, a própria sentença chega a sugerir – pasme-se – que seria irrelevante, naquele contexto, a produção de prova quanto a se o ex-Presidente “tinha ou não conhecimento do papel específico dos diretores da Petrobras na arrecadação de propinas”.

Esta condenação, portanto, a ninguém isento pode convencer. Os princípios do direito penal foram desrespeitados. O Estado de Direito foi pisoteado e violentado. E, com isso, se fecha a congruência histórica das palavras de Unamuno e a condenação imputada a Lula por Moro e pelo TRF-4. Franco, fazendo jorrar sangue, violando de direitos e pisoteando a Democracia, foi ditador da Espanha por

décadas. Hoje está sepultado em um suntuoso monumento (“*Valle de los Caidos*”), erguido nas proximidades de Madri. Os turistas que ali vão, com exceção de alguns poucos fascistas saudosos, não pretendem reverenciar Franco ou a sua obra. Fazem apenas uma visita turística a uma bela obra arquitetônica.

Franco venceu, mas não convenceu, nos diz a história.

Paradoxalmente, uma “obra” do franquismo foi imortalizada por Pablo Picasso. Ao bombardear, em 1937, a pequena cidade basca de Guernica, Franco matou centenas de pessoas civis indefesas. Um massacre. As mãos geniais de Picasso retrataram esse ato de violência e de barbárie, numa obra de arte que levou o nome da cidade arrasada. Quem vai admirá-la no museu Reina Sofia, em Madri, ali não comparece para reverenciar os feitos do ditador, mas para admirar o triste retrato artístico de um horror e aquele que magistralmente o pintou.

Os mortos de Guernica e Picasso não venceram, mas convenceram.

O mesmo se pode dizer de Unamuno. Suas palavras traçam também o retrato de um horror, o mesmo “*Viva la muerte*” pintado em Guernica. Sempre serão saudadas como um ato de coragem contra o arbítrio e à barbárie.

Unamuno perdeu, mas convenceu, nos diz a história.

A condenação de Lula e o seu afastamento da disputa presidencial, se vencerem, impingirão, além de uma injustiça, uma ofensa bárbara ao Estado de Direito e à democracia brasileira. Não convencerão, nos dirá no futuro a história. Afinal, mais uma vez, os que condenam e violam direitos, iludidos pelo aplauso fácil e pelas luzes da ribalta, não tem, do seu lado, “a razão e o direito”. Talvez não tenham se dado conta, ainda, de que a história nunca perdoa os que vencem, mas não convencem.

DO APELO AO SENSO COMUM AOS PODERES DE FATO: O NOVO DIREITO 3.0 QUE LEGITIMA O ARBÍTRIO OU “QUANDO A EPISTEME VIRA DOXA”

Lenio Luiz Streck¹

1. De como tudo começou

Em 4 de março de 2016, o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva é conduzido coercitivamente em São Paulo, em uma espalhafatosa operação envolvendo a Polícia Federal e o Ministério Público, tudo sob ordem do juiz Sérgio Moro, de Curitiba.

Flagrante ilegalidade, uma vez que o sistema jurídico brasileiro não autoriza esse tipo de condução – circunstância que foi reconhecida dois anos depois pelo Min. Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal. Registre-se, ainda, por relevante, que, em face da vigência, entre nós, da Convenção Americana de Direitos Humanos, haveria um segundo óbice normativo à figura da condução coercitiva. Com efeito, nos termos da referida Convenção, é vedada qualquer *detenção* ou encarceramento arbitrários.² Por outro lado, garante-se àquele que sofre *detenção* o direito de conhecer as acusações que pesam sobre ela.³ Assim, ainda que não se admita que a figura da condução coercitiva seja assemelhada à prisão (afirmação com a qual não concordamos, uma vez que, ainda que temporariamente, o conduzido foi privado de sua liberdade), haveria incompatibilidade do instituto da condução coercitiva com o regime jurídico dos direitos humanos vigente no Brasil.

Desse modo, no nascedouro do “processo Lula” está o rompimento que o sistema jurídico brasileiro faz em relação aos pactos internacionais, maculando-o já na origem. Os recursos interpostos visando à anulação desse procedimento

.....
¹ Ex-Procurador de Justiça, jurista e professor. Doutor em Direito e Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. Art. 7º, n. 3. San José, 1969.

³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. Art. 7º, n. 4. San José, 1969.

resultaram infrutíferos, a demonstrar que existia uma instância instauradora de um estado de exceção judiciário, no interior do qual o soberano (juiz) decide a própria exceção – oportunidade e conveniência.

Dias depois, em 16 de março, o mesmo juiz protagoniza uma nova fase do estado de exceção judiciário, ao – depois de suspender as escutas telefônicas contra o ex-Presidente – autorizar a divulgação da conversa ocorrida entre a então Presidente da República, Dilma Rousseff, e o ex-Presidente Lula, a quem nomeara Ministro. Três ilegalidades/inconstitucionalidades flagrantes: 1) a autorização para a escuta já havia cessado; 2) mesmo autorizada, a gravação seria ilegal, porque ingressara no âmbito das escutas a Presidente da República, que detém foro especial por prerrogativa de função; e 3) a divulgação do conteúdo das conversas contraria explícita proibição da Lei 9.296/96, que, inclusive, prevê esse tipo de divulgação como crime grave, punido com prisão.⁴

Na sequência, o ex-Presidente Lula tornou-se réu com denúncia recebida pelo próprio juiz que autorizara a condução coercitiva e a divulgação das escutas clandestinas das conversas entre Dilma e Lula.

Nesse ínterim, a defesa do ex-Presidente ingressou com procedimento judicial visando a apurar as responsabilidades administrativas e criminais decorrentes da ilegalidades envolvendo a divulgação das escutas, tendo o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, instância acima do juiz Sérgio Moro, rejeitado o procedimento, sob argumentos no sentido de que “*problemas inéditos*” exigem “*soluções inéditas*”, o que significa, verdadeiramente, que a situação exigiria uma espécie de jurisprudência de exceção.⁵ Confessada estava, então, a nova modalidade a ser usada como “*precedente*”: o julgamento por uma hermenêutica e uma jurisprudência de exceção.

.....
⁴ “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.” BRASIL. Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. Brasília/DF, jul. 1996.

⁵ “Enfim, cabe enfatizar que, antes da Reclamação nº 23.457, não havia precedente jurisprudencial de tribunal superior aplicável pelo representado, mesmo porque, como antes exposto, as investigações e processos criminais da chamada “Operação Lava-Jato” constituem caso inédito, trazem problemas inéditos e exigem soluções inéditas. Em tal contexto, não se pode censurar o magistrado, ao adotar medidas preventivas da obstrução das investigações da Operação Lava-Jato. Apenas a partir desse precedente do STF (Rcl nº 23.457) é que os juízes brasileiros, incluso o magistrado representado, dispõem de orientação clara e segura a respeito dos limites do sigilo das comunicações telefônicas interceptadas para fins de investigação criminal.” TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS. Porto Alegre/RS, set. 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>>.

2. A condenação em primeira instância.

Com incidentes dos mais variados, o processo contra o ex-Presidente teve um procedimento rápido, condenando-o a pena superior a 9 anos de reclusão. As alegações finais do Ministério Público acostadas ao processo são um lapidar exemplo de confirmação do estado de exceção hermenêutico ou estado de exceção judiciário, ao admitirem, os procuradores signatários da peça, a possibilidade de condenação por probabilidades, a partir de teses acerca da teoria da prova jamais testadas no âmbito da operacionalidade do Direito.

Páginas são dedicadas à argumentação no sentido de que a prova meramente indiciária é o bastante para condenações, e que determinados crimes exigem “maior flexibilidade” no que diz respeito à apreciação das provas.⁶ Autoria torna-se uma questão de probabilidade; prova, uma questão de fé.

Claramente, o Ministério Público Federal fez um agir estratégico, saindo, inconstitucionalmente, de seu papel de fiscal da lei e do sistema de justiça, e se colocou como parte parcial no processo, assumindo um viés meramente persecutório, comportando-se como advogado de acusação e não como uma instituição que deveria agir como uma magistratura. Observe-se que o TRF4 chega a dizer que “não é razoável exigir-se isenção dos Procuradores da República” (*sic*). Portanto, pode-se afirmar, então, que o acusado foi acusado por Procuradores não isentos. Confessadamente.

A sentença do juiz Sérgio Moro foi analisada por centenas de juristas brasileiros e estrangeiros, que mostraram um considerável conjunto de incongruências, contradições e omissões, tudo explicitado em livros e artigos científicos jurídicos e transdisciplinares. Se fosse possível representar em uma frase os paradoxos da sentença, talvez a melhor seria a dita pela testemunha Grigóri Vassílievitch no julgamento de Dmítri Karamázov, no clássico *Os Irmãos Karamazov*, quando se discutia uma prova, a saber, o dinheiro que desaparecera da casa da vítima, pai do acusado: “– Não vira nem ouvira literalmente ninguém falar daquele dinheiro, até o momento em que todos começaram a falar nele”.

Lá, n’*Os Irmãos Karamazov*, como cá, no julgamento de Lula, prova é narrativa; prova é crença; prova é pós-verdade. Fatos não existem; só existem meras interpretações. Em filosofia, qualquer principiante que tenha lido um resumo da obra

.....
⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Alegações Finais, autos nº 5046512-94.2016.4.04.7000. Curitiba/PR, jun. 2017, pp. 52-60. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/06/EPROCMOB_CONSULTA_PUBLICA.jfpr_50465129420164047000.912.912-701496410874393760035007439993.pdf>.

de David Hume saberia que toda a argumentação, tanto do Ministério Público quanto do juiz sentenciante, violou a Lei de Hume: de um ser (aqui agravado por ser um “ser *ficto*”) não se pode deduzir um dever-ser. A Guilhotina de Hume teria laminado *ab ovo* a argumentação condenatória.

Todavia, o corolário do estado de exceção hermenêutico-judiciário se deu por ocasião de entrevista concedida pelo Presidente do Tribunal Federal que reexaminou o recurso dessa sentença condenatória. O Presidente, sem conhecer os complexos autos do processo, disse que a sentença (de centenas de páginas) era “tecnicamente irrepreensível”,⁷ pré-julgando o resultado da apelação. O clima de exceção é complementado por uma espécie de coadjuvante, representado pela postagem, em redes sociais, da Chefe de Gabinete do Presidente do Tribunal, na qual a servidora convocava a população a assinar manifesto pela condenação e prisão do réu, ex-Presidente Lula.⁸

Eis a tempestade perfeita: *lawfare*, teorias exóticas de prova, pós-verdades, pré-julgamentos. Se assim é possível examinar tais eventos à luz da melhor teoria processual penal e da hermenêutica jurídica de autores como Friedrich Müller, Hans-Georg Gadamer e Ronald Dworkin, para falar apenas destes, e também à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, todo esse procedimento não resistiria aos mínimos patamares teóricos.

A começar pelo protagonismo assumido pelo juiz de primeiro grau e dos membros do Ministério Público, que, sem qualquer cuidado e responsabilidade política (no sentido de que fala Ronald Dworkin), vociferaram em textos e redes sociais seu desejo condenatório. A presença do juiz e dos procuradores da Operação Lava-Jato na estreia do filme *A Lei é para Todos*⁹ bem demonstra a substituição das garantias processuais pela *moral* individual de cada um dos protagonistas. Aliás, eis uma palavra que não se coaduna com contemporâneas teorias processuais, mormente aquelas que assumem a superação do sujeito-protagonista por um sistema, como em Luhmann e Habermas.

.....
⁷ JORNALO GLOBO. Triplex: Sentença de Moro é ‘tecnicamente irrepreensível’, diz presidente do TRF-4. Rio de Janeiro/RJ, ago. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/triplex-sentenca-de-moro-tecnicamente-irrepreensivel-diz-presidente-do-trf-4-21675452>>.

⁸ JORNAL ZERO HORA. Chefe de gabinete de presidente do TRF4 pede prisão de Lula no Facebook. Porto Alegre, jan. 2018. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2018/01/chefe-de-gabinete-de-presidente-do-trf4-pede-prisao-de-lula-no-facebook-cjc3b8iot00yv01psup5650d7.html>>.

⁹ JORNAL ESTADÃO. Moro, Bretas, Dallagnol e delegados da PF assistem à “Lei é Para Todos” na terra da Lava Jato. São Paulo, ago. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/moro-bretas-dallagnol-e-delegados-da-pf-assistem-a-lei-e-para-todos-na-terra-da-lava-jato/>>.

A garantia de imparcialidade resulta de uma equação: menos protagonismo do juiz e Ministério Público, mais respeito ao processo visto como condição de possibilidade (processo como sendo um protocolo que deve ser seguido, como uma espécie de garantia contra tentações subjetivistas e teleológicas).

Na verdade, em uma democracia que respeita o devido processo legal, desaparece o protagonismo e o juiz-protagonista. Mal se sabe ou nem se conhece o nome do prolator da sentença, porque ela é fruto de um conjunto de protocolos que sustentam o sistema, e não da visão individual (solipsismo teórico denunciado por Joseph Esser já nos anos 50 do século XX).

3. A condenação em segunda instância.

O julgamento do recurso do ex-Presidente Lula responderia à pergunta: o acusado recebera, até aquele momento, um processo justo? Isto porque um processo justo não somente deve ser justo (cumprir requisitos do devido processo legal) como deve *parecer* ser justo. Trata-se da confiança que os cidadãos devem ter de que o processo foi justo. O processo deve causar-proporcionar confiança nos demais cidadãos, para que, neles, se forme uma propensão ao respeito das decisões futuras.

Como diz Luhmann (*Legitimação pelo Procedimento*),¹⁰ a fim de assegurar às expectativas, são criadas as normas – que não podem ser violadas (normas que instituem a sociedade no tocante ao sistema institucional). Eis o papel da Instituição. Que, no caso – pelo menos até aqui –, falhou. Ou foi levada a falhar. A instituição Judiciário não garantiu o sucesso provável de uma expectativa normativa. O Direito é uma estrutura indispensável, eis que dá limites à sociedade, atuando como um mecanismo neutralizador das contingências das ações individuais, e, assim, possibilitando alguma garantia acerca dos comportamentos entre os sujeitos a partir de uma relativa certeza de que o combinado será respeitado no futuro. Eis o ponto de estofo da violação. Não se viola somente o devido processo legal. Viola-se as expectativas.

A função legitimadora do procedimento não está em substituir uma decepção por um reconhecimento, mas em imunizar a decisão final contra as decepções inevitáveis. O Direito, então, legitima-se quando os procedimentos geram a ilusão, que é necessária, a fim de que a possibilidade de decepção rebelde não se concretize. Mas aqui está: não há legitimação. E não há – até aqui – legitimidade.

Luhmann refere que a diferenciação dos papéis específicos desses procedimentos pode ser uma condição prévia para encontrar a verdade. Examinando o

¹⁰ Cf. LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. Darmstadt: Hermann Luchterhand Verlag, 1969.

comportamento dos protagonistas, Poder Judiciário e Ministério Público Federal, estes não estiverem presentes.

Por fim, ainda com Luhmann, há que lembrar que a legitimação das decisões, quando possível, deve ocorrer dentro de um sistema social livre de perturbações. No caso do ex-Presidente, ocorreu o contrário, como se pode ver – e aqui, lembrando Castoriadis, o simbólico vale mais do que o real¹¹ – pelo *post* da Chefe de Gabinete do Presidente da Corte que julgou o recurso – demonstrando um verdadeiro *bullying* midiático, transformando o processo em uma espécie de *Armageddon* jurídico, absolutamente bem retratado nas capas das revistas de maior circulação no Brasil, em que se mostra, frente a frente, imitando-se, respectivamente, uma luta de boxe e outra de *wrestling*, o juiz e o réu como contendores.¹² Os papéis invertidos – quebra das garantias sistêmicas. Juiz que acusa e julga. Réu que é visto como adversário, e não como alguém que pode confiar no devido processo legal. A legitimação pelo procedimento pressupõe uma transformação estrutural da expectativa através do processo de comunicação – este decorrente da conformidade com os regulamentos jurídicos.

3.1. O acórdão da segunda instância

Pois a resposta da 8ª. Turma do TRF-4 apenas confirmou as expectativas de que se tratava da crônica de uma condenação anunciada. O julgamento do recurso em segundo grau, que inclusive aumentou a pena para 12 anos e um mês (totalizando 145 meses de prisão – pena correspondente ao crime de homicídio qualificado no Brasil) não deu mostras de qualquer alteração do quadro que até então se instalou. Assim:

Alguns pontos deixam clara essa ausência de um processo justo, tecnicamente falando – sem ser necessário (e sequer seria prudente ou desejável) adentrar em questões políticas.

Em primeiro lugar, o próprio TRF4 admite que os Procuradores não foram isentos, ao assentarem, no item 9 da Ementa, que “*não é razoável exigir-se isenção dos Procuradores da República*”, circunstância que, de forma auto-explicável, tem o condão de nulificar o processo.

Em segundo lugar, o fato de, apesar de o juiz Sérgio Moro ter sentenciado – nos embargos de declaração – que a condenação que outorgara ao acusado nada tinha

.....
¹¹ Cf. CASTORIADIS, Cornelius. *A Instituição Imaginária da Sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 1982.

¹² Notadamente, as capas das edições de maio de 2017 das revistas *IstoÉ* e *Veja*.

a ver com os contratos da Petrobras, circunstância que lhe retiraria a competência para o julgamento, esta não foi levada em conta pelo TRF-4. O princípio da correlação entre a denúncia acusatória e os fatos foi inteiramente violado, uma vez que a tese acusatória dizia respeito, justamente, ao dinheiro proveniente de três contratos da Petrobras – o que, igualmente, passou *in albis* no segundo grau de jurisdição. Para se ter uma ideia, na denúncia do Ministério Público, a Petrobras, *holding* da origem do dinheiro da corrupção alegada, foi mencionada 423 vezes. Isto para, ao depois, o Juiz Moro dizer que nada havia em relação à Petrobras.

Também a alegação de que um “ato de ofício” pode ser indeterminado chocou à comunidade jurídica, trazendo inovação na jurisprudência e na doutrina. E para ser usada tal tese, nem de longe se cogitou fazer *overruling* ou *distinguishing*, figuras previstas no Código de Processo Civil justamente para que se possa preservar a coerência e a integridade do ordenamento e da jurisprudência. Inovando e criando uma tese de exceção, o Tribunal deixou assentado que “[o] ato de ofício deve ser representado no *sentido comum*, como o *representam os leigos*, e não em *sentido técnico-jurídico*, bastando, para os fins dos tipos penais dos artigos 317 e 333 do Código Penal, que o ato subornado caiba no âmbito dos *poderes de fato* inerentes ao exercício do cargo do agente” (grifos meus).

Além de estabelecer algo inusitado – a substituição do sentido técnico-científico de um instituto jurídico por um confessado “senso comum” –, o Tribunal ainda trouxe à luz a tese de “poderes de fato”, que, do mesmo modo, só existe no sentido comum teórico dos juristas. Aliás, o senso comum teórico (ou sentido comum teórico) dos juristas é expressão cunhada pelo jusfilósofo Luis Alberto Warat nos anos 70, para mostrar o modo como a dogmática jurídica era refém da ideologia do julgador. Para Warat, o senso comum tinha quatro funções¹³ – *todas elas presentes no acórdão*: a função *normativa*, porque os próprios magistrados redefiniram diversos conceitos jurídicos já estabelecidos na tradição e os aplicaram como se fossem normativos; a *ideológica*, porque buscou universalizar para toda a sociedade um conjunto de teses e valores que foram forjados no imaginário “lava-jato”, justificando, assim, um direito de exceção; a função *retórica*, porque proporcionou um complexo de argumentos que justificam a aplicação de um direito de exceção; e, por fim, a função *política*, porque reassegura as relações de poder existentes, como se não houvesse fissuras, e como se os argumentos defensivos fossem – estes

.....
¹³ Falei sobre elas em um de meus textos em homenagem a Warat. Cf. STRECK, Lenio Luiz. O senso (in)comum das “obviedades” desveladas: um tributo a Luis Alberto Warat. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), São Leopoldo, 4 (2): pp. 185-192.

sim – não-técnicos, mas apenas fruto de “politização do Direito”. Na verdade, o senso comum teórico, político, não se *mostra* politizado. Por isso, o sentido comum teórico mascara essas quatro funções, apresentando-se como técnico sem sê-lo.

Deixando mais claro: Warat apontava o maior defeito de qualquer conceito refém do senso comum: a *impossibilidade de controle epistemológico*. Eis o ponto. Se o Direito é Ciência ou Técnica, é irrelevante discutir. Mas uma coisa é clara: não pode ser regido por conceitos do senso comum. A técnica, por mínima que seja, serve para fazer controle epistemológico. E, no caso, o acórdão fica flutuando no ar, à deriva de qualquer controle. É quando a episteme vira doxa.

Outro ponto que aparece em vários momentos do acórdão é o apelo à (livre) convicção para o decidir. Com isso, fortalece-se aquilo que, na filosofia, chamamos de esquema sujeito-objeto. No esquema S-O, o sujeito da relação assujeita o objeto – no caso, a prova, que, de questões objetivas, se transformam em meros “elementos de convicção advindos da apropriação mental do intérprete”. Veja-se, nesse sentido, a seguinte passagem: “As palavras do corrêu podem ser utilizadas se reveladas com espontaneidade e coerência, suportadas por outros indícios, bem como sujeitas ao contraditório. Tal exegese é extraída do disposto nos arts. 188 a 197 do CPP, destacando-se o direito a reperguntas às partes e a interpretação da confissão segundo os demais *elementos de convicção* porventura existentes. É dizer, são válidos os depoimentos prestados por colaboradores e por corrêus, sendo que *seu valor probatório está a depender da sintonia com os demais elementos de convicção existentes nos autos*” (grifos meus). Nitidamente, a verdade do processo passa a ser a verdade do intérprete, no caso, os integrantes do colegiado. Por certo isso não é democrático e tampouco se traduz em uma intersubjetividade.

Outra questão que chama a atenção é o eterno retorno da tese do domínio do fato, espécie de leito de Procusto do processo penal. Segundo um dos votos, “O chamado *domínio do fato*, lembre-se, pode se dar pelo domínio da ação criminosa, pelo domínio da vontade ou pelo domínio funcional. Descabido, isso sim, é condenar alguém pelo simples fato de ocupar uma posição hierarquicamente superior, como se fosse um garantidor universal da conduta de seus subordinados. [...] Relativamente a Luiz Inácio Lula da Silva, há elementos de sobra a demonstrar que concorreu para os crimes de modo livre e consciente, que concorreu para viabilizar esses crimes e concorreu para perpetuá-los. Não se trata, simplesmente, da sua superioridade hierárquica enquanto Presidente, mas do *uso que fez desse poder*” (grifos meus). Afinal, se o réu tinha e fez uso do poder e concorreu livre e conscientemente, em que lugar entra o domínio do fato, tese que, como se sabe, foi inventada em face da impossibilidade de se provar a coautoria? Eis outro mistério do processo.

Mais ainda, há outro voto que reforça, ao que parece, a condenação feita pela tese do domínio do fato, mas que, na realidade, serve para encobrir uma autoria ou coautoria impossível de provar. Veja-se: “Havia, nessa esteira, *inequívoca ciência do réu* com relação aos malfeitos havidos na estatal. Ademais disso, *dele dependia a continuidade e eficácia do esquema milionário de financiamento de campanhas eleitorais*, de maneira que a sua capacidade de decisão e conhecimento dos efeitos e da abrangência do esquema espúrio, mostrou-se fundamental. Não se cuida, pois, de mero intermediário dos atos de corrupção, mas, sim, do próprio avalista e *comandante do sistema*” (grifos meus).

Retornando à condenação do juiz Sérgio Moro que, explicitamente, em sede de embargos de declaração, admitiu que não havia dinheiro da Petrobras envolvida (embora a denúncia refira a Petrobras mais de 400 vezes), essa questão, surpreendendo a defesa, volta como argumento fulcral para a condenação – isto é, o réu, *a contrario sensu*, foi isentado de corrupção ou outro mal feito em relação à Petrobras, mas acabou por ser condenado exatamente por algo que a sentença havia negado, *litteris*: “Fica clara a influência, porque *implícita ao rol de suas atribuições/competências*, que o então presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, tinha sobre a escolha dos diretores da Petrobras, sendo, portanto, *peça essencial ao funcionamento, e manutenção, do concerto delituoso* em que a petrolífera viu-se envolvida” (grifos meus). Ou seja, violação do artigo 10 do Código de Processo Civil, que garante a não surpresa.

Ainda, é digno de registro uma espécie de lamento que pode ser chamado de paradoxal por parte de um dos desembargadores. Lendo o voto, vê-se que Sua Excelência diz que “Importa registrar que a legislação e a jurisprudência pátria pouco avançam sobre o nível (*standard*) probatório exigível para um decreto condenatório, quase sempre limitando-se à persuasão racional e ao *livre convencimento do juiz*” (grifo meu). Ou seja, o livre convencimento parece um fator de limitação, impeditivo de maiores avanços, os quais, entretanto, na sequência, são superados pela seguinte tese: “Colhe-se da experiência estrangeira o parâmetro da existência de prova ‘acima de uma dúvida razoável’ (*proof beyond a reasonable doubt*). Essa ‘prova acima de uma dúvida razoável’ importa no reconhecimento da *inexistência de verdades ou provas absolutas*, devendo o intérprete/julgador valer-se dos diversos elementos existentes nos autos, sejam eles diretos ou indiretos, para formar sua convicção” (grifo meu).

Duas questões: primeiro, tudo isso que foi dito é fruto, efetivamente, do livre convencimento, instituto sem nenhum controle epistêmico, uma vez que serve apenas para um álibi retórico do tipo “decido por livre convencimento e depois

justifico essa minha liberdade de convicção”. Essa questão, aliás, foi objeto de discussão no NCCPC, que acabou por expungir a palavra “livre” do artigo 371.¹⁴ Segundo, o “acima de dúvida razoável” não pode ser lido *contra* o réu, sob pena de institucionalizarmos a inversão do ônus da prova. O Estatuto de Roma fala sobre a Presunção de Inocência do seguinte modo, no artigo 66: 1. Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável. 2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado. 3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável. Em que sentido isso poderia ser lido a favor de uma tese que exoneraria a acusação de construir uma prova efetiva?

Ademais, dizer que não há verdades absolutas nada quer dizer em termos filosóficos. Assim como não há verdade absoluta, não há verdade relativa. Há, simplesmente, verdades. A prova não pode ser produto de um relativismo a depender das convicções do julgador, como parece querer demonstrar o Ministro. Verdade, em termos processuais, deve ser o cerne da questão fulcral do direito processual penal: a questão da demonstração da prova. Verdade não é uma questão correspondencial, à *la veritas est adaequatio intellectus ad rem*.

Por último, até mesmo nos aspectos mais simbólicos, ficou demonstrado que se tratou de um “processo de exceção”, na medida em que nenhuma das teses levantadas pela defesa na fase das sustentações orais foi enfrentada nos termos do artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil.¹⁵ O Relator leu seu extenso voto, por mais de quatro horas, ignorando a presença e o trabalho feito pela defesa em plenário.

.....
¹⁴ Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. No CPC/73, lia-se, no art. 131, que “[o] juiz apreciará *livremente* a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

¹⁵ Art. 489, §1º: Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

4. Uma palavra final – ou “o Direito não é moral ou política”

Desse modo, por tudo que foi aqui levantado – que, note-se, discorre tão somente acerca de elementos do processo e, sobretudo, manifestações dos próprios atores envolvidos –, o que se segue é que se trata de um processo atípico, inserido em um contexto que os próprios órgãos judiciários confessam, explicitamente, ser de exceção – razão pela qual não há resposta outra que não a de que *não está havendo um processo justo no que tange ao substantive due process of law* previsto nas leis processuais e na Constituição do Brasil.

Como já dito – mas isso deve, infelizmente, ser repetido, uma vez que os tempos são de um perigoso binarismo acusatório, em todos os sentidos –, não se trata, aqui, de criticar *politicamente*. A crítica ao processo é jurídica, tão somente *jurídica*, e assim o é porque sempre defendi, justamente, um elevado grau de autonomia ao Direito. Critica-se o processo porque este é *ontologicamente político desde o início*, sendo, portanto, desnecessário que se especule sobre a *direção* política por ele tomada. O ponto aqui é, justamente, que isso é irrelevante. Não importa a posição política adotada, justamente porque *não estamos falando sobre política*. Nem sobre moral. A moral e a política constroem o Direito, mas este, uma vez estabelecido, é autônomo.

Direito não é moral, Direito não é política – e *também por razões morais e políticas seria bom que os juízes, procuradores e desembargadores que atua(ra)m no caso aqui em análise também assim pensassem*. Por uma questão de democracia. Por uma questão de princípio. Como sempre disse Ronald Dworkin, juízes julgam por princípio e não por políticas ou perspectivas morais.

O QUE É ISTO “O NOVO QUE PEDE PASSAGEM” DO TRF4 E JOAQUIM FALCÃO?

*Lenio Luiz Streck*¹

*Martonio Mont’Alverne Barreto Lima*²

*Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira*³

O mestre e professor Arnaldo Vasconcelos, da Universidade Federal do Ceará e da Unifor, relatava uma boa história. Com a queda de Getúlio, acirraram-se as discussões de que a Faculdade de Direito seria estadualizada, como quando de sua fundação em 1903. Em tom acalorado, alguém insistia que sim, a estadualização da Faculdade já estava decidida. Sabia-se até quem seria o novo Diretor. Ao ouvir o nome deste novo Diretor, o interlocutor respondeu: “que coisa, estadualizaram demais!”

Toda crítica deve ser respeitosa, o que não impede os necessários bom humor e conteúdo. Lemos as palavras do professor Joaquim de Arruda Falcão sobre o surgimento de um novo Poder Judiciário a pedir passagem (*sic*), corporificado nos membros da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região enquanto julgavam o recurso do ex-presidente Lula⁴. Com todo respeito, tanto aos membros da 8ª Turma do TRF-4 quanto ao professor Joaquim Falcão, “estadualizaram demais”.

Sobre o aspecto geral do comentário do professor Falcão chamou nossa atenção como ele vê com naturalidade, sem qualquer problema, a ruptura de garantias constitucionais processuais, caracterizadoras da diferença entre processo civilizado e barbárie. A primeira é que no julgamento de 24.1.2018 foi rompido o paradigma de que o ônus da acusação recai sobre o acusador e o réu defende-se. A segunda é que foi negado ao réu o direito de produzir provas, como rastreamento de recursos financeiros, ouvida de testemunhas. Para não se mencionar as suspeições do juiz,

.....
¹ Lenio Luiz Streck é professor titular da Unisinos e Unesa.

² Martonio Mont’Alverne Barreto Lima é professor titular da Unifor.

³ Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira é professor titular da UFMG.

⁴ FALCÃO, Joaquim. Uma nova geração de magistrados pede passagem. Disponível em <https://veja.abril.com.br/blog/noblat/uma-nova-geracao-de-magistrados-pede-passagem/>

do presidente do TRF-4 e até mesmo do relator, ou ainda o tempo recorde em que o recurso foi julgado; seguindo-se o caminho contrário do que o diabo Mefistófeles diz: “É curto o tempo, é longa a arte”⁵.

Novo para Joaquim Falcão deve ser “o velho decido conforme minha consciência”; novo para Joaquim Falcão deve ser a velha aplicação da inversão do ônus da prova; novo para ele deve ser a transformação da prova em uma questão de crença. Lá vem o novo! Brecht é insuperável, no poema Parada do Velho Novo, que começa assim: “Eu estava sobre uma colina e vi o Velho se aproximando, mas ele vinha como se fosse o Novo. (...) O grito: Aí vem o Novo, tudo é novo, saúdem o Novo, sejam novos como nós! seria ainda audível, não tivesse o trovão das armas sobrepujado tudo.”

O novo que “pede passagem” para o professor Falcão é entender como perfeitamente legítimo dizer que “a prova da propriedade está no comportamento registrado. E não no papel, na escritura A ou B. Simples assim”. Será esse o “novo” que pede passagem? Não, caro mestre, não: a lei não entende assim. E a Constituição diz exatamente o contrário do que professor Falcão celebra nos novos magistrados: esta Constituição não permite ao magistrado – nem a ninguém – ir além do que o Poder Constituinte disse. Portanto, a propriedade terá que ser provada; eis o que é simples. Não há como se transformar a formalidade exigida pela lei em informalidade transmitida por juízes. Novamente por uma singela razão: a Constituição não nos permite esta informalidade, ainda mais para privar alguém de sua liberdade de ir e vir.

Se se transforma a complexidade de casos como este em informalidade, a primeira vítima será a democracia. Se foi informalizado o direito de alguém se defender, e lançada a defesa à subjetividade do julgador, não há como subsistirem constituição e leis, e conseqüente não subsiste qualquer estatalidade garantidora do Estado de Direito. Se este é um novo comportamento que se deseja, pensamos que o abismo está logo adiante, “cavados com nossos pés”. A reflexão teórica do Direito amadurecida por milênios de observação e riqueza de concretas experiências é relegada a um plano secundário pelo professor Falcão. Nada mais seriam que “abstrações estrangeiras. Em geral ultrapassadas”. É esse o “novo que pede passagem”? Que parece abrir mão do discurso científico como garantia da segurança jurídica em favor de um pretense “senso comum que emana dos fatos”? Em meio as tais abstrações inservíveis, deve ser registrada a contribuição intelectual

.....
⁵ GOETHE, Johann Wolfgang. *Fausto – Uma Tragédia*. Primeira parte. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 177.

brasileira, resultante de um dos raríssimos momentos de defesa da democracia e ampliação de direitos fundamentais do Poder Judiciário: a doutrina brasileira do *Habeas Corpus*, do começo do século XX, e que caminhou na direção oposta do que hoje se assiste, com o fim da presunção da inocência, da limitação dos recursos e inversão do ônus da prova.

Outra coisa que Falcão considera o novo que pede passagem é que “A transmissão ao vivo permitiu a cada um de nós formar a própria opinião. Escolher um lado. Quase pegar a justiça com as próprias mãos, com as mãos do seu próprio entendimento. Restou provado que o Tribunal Federal da 4ª Região pretendeu ir muito além de simplesmente julgar o ex-presidente.”

Ora, uma afirmação dessa pode levar a que o Direito se confunda com linchamento. Quer dizer que transmitir pela TV é algo que faz com que cada pessoa escolha um lado? Mas, professor, não é o Direito um remédio contra as paixões populares? Quer dizer que “o novo” para o professor é fazer uma espécie de quiz show jurídico? E desde quando decisão jurídica tem algo a ver com escolhas, mormente por intermédio da mídia? Faltou só dizer que o resultado poderia vir via facebook.

Claro que os desembargadores da 8ª Turma do TRF-4 inovaram. Afinal, criaram as bases de uma nova compreensão do Direito, e de uma nova “metódica” do que seja decidir, que é seguida, concretamente, no mundo inteiro, adotada pelos tribunais mais modernos e garantidoras do “encantamento” universal com suas novas teorias do direito, já devidamente consolidadas (permitimo-nos esta ironia). Depois de tudo isso, novamente Goethe tem razão: “não me conformo com jurisprudência”.⁶

Por último, se o professor Joaquim Falcão e o TRF-4 – e quem no Direito assim pensa – estiverem certos, não há mais Constituição. Se vencem, todos perdem. Se fôssemos colocar em uma frase o que fez o TRF-4 e a elegia que lhe fez Joaquim Falcão, diríamos: com a conivência dos próprios juristas, o Direito foi substituído por uma péssima teoria política do poder. Esqueceram que quem vinha impedindo isso era o que agora abominam: o próprio Direito.

De nossa parte, afirmamos: se o novo é esse, preferimos coisas velhas como a doutrina do *Habeas Corpus* forjada com muito esforço por brasileiros; gostamos de coisas velhas como “prova para condenar tem de ser robusta”; “em processo penal não se inverte o ônus da prova” e quejandos. Aliás, coisas velhas ainda adotadas na Alemanha e outros países civilizados. Na verdade, preferimos a coisa mais velha e salvadora do Direito: a Constituição. Entre ela e a pretensa opinião pública, entre

.....
⁶ GOETHE, Johann Wolfgang. *Fausto – Uma Tragédia*. Primeira parte. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 191.

ela a “escolha de lado” midiática, entre ela e os discursos morais ou moralizantes, preferimos ela, a Constituição.

Só mais uma coisa: homenageando o grande Arnaldo Vasconcelos e a história por ele contada, não dá para “estadualizar tanto assim”!

HERZOG, MARIELLE E LULA – A TRAGÉDIA DE UMA DITADURA ANUNCIADA

*Alvaro de Azevedo Gonzaga*¹

Reformaram o apartamento de um ex-presidente, líder das pesquisas eleitorais. Um presidente foi acusado de desviar dinheiro da Petrobras...

A abertura exposta leva muitos a serem que estamos falando de dois ex-presidentes eleitos nos últimos tempos, mas, na verdade, falamos de Juscelino Kubitschek e seu apartamento no condomínio “Ciamar”, investigado em 1963. À época o ex-presidente liderava todas as pesquisas para a corrida presidencial. Falamos também de Getúlio Vargas, que 10 anos antes havia sido acusado de desviar dinheiro da Petrobras.

Ao analisar a História, Karl Marx – assim como havia feito Hegel –, infere que alguns fatos e processos históricos se repetem primeiro como tragédia, depois como farsa. Herzog, Marielle, Lula... A tragédia de uma Ditadura anunciada...

A ditadura foi incapaz de aceitar garantias democráticas, torturou e matou Herzog no passado. Hoje, à luz da demagogia, tivemos a morte gestada de mais uma Marielle que falece todo dia no Brasil. Sem perder o tom desse desarmônico ato de terror, o medo de uma sentença judicial marcada por ilegalidades, como já analisamos no livro anterior (Comentários a uma sentença anunciada: O processo Lula), caminha a passos largos para a morte das eleições presidenciais em

.....
¹ Alvaro de Azevedo Gonzaga é Livre Docente em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Pós-Doutorado 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*. 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 e membro da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia.

juízos recorrentes e seletivos de uma justiça que se arroga da morosidade e da seletividade no caso Lula.

É inegável que a democracia brasileira, aquilo que entendemos por “Estado de Direito”, as liberdades e garantias individuais estão sendo fortemente atacadas nesse momento. Em tese, a intervenção militar trouxe o exército para garantir a ordem no Rio de Janeiro, mas não tivemos progressos em lugares invisíveis como a Pavuna e São João de Meriti, a farsa é revelada mantendo a tragédia diuturna de insegurança àqueles que há anos não percebem o Estado. Advogados são taxados como mentirosos, usurpadores da paz, os contemporâneos sofistas, cúmplices de acusações destinadas a seus clientes; no mesmo diapasão a CLT vira artigo de museu e a Previdência Social está em franco desmonte.

Chama-nos a atenção que todo esse processo surge em um discurso detentor de um referencial de simulacro: combate-se a corrupção, corrompendo-se as leis, criam-se juízes que fazem às vezes de procuradores. Procuradores que prometem greve de fome, caso juízes não aceitem suas acusações. Deputados – eleitos para representar a vontade popular –, que alteram o texto constitucional por meio de medidas reprovadas por mais de 90% do apoio da população, e um judiciário querendo julgar conforme uma suposta vontade popular e não de acordo com a lei.

Vencedor do Nobel da Literatura, Gabriel Garcia Márquez tem como uma das suas obras mais icônicas a “Crônica de uma morte anunciada”. Nesse curto e instigante livro, narra uma série de absurdos encontros e desencontros tão surreais, que só são capazes de acontecer em um mundo de fantasia.

O julgamento do ex-presidente Lula é uma peça jurídica que facilmente se confundiria com uma obra do realismo fantástico, estilo consagrado por Márquez. Afinal, juízes e promotores que são partes separadas de um processo, decidirem agir em parceria. Ambos acusam, ambos julgam. A segunda instância, ignora o seu papel de segunda jurisdição, e age como esteia de continuidade do arbitrário julgamento inicial.

É a realidade tomada por uma fantasia, fatos sendo moldados conforme a fantasia daqueles que acreditam que a Justiça é aquilo que eles dizem que é justo, não aquilo que está escrito nos Códigos, na Constituição. As previsões legais são só “legais” quando afirmam aquilo que eles querem, caso não, são artimanhas que devem ser combatidas.

Um conceito essencial no funcionamento da Justiça e que, em certa medida, foi popularizado em filmes é o “devido processo legal” que – mais que um termo que “soa bonito”, e mais que uma frase de efeito ou um bordão usado em filmes

de enredo jurídico – tem uma história que se confunde com a própria construção do Estado Contemporâneo.

Esse conceito surge na Magna Carta Inglesa, de 1215, através da qual o rei João Sem Terra foi obrigado a assegurar certas imunidades processuais aos seus súditos. O parágrafo 39, ainda hoje em vigor, diz: “nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado [...] senão mediante um julgamento regular de seus pares ou em harmonia com a lei do país”.

Nesta expressão, a palavra “devido” significa mais do que dizer que a Justiça precisa, ao julgar, seguir todas as disposições legais, mas que ela é obrigada, em relação ao réu, a observá-las. Ou seja, não é um favor, não é um capricho. Provar, de acordo com a lei, a culpa de alguém é tão importante como puni-lo por ter agido errado. Ninguém pode ser considerado culpado “custe o que custar”. Não se pode desrespeitar a lei para punir alguém que tenha desrespeitado a própria lei. Nesse caso, quem puniu é tão culpado quanto aquele que foi punido. É a negação da ideia do próprio Estado.

Por isso, quando um advogado questiona a forma como uma prova foi obtida, ele não está indo contra a “Justiça”. Ou quando se diz que a “convicção” ou os “indícios” não podem ser considerados para fundamentar uma sentença, isso não é ser contra a lei ou defender o crime. É exatamente o oposto. Cobrar provas e refutar convicções é defender a lei, fazer o contrário, é desrespeitá-la.

Jogo político x Justiça

Tivemos, no caso envolvendo o ex-presidente Lula, um encontro singular de vontades políticas e de compreensões jurídicas antidemocráticas. O jogo político tem um estranho tabuleiro que pode envolver desejos populares ou se misturar com anseios individuais sem propósito estadista, o risco está em o judiciário ceder a desejos populares imediatos e se esquecer dos princípios e regras jurídicas previamente estabelecidos em nome da democracia e do próprio povo.

Em 2014, a vitória política de Dilma Rousseff, representou a quarta corrida presidencial eleitoral consecutiva vencida pelo PT. Alguns setores insatisfeitos, impacientes e talvez temerosos de “esperar” no mínimo mais 4 anos para poderem retomar o projeto de poder interrompido do modelo neoliberal que se desvelava até Lula, optaram por migrar do tabuleiro político para o tabuleiro jurídico, transportando suas expectativas em um perigoso campo que encontrou fertilidade não só no ativismo judicial como também na atividade de juízes que naturalmente tem suas inclinações pessoais no caso em comento.

Em um plano arquitetônico o Poder Legislativo executou seu trabalho “impeachment” Dilma Rousseff e agora o Poder Judiciário coloca em andamento o projeto impedindo o candidato que tinha mais chances nas urnas de assumir a presidência da república para os próximos 4 anos. No *impeachment* tivemos uma condenação pela prática de um ato habitual de qualquer chefe do Poder Executivo e, no Processo Lula, até Kafka ficaria perplexo com a celeridade que a burocracia Weberiana imprimiu ao feito como estratégia de manutenção do poder. Mas, neste caso, havia necessidade de o processo “andar” rápido para manter o poder ora firmado com o golpe acima citado.

E, com as novas regras que se apresentam neste pérfido tabuleiro, perdemos a presidente eleita e tiramos o possível novo ex-presidente que liderava as pesquisas e atemorizava a “Liberdade de Empresa” não poder exercer sua “Opinião Publicada”, ao dizer que a imprensa livre só existirá com a democratização dos meios de comunicação.

Paralelo a isso, Aécio Neves, baluarte do golpe, é denunciado, sendo retirado do tabuleiro do jogo e seu colega de partido tem a competência das acusações que pesam contra si desviadas a justiça eleitoral.

Mudar a esfera de disputa quando se está perdendo, é um recurso antigo e várias vezes repetido. Os militares incapazes de responder às denúncias de Herzog o prenderam ilegalmente, e perdidos em sua ira, o torturam e o assassinaram. Na tentativa de enganar a opinião pública, produziram a intragável foto forjando um suicídio.

O desrespeito ao “devido processo legal”

Não se trata de partidarismo, de “petismo” ou “lulismo” mal-disfaçado. Não se trata de manter “bandidos de estimação”. Trouxe o histórico do surgimento da ideia do “devido processo legal”, exatamente para me antecipar a essa “acusação” em relação a meu pensamento. Em 1215, até onde me consta, não existiam petistas e lulistas na Inglaterra. E acima citamos a desmedida denúncia contra Aécio Neves.

É o desrespeito sistemático desse princípio contra o ex-presidente Lula que alertamos aqui. O julgamento que o levou à prisão é marcado por uma série assustadora de ilegalidades, desrespeitos e distorções da Justiça. Ignora-se, sempre que interessa a quem julga, o devido processo legal.

O leitor deste texto pode estar se indagando, mas porque seu autor não cita o acórdão em sua análise? Por um simples motivo: não há elemento jurídico que justifique as teses ali defendidas, tanto é que até as teses que são apontadas destoam do

que defendiam seus prolores em outros casos análogos ou na academia. A propósito disso ainda não foram encontrados juristas que se enfileiram em sustentar esse “jogo de futebol” em que o juiz já assumiu o papel de parte e não de julgador imparcial.

Mas para não dizer que não falei das flores lembremos do campo fértil de ilegalidades que brotaram nesses lírios que infelizmente reluzem o orvalho resultado do choro da democracia. Lembremos da interceptação do escritório dos advogados do ex-presidente ou a manifestação do juiz Moro, fora dos autos (ao publicar nota dizendo-se emocionado com o apoio recebido daqueles que atribuem a Lula a responsabilidade por toda a corrupção no país) ou, ainda, a interceptação da Presidente da República com o vazamento de áudio.

Condenar alguém à prisão é a pena mais dura aplicada a uma pessoa em um Estado Democrático de Direito nos países que não preveem a pena de morte. Exatamente por isso, exige-se a observância de uma série de requisitos para se chegar uma condenação que determine a restrição da liberdade. Entre esses requisitos, está a existência de provas materiais e objetivas que não deixem dúvidas quanto à responsabilidade do réu no crime.

Defender isso não é ser petista ou lulista, principalmente porque essas condições para o funcionamento da Justiça existem muito antes desse julgamento ter sido iniciado. Pelo bem da democracia, esses elementos deveriam ser observados no caso e precisam continuar existindo no futuro.

Não consta, no Código Penal ou no Código de Processo Penal, que um organograma de powerpoint faz as vezes de prova material. Que “intenções”, que um “tudo leva a crer” possam servir como prova. Aliás, que fique claro que indício não é prova. Ou que documentos sem assinatura ou reportagem de jornal transfiram propriedade para alguém. Não é possível se julgar por matérias jornalísticas, mas por meio provas, tal como a prova que uma cozinha tenha sido reformada e um enorme montante lá gasto, e que um fogão de 4 bocas não pode ser compatível com uma reforma faraônica.

A falta de materialidade da condenação, não é só uma crítica feita pela defesa do ex-presidente, é reconhecida, na 1ª Instância, pelo próprio Moro quando, por exemplo, considera como prova um Termo de Adesão e Compromisso de Participação “embora não assinado, diz respeito expressamente à unidade 174, a correspondente ao triplex”. Se um documento assinado, a depender do caso, não funciona como prova – podendo ter sido adulterado ou quem assinou enganado – quanto mais um documento não assinado!

A memória e a verdade trouxeram o homicídio de um tachado suicida pelos seus algozes.

Hoje lutam pela ausência da memória e da verdade do caso Marielle.

E no caso Lula, devemos lutar para não naturalizar a injustiça e o desrespeito ao devido Processo Legal como naturalizado!

Judiciário lento x processo flecha

Para além da falta da materialidade da prova, a celeridade do processo chama atenção – ficando impossível não questionar a não-observância da impessoalidade da Justiça e fortalecimento do argumento daqueles que enxergam as instituições jurídicas se movimentando deliberadamente para a impedir a candidatura do ex-presidente à corrida presidencial.

O processo do ex-presidente Lula foi o segundo mais célere da história do TRF-4, 154 dias, perdendo por apenas 8 dias para um processo que julgou a venda irregular de seguros para pescadores com 146 dias. Em relação à Lava Jato, foi o mais rápido a chegar a essa instância: 42 dias.

Outro exemplo de celeridade fora dos padrões da Justiça, foi a expedição do mandado de prisão: Moro o fez 20 minutos depois de receber a informação do TRF-4 a respeito do julgamento do STF, o qual negou HC do presidente. Moro e o TRF-4 não esperaram o Supremo divulgar o acórdão.

Pergunto: Se um juiz e um Tribunal agem antes de um acórdão do STF ser publicado, o que vai impedi-los, deles tomarem uma decisão quando o posicionamento que querem alcançar maioria no STF, mesmo antes de concluído o julgamento?

É válido questionar o porquê desses procedimentos, que tanto fogem ao funcionamento rotineiro estão sendo operacionalizados contra o ex-presidente. Questionar isso, não significa, em medida alguma, dizer que ele é – ou não – inocente. Por outro lado, a dificuldade em responder a essas perguntas, pode significar que é preciso utilizar “técnicas” que vão para além daquilo que está previsto nas leis.

Por mais óbvio que seja, é importante repetir o seguinte: defender o respeito ao processo legal, exigir que a Justiça seja impessoal e questionar o uso político do Judiciário são pontos que não podem ser confundidos com a defesa de crimes, como um alinhamento a favor da corrupção ou da não punição de ricos e poderosos.

É ilógico dizer isso, exatamente por que esses pontos são fatores consagrados pela nossa ordem jurídica; não observá-los significa corromper a justiça; tratá-los como “perfumaria” ou dispositivos meramente proletários, significa, por consequência, desrespeitar a justiça.

Dizendo de outro modo, defendendo com tantas forças a Justiça, o cumprimento da lei, que sou contra desrespeitá-la para prender alguém, mesmo que eu tenha,

pessoalmente, certeza de que determinada pessoa é criminoso. Se os procedimentos jurídicos não dão conta de provar o crime, não há crime. Se eu desrespeito a lei para prender alguém, o criminoso sou eu!

O assassinato de Herzog entrou para a História como um dos símbolos do fim da Ditadura. Porém, esse episódio não foi o único responsável, ao contrário, todo o acúmulo da luta de denúncia e resistência ao regime, alcançaram tanto peso que não foi possível mais os militares praticarem desmandos como os aplicados contra o jornalista.

O nosso dever histórico no momento, é nos mantermos firmes e fortes. Denunciar a movimentação antidemocrática de setores políticos, jurídicos e outras forças ocultas. Não podemos deixar que a luta política encarnada no ex-presidente Lula ou na vereadora Marielle sejam inviabilizadas, que as vozes e lutas que eles representam sejam silenciadas arbitrariamente.

Despedida

Se nada do dito acima faz sentido, despeço-me daqueles que tiveram paciência de, até aqui, chegar falando um pouco de crenças em nosso Brasil:

Despeço-me de você que crê que o Herzog, Marielle e Lula merecem a resposta que tiveram, lembre-se o próximo homo sacer pode ser você;

Despeço-me daqueles que vivem no país que propõe a “cura gay”; que propõem boicotes a obras de arte elogiando dono de bordel que quase enforca mulher nua; que aplaude suas leis trabalhistas sendo flexibilizada e sua previdência se esvaindo...

Despeço-me daqueles que dizem que o Brasil é o país da impunidade, mas não observam que o nosso país tem uma das maiores populações carcerárias do mundo;

Despeço-me dos mais de 90% que consideram um absurdo a corrupção, e aos mais de 70% que praticariam tais atos se tivessem condições;

Despeço-me dos 98% que não acreditam no racismo no Brasil, mas que reconhecem 97% da população como racista;

Despeço-me daqueles que acreditam que o direito é um instrumento de vingança e não de justiça;

Despeço-me daqueles que entraram na “faculdade de justiça” e sairão da “faculdade de direito”;

Despeço-me daqueles que, cada vez mais, são oprimidos e acreditam que a melhor maneira de resolver as coisas é oprimindo os outros;

Despeço-me daqueles que acreditam que crime é traficar drogas, mas não sonegar impostos;

Despeço-me dos homofóbicos que muitas vezes sublimam sentirem no signo da violência;

Despeço-me das mulheres vítimas de violência doméstica no país do patriarcalismo;

Despeço-me dos paradoxais que acreditam que basta publicar no facebook mas não curtem nem compartilham essas experiências nas ruas, na faculdade ou em casa;

Quero me despedir daqueles que vivem no Brasil, sétima economia do mundo e 89º país em IDH;

Despeço-me daqueles que comparam o Brasil com a Europa, mas não querem que o Brasil adote as medidas sociais europeias;

Despeço-me daqueles que comparam o Brasil com os EUA, mas querem manter a saúde gratuita;

Despeço-me daqueles que defendem pena de morte em um país que condena a pena de vida muitos excluídos;

Despeço-me dos empregadores que querem flexibilizar as leis trabalhistas e buscam recuperar seus escravos de outrora;

Despeço-me dos jovens negros entre 16 e 28 anos que tem 5 vezes mais chances de serem mortos ou presos que os brancos que clamam por penas de morte e redução da maioridade da pena que jamais lhe afetará;

Despeço-me dos que acham que a corrupção é de mais de 50% em nosso país quando, na verdade, é de 2,3 do nosso PIB, isso segundo a FIESP (aquela do pato amarelo);

Despeço-me dos que acreditam em um direito universal impondo suas culturas. E que não admitem ter suas culturas tolhidas por pressupostos universais;

Despeço-me dos que não são prounistas e acreditam que a questão econômica da superioridade na faculdade, quando na verdade é a questão intelectual que os coloca, em regra, abaixo dos prounistas. E você que é prounista lembre-se: foi só no governo Lula que esse direito foi criado.

Despeço-me de todos, inclusive os que são consumidos pelo consumismo.

Na verdade quero me despedir de todos os seres humanos que aqui estão sempre revestidos de adjetivos implícitos, porém externados no cotidiano.

A CRÍTICA VIROU MANUAL

Flávio Croce Caetano¹

Aline Carvalho Nóbile²

A defesa, na verdade, não é realmente admitida pela lei, apenas tolerada, e há controvérsia até mesmo em torno da pertinência de deduzir essa tolerância a partir das respectivas passagens da lei.

Franz Kafka em *O Processo*

A exemplo de algumas óperas, após o intervalo dá-se início ao segundo ato, que segue o script do programa do libreto. O Segundo Ato da “Ópera do Golpe de 2016” é a garantia de retirada de Lula das eleições, através das Cenas I, II e III para dar aos parvos espectadores o final redentor que esperavam.³

O Primeiro Ato: o *impeachment* ilegal de Dilma Rousseff, primeira e única mulher eleita e reeleita Presidenta da República. O Segundo Ato: garantir, sob o mesmo manto de ilegalidade, a inelegibilidade de Lula, (tentando) assegurar, assim, a permanência dos usurpadores do poder no exercício do governo federal, para dar continuidade ao Ato III, o desmantelamento do país, ao fim dos programas sociais, ao aprofundamento da desigualdade, à venda das riquezas do país a estrangeiros.

Nunca antes na história desse país um recurso chegou tão rápido à segunda instância e, igualmente, também foi tão rapidamente julgado por esta. Inúmeros recordes de velocidade processual foram batidos! Apenas no âmbito da Operação Lava Jato, o trâmite do recurso de apelação de Lula até o TRF-4 foi o mais rápido: apenas 42 dias, considerando outros casos que chegaram até a 187 dias e a média geral é de pouco mais de três meses.

A excepcionalidade acompanha todo o trâmite perante o TRF-4; em apenas 100 dias o relator Gebran Neto já havia redigido seu voto, um recorde em uma velocidade consideravelmente superior à sua própria média de 275 dias na Operação Lava Jato e

.....
¹ Flávio Croce Caetano, advogado, Professor de Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Secretário Nacional da Reforma do Judiciário (2012-2015 – Governo Dilma Rousseff).

² Aline Carvalho Nóbile, advogada, Mestranda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

³ Der Ring des Nibelungen (O Anel do Nibelungo), saga narrada em quatro óperas, de Richard Wagner. Cada ópera é subdividida em atos, por sua vez subdivididas em cenas.

muito distante da média geral do TRF-4 nos recursos de apelação da Operação Lava Jato, de 210 dias. Entre a liberação do voto e o agendamento da data de julgamento mais um recorde: apenas 54 dias comparados à média que variava⁴ entre 73 e 102 dias. O desembargador-revisor, Leandro Paulsen, acelerou o andamento processual, em preterição a outros 257 processos que aguardavam sua manifestação⁵.

Em geral, o TRF-4 demora uma média de 18 meses para julgar os recursos de apelação da Operação Lava Jato, mas no caso Lula o procedimento foi 3 vezes mais rápido que a média, um novo recorde, sendo finalizado em impressionantes 6,5 meses.⁶ E válido frisar que a celeridade recorde aconteceu contabilizando o recesso de final de ano, época que, sabidamente, possui efeito retardante no tempo de tramitação processual nos tribunais brasileiros.

Na vã tentativa de justificar o injustificável, os desembargadores buscaram explicar o tempo recorde da tramitação, alegando, por exemplo, que os recursos da Operação Lava Jato estavam sendo julgados com maior celeridade (e ainda assim, a apelação de Lula teve o trâmite mais rápido dentro de todos os demais da Lava Jato), complexidade com número de réus (os recursos mais rápidos tinham geralmente apenas um réu ou apelação unilateral, o de Lula havia 7 réus e apelações de ambas as partes) ou até mesmo, metas estabelecidas pelo CNJ para 2018, priorizando os processos sobre corrupção (esquecendo de mencionar que a referida meta tratava como prioridade ações distribuídas até 31/12/2015, não comportando, assim, o caso de Lula, cuja ação foi distribuída apenas em 2016).⁷

Esses pontos fora da curva não deveriam surpreender, considerando que no dia seguinte à prolação de sentença pelo juiz Sérgio Moro, o Presidente do TRF-4, desembargador Thompson Flores, declarou que os recursos da apelação no caso de Lula deveriam estar pautados e julgados entre agosto de 2017 e agosto de 2018, deixando claro que um dos motivos seria justamente a proximidade das eleições⁸.

.....
⁴ Segundo levantamento do jornal Folha de São Paulo, a média entre liberação do voto e definição da data de julgamento é de 102 dias, enquanto o jornal Estado de São Paulo aponta a média de 73 dias. <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/04/05/Por-que-Sergio-Moro-mandou-prender-Lula-agora> e <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/12/1940403-relator-conclui-voto-sobre-condenacao-de-lula-na-Lava-Jato.shtml>

⁵ <http://justificando.cartacapital.com.br/2018/01/24/sistema-do-trf-4-aponta-que-desembargador-revisor-acelerou-processo-de-lula/>

⁶ <https://epoca.globo.com/politica/noticia/2018/02/trf4-foi-mais-severo-com-lula-do-que-em-outros-154-casos-similares.html>

⁷ <http://justificando.cartacapital.com.br/2018/01/24/sistema-do-trf-4-aponta-que-desembargador-revisor-acelerou-processo-de-lula/>

⁸ “[...] de agosto deste ano a agosto do ano que vem esses processos devem estar pautados e julgados. Por que agosto do ano que vem? Porque ali tem a questão da inelegibilidade. Vamos

Não bastante, foi além: declarou que a sentença da 1ª instância era “tecnicamente irrepreensível” e com um exame de provas “irretocável”, apesar de não a ter lido⁹, colocando uma pá de cal em qualquer expectativa de imparcialidade e desnudando o interesse político-eleitoral do agir judicante.

Não se trata, em hipótese alguma, de criticar a celeridade processual. A duração razoável de um processo judicial é direito fundamental que deve(ria) ser garantido a todos. Além de ser um dever imposto ao Estado-Juiz, em função do princípio do acesso à justiça e da boa administração da Justiça. Por duração razoável do processo, conforme plasmado no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, não se implica o atropelo processual e a violação a princípios constitucionais para que os meios sejam justificados pelos fins que desde o início são anunciados como objetivo.

A duração razoável do processo não é direito mais ou menos importante que os outros, devendo ser aplicado em conjunto aos demais direitos fundamentais e sob o princípio norteador maior, o *due process of law*.

Não há oposição à celeridade processual, mas sim uma crítica à constatação fática indiscutível da celeridade processual seletiva que destoava flagrantemente das estatísticas do Judiciário brasileiro e do Tribunal em que tramitou. É o flagrante descompasso com quaisquer estatísticas que demonstra a característica excepcional da celeridade atribuída ao caso Lula, com recordes de velocidade em cada etapa processual.

Porém, não é apenas quanto à celeridade recorde de tramitação do processo de Lula que se pode notar pontos dissonantes do padrão verificado no âmbito do TRF4, mas também no próprio posicionamento dos desembargadores da 8ª Turma, especialmente no âmbito da Operação Lava Jato.

A unanimidade nos julgamentos de recursos de apelação com réus da Operação Lava Jato é de apenas 32%. Em casos de agravamento de pena, a média é de 25 meses, enquanto a pena de Lula foi agravada em 32 meses. Considerando alguns fatores como a primariedade penal e idade superior a 70 anos, o agravamento de

.....
imaginar no processo do ex-presidente Lula. Já temos um caso concreto. Ele vai recorrer para a corte, já anunciou. Aqui duas opções poderão acontecer: ou o tribunal confirma essa decisão condenatória, e aí ele está inelegível para concorrer às eleições, ou reforma a decisão e o absolve, e aí ele está liberado para concorrer às eleições” <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/07/presidente-do-trf4-diz-que-caso-lula-deve-ser-julgado-ate-agosto-de-2018.html>

⁹ <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/01/23/O-que-%C3%A9-o-TRF-4.-E-como-o-tribunal-chega-para-julgar-o-recurso-de-Lula>

pena na 2ª instância foi considerado “exacerbado” e manejado como veículo de “não-prescrição”¹⁰, em evidente conduta de desvio de poder judicial.

Não bastassem todas as excepcionalidades e recordes que contrariam até a lógica temporal do recesso dos tribunais e justificativas estapafúrdias que citam metas não aplicáveis ao caso analisado, ainda há outros detalhes relevantes.

Embora não seja em nada surpreendente, após o julgamento do STF no HC 152.752/PR, o MPF pediu “máxima urgência” ao TRF4 para oficiar o juízo de 1ª instância para determinar a prisão de Lula visando a “estancar sensação de onipotência” e assim foi feito. Em uma única tarde, o MPF requereu, o TRF4 acatou e o juiz de piso executou.

Um processo que começa eivado pela nódoa permanente e vexaminosa da parcialidade descarada, acrescido pela evidente incompetência do juízo, permeado de recordes de velocidade processual e situações peculiares frente a estatísticas e médias do Judiciário não é uma ode à celeridade processual, mas uma afronta a uma miríade de garantias constitucionais fundamentais: a imparcialidade do juiz, a duração razoável do processo (que implica uma análise adequada, justa e fundamentada dos argumentos e peças jurídicas), o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, dentre outros.

Sendo a absolvição real uma quimera, restariam apenas a absolvição aparente e o processo arrastado a todos que forem escolhidos como réu pelo sistema inquisitivo. A uns, as benesses do processo arrastado são de clareza solar, não importando há quantos anos houve trânsito em julgado, se réu “com foro privilegiado” ou sem, sobrando a outros, a utopia (quase pueril) de quem tenta realizar sua defesa em um sistema em que não há como realmente fazê-la.

Dizem que Kafka escreveu uma crítica à arbitrariedade do Poder Judiciário, mas, examinando a nossa realidade parece ter escrito um manual. Se Josef K. fosse até a segunda instância e recorresse ao TRF-4, podemos afirmar que seu destino não seria em nada diferente.

.....
¹⁰ <https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/01/25/analise-ato-de-corrupcao-de-lula-em-contratos-da-oas-nao-ficou-claro.htm> e <https://www.revistaforum.com.br/aumento-da-pena-de-lula-foi-para-evitar-prescricao-afirma-flavio-dino/>

A DISFUNÇÃO DOS DESENHOS DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SEUS EFEITOS NO ATIVISMO JUDICIAL CONSERVADOR-MIDIÁTICO

*Gabriela Shizue Soares de Araujo*¹

Após um longo período de ditadura militar e de violenta restrição às liberdades civis e políticas do povo brasileiro, natural que o documento fundante do novo momento democrático do país refletisse uma grande preocupação em se dar a maior importância e proteção possível aos direitos civis, políticos e sociais – e, de fato, uma ampla gama de direitos e garantias fundamentais está detalhadamente prevista, quase à exaustão, no texto da Constituição Federal de 1988, também conhecida como a “Constituição Cidadã”.

Entretanto, como o fim da ditadura militar no Brasil resultou de um acordo de gradual transição democrática, e talvez pela ansiedade dos opositores ao antigo regime em sedimentar de vez o novo pacto republicano, é que não se tenha pensado com a devida acuidade na estruturação das instituições democráticas que justamente garantiriam a concretização e manutenção desses direitos fundamentais.

Assim, apesar de ter sido pródigo na petrificação de direitos fundamentais, o texto constitucional não conseguiu dar uma conformação adequada ao equilíbrio harmônico entre os poderes estatais ou garantir o pleno exercício da soberania popular.

E essa disfunção, três décadas após a promulgação da Constituição de 1988, começa a comprometer sua própria sustentação, já que qualquer Estado que se pretenda democrático deve se basear em um tripé formado pelos direitos fundamentais, pela separação de poderes e pela soberania popular. Se um dos pilares ruir, toda a estrutura fica comprometida.

.....
¹ Gabriela Shizue Soares de Araujo é mestre e doutoranda em Direito Constitucional pela PUC-SP, é professora titular de Direito Constitucional na Escola Paulista de Direito e advogada especializada nas áreas de direito administrativo e eleitoral.

A começar pelo enfraquecimento do Poder Legislativo, que deveria em tese representar estritamente a vontade popular e aproximar a voz das ruas às tomadas de decisões estatais, no seu papel de criação de lei e fiscalização, sempre como ente delegado, mas que hoje enfrenta um preocupante distanciamento e até mesmo um certo descrédito perante o povo, justamente aquele que deveria representar.

Isso ocorre muito em razão do sistema escolhido para preenchimento de vagas no Legislativo, que é o sistema eleitoral proporcional, em lista aberta: além de dificultar a compreensão do eleitor sobre as regras do jogo, esse sistema permite que candidatos desconhecidos da maioria e de votação inexpressiva ocupem cadeiras no parlamento, em detrimento de outros mais representativos.

Na hora de votar, o eleitor se preocupa apenas com a figura nominal do candidato, enfraquecendo a formulação de programas partidários ou a vinculação desses candidatos com determinado partido ou ideologia definida. Porém, no momento de se preencher as vagas, aplica-se uma fórmula conjugada de quociente partidário e quociente eleitoral, que permite que a aliança em torno de determinado partido ou coligação alavanque parlamentares sem votação expressiva, alçados ao parlamento pela transferência de votos que recebem de candidatos mais votados dentro do mesmo partido ou coligação, o que vem a estimular a formação de alianças esdrúxulas e o coronelismo partidário – mas não a identidade programática.

Daí decorre também a hiperfragmentação partidária, com um total de 35 (trinta e cinco)² partidos políticos registrados no Tribunal Superior Eleitoral e 28 (vinte e oito)³ partidos políticos com representação no Congresso Nacional, na maioria das vezes formados não em torno de programas definidos, mas em função de interesses pessoais ou de um jogo de poder que passa ao largo da compreensão e dos interesses do povo que deveriam em tese representar.

Em um presidencialismo de coalizão como o brasileiro, a aprovação de políticas públicas e a própria governabilidade dependerá o tempo todo de concessões e acordos com todos esses múltiplos partidos representados no parlamento, já que o *impeachment* do presidente da República é um instrumento que pode ser invocado discricionariamente pelo Congresso Nacional, dentro de um juízo político muito flexível.

Pois bem. Essas fissuras todas no sistema político-eleitoral brasileiro ficaram muito evidentes no “terceiro turno”⁴ eleitoral que se instalou no Brasil, com a

.....
² <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>

³ <https://exame.abril.com.br/revista-exame/muitos-partidos-pouca-representacao/>

⁴ A negação em aceitar o resultado das urnas pelo candidato derrotado no segundo turno, o senador Aécio Neves (PSDB), aliada a uma campanha concentrada dos meios de comu-

reeleição de Dilma Rousseff, em outubro de 2014, para o seu segundo mandato como presidente da República, e que culminou, em agosto de 2016, com o seu *impeachment*⁵, após uma campanha negativa diária e intensiva dos grandes veículos da mídia de massa, que, aliados aos partidos derrotados da oposição, passaram a convocar grandes manifestações de rua de setores da classe média inflamados por motes moralistas e de anticorrupção, ainda que não tivessem qualquer correlação com a figura individual da presidente eleita em si⁶, em uma

.....

nicação de massa contra a presidente eleita Dilma Rousseff, coincidindo com uma crise econômica tardia que acometeu o país, foram elementos que apenas acirraram ainda mais os ânimos entre a presidente legitimamente eleita e a Câmara dos Deputados, liderada pelo então deputado federal Eduardo Cunha (PMDB), que se dizia representante dos evangélicos, mas que representava na realidade as velhas práticas coronelistas de trocas de favores da política, com as quais Dilma Rousseff sempre teve dificuldades em lidar e que então se tornavam cada vez mais impagáveis em termos minimamente republicanos.

Ironicamente, após o episódio do *impeachment*, Aécio Neves chegou até a ser afastado do mandato de senador, e Eduardo Cunha foi preso (ainda em outubro de 2016!), ambos com denúncias sérias de corrupção, respaldadas por indícios probatórios consistentes. O que demonstra que o *impeachment* de fato foi um terceiro turno provocado pelas correlações de forças derrotadas nas urnas e que se aproveitaram do monopólio da mídia de massa para usurpar o poder popular.

<https://exame.abril.com.br/brasil/lista-denuncias-contraaecio-neves/>

<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-reitera-no-stf-denuncia-contraaecio-neves-por-corrupcao-e-obstrucao-de-justica>

<https://g1.globo.com/politica/noticia/mpf-quer-pena-de-386-anos-de-prisao-para-eduardo-cunha-e-78-anos-para-henrique-eduardo-alves.ghtml>

5 Considerado o maior partido representante das propostas alinhadas à esquerda no Brasil, o Partido dos Trabalhadores (PT) foi responsável por uma política de inclusão social que modernizou e reformou estruturalmente o país nesse aspecto, principalmente durante os dois mandatos do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em que foram superados os dois principais tabus da história brasileira: pagou-se a histórica dívida com o FMI, que até então se dizia impagável, e conseguiu-se erradicar a fome no país, através de programas sociais como o Bolsa Família e o Fome Zero.

Obviamente que os gastos focados em políticas públicas de inclusão social e combate às desigualdade sociais, econômicas e regionais, incomodaram profundamente os setores neoliberais e os defensores de políticas de austeridade e cortes de gastos públicos, mas com a crise econômica que acompanhou o início do segundo mandato de Dilma Rousseff e a intensificação das operações policiais-judiciais-midiáticas contra membros do Partido dos Trabalhadores (PT) e seus aliados é que a oposição finalmente conseguiu se organizar para desferir o que muitos chamam de “golpe parlamentar”, embora nossa Constituição permita o “*impeachment*” nos termos em que se realizou em 2016.

6 Eis porque fala-se em terceiro turno: o movimento que culminou no *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff centralizava muito mais um discurso de ódio e aversão ao partido político que vencia a quarta eleição presidencial consecutiva (os dois primeiros mandatos foram conquistados pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva), o Partido dos Trabalhadores (PT), defensor de políticas de inclusão social e combate às desigualdades, alinhado aos movimentos sociais, mas que vinha sofrendo algum desgaste após intenso linchamento

propaganda de desinformação e de discurso de ódio que dividiu o país e que persiste e se intensifica desde então.

Interessante destacar que, da mesma forma que o Congresso Nacional votou pelo *impeachment* de Dilma Rousseff, derrogando mais de 54 milhões de votos que lhe haviam sido conferidos nas urnas, sem que sobre ela recaísse qualquer acusação criminal, – tanto é assim que a ex-presidente não perdeu seus direitos políticos e poderá ser candidata novamente em qualquer eleição –, paradoxalmente esse mesmo Congresso Nacional vem sustentando sofregamente o mandato do presidente interino Michel Temer, o presidente com maior rejeição de nossa história⁷ (de mais de 70%), e que acumula duas denúncias-crime apresentadas pelo Procurador Geral da República e outras investigações criminais ainda em curso no Supremo Tribunal Federal⁸, mas que, por outro lado, cumpre perfeitamente com os acordos, concessões e trocas de favores exigidos pelo nosso presidencialismo de coalizão multipartidário.

O agora presidente interino Michel Temer, lembre-se, compunha a chapa de Dilma Rousseff e comprometeu-se com as mesmas agendas da esquerda e de inclusão social que elegeram a presidente deposta, mas atua no sentido completamente oposto, liderando políticas de cortes de investimentos públicos e retiradas de direitos sociais.

Essa deslealdade programática é permitida pela ausência de mecanismos efetivos de democracia participativa em nosso ordenamento jurídico, que não prevê a obrigação de prestação de contas ou formas de controle social dos mandatos, como o recall, por exemplo.

Mesmo os institutos previstos na Constituição Federal⁹, como plebiscito e referendo, dependem exclusivamente de provocação do Congresso Nacional, o que inviabiliza a participação popular na decisão dos temas mais caros à sociedade. Tanto é assim que, nas últimas três décadas, em nível nacional, tivemos apenas um plebiscito, em 1993 (quando optamos pela atual forma e sistema de governo), e um referendo, em 2005 (sobre desarmamento).

.....
midiático, apoiado em seletivas operações policiais-judiciais que envolveram alguns de seus representantes.

⁷ <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/01/1954639-apesar-de-leve-queda-rejeicao-a-temer-ainda-e-de-70-segundo-datafolha.shtml>

⁸ <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2018/03/02/incluido-em-mais-um-inquerito-temer-nao-pode-ser-denunciado-neste-ano-por-jantar-entenda.htm>

⁹ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) XV – autorizar referendo e convocar plebiscito;” – Constituição Federal Brasileira de 1988.

Com isso, nega-se à população uma esfera institucional de debate público organizado, que fica restrito à anarquia das mídias sociais, recheadas de *fake news*, e cujos algoritmos dos aplicativos e provedores de internet permitem a formação de bolhas, aglutinadas por discursos hegemônicos e interesses comuns, prejudicando o consenso na adversidade e estimulando a intolerância e o ódio à diversidade de opiniões.

Ou seja, a única forma de controle social e exigência de prestação de contas/fidelidade dos mandatos que é concedida àquele que é o real detentor do poder soberano, o povo, fica-lhe relegada ao exercício do voto, nas eleições, a cada 4 (quatro) anos. Não é surpresa, portanto, o desinteresse e a aversão crescente – e perigosa – que o cidadão médio passa a sentir com relação à política e a toda a classe política.

Se considerarmos que o Brasil está classificado entre os países de maior concentração e menor democratização de mídia do mundo – cinco grupos familiares ou seus proprietários individuais concentram mais da metade dos veículos de comunicação, bem como figuram entre os mais ricos do país¹⁰ –, e diante da inexistência de uma esfera pública organizada de debate ou de uma cultura de participação popular na política, as informações e opiniões transmitidas por esses poderosos veículos de mídia podem ser manipuladas da forma que lhes convier, seja para destruir seja para salvar reputações, sendo absorvidas como se fossem verdades absolutas – de modo que opinião pública e publicada, no Brasil, são praticamente sinônimos.

Diante de tamanha crise institucional e do poder deletério da falta de democratização da mídia, haveria ainda a possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário, já que este tem como uma de suas principais missões a proteção da legalidade democrática e dos direitos fundamentais contra as ondas momentâneas de opinião, funcionando, portanto, como um órgão contramajoritário garantidor da estabilidade social e da própria Constituição Federal.

Entretanto, não se sabe se por temor da poderosa pressão da mídia antidemocrática, tendente a linchamentos públicos arrasadores, ou se por pura atração vaidosa aos holofotes, a postura assumida por representantes do Poder Judiciário, inclusive por ministros do Supremo Tribunal Federal, tem sido muitas vezes no sentido contrário.

Em uma conjuntura de profundo déficit democrático como a enfrentada atualmente, em que o Poder Legislativo se omite com relação aos temas de maior

.....
¹⁰ Veja os dados da organização Repórter Sem Fronteiras sobre o Brasil aqui <https://rsf.org/en/brazil> e aqui <http://brazil.mom-rsf.org/br/proprietarios/>

relevância social – muitas vezes de forma deliberada, por receio de um rebote eleitoral – e se distancia cada vez mais de suas bases, quem vem a ocupar esse vácuo é justamente o único poder que não goza de delegação do voto popular: o Poder Judiciário.

O ativismo judicial conservador, protagonizado por um poder burocrático composto em grande parte por uma elite privilegiada que ascendeu à base do sistema de justiça por meio de concursos públicos, cujos critérios de exigência são tão questionáveis¹¹ como o próprio ensino jurídico de base como um todo no país¹², e que hoje vem realizando uma verdadeira contrarrevolução jurídica¹³ na supressão dos direitos fundamentais, tem servido como a principal fonte de notícias e manchetes para a mídia de massa, que, em razão de sua concentração em restritos

.....
¹¹ Um estudo realizado em 2013 pela FGV-Direito Rio e pela Universidade Federal Fluminense apontou que os concursos públicos selecionam pessoas especializadas em fazer as provas, mas não avalia suas competências reais: <https://www.conjur.com.br/2013-fev-24/estudo-fgv-aponta-falhas-propoe-mudancas-concursos-publicos>.

Sobre a pesquisa, o professor Lenio Luiz Streck escreveu um artigo, publicado em sua coluna semanal, “Senso Incomum”, na Revista Eletrônica Consultor Jurídico, do qual extraio o seguinte trecho: “O que quero dizer é que, enquanto os livros mais vendidos e mais utilizados nas salas de aula forem os manuais simplificadoros (para dizer o menos) e compêndios quietais, não se pode esperar melhoras nos concursos públicos. A ligação é umbilical (na verdade, a crise do ensino e dos concursos são gêmeos xifópagos, para usar um personagem sempre presente nas salas de aula e nos concursos). Como venho repetindo: parcela considerável dos livros utilizados hoje nas salas de aulas das faculdades de direito e nos cursinhos de preparação para concursos deveria ter uma tarja como as das carteiras de cigarro, algo do tipo “o uso constante desse material faz mal à ciência jurídica e ao seu utente”, acompanhado de uma fotografia, na contracapa, de um aluno com cara de imbecil, dizendo “li e fiquei assim”...” (<https://www.conjur.com.br/2013-fev-28/senso-incomum-concursos-publicos-nao-perguntas-imbecis>)

¹² Há que se considerar ainda um movimento crítico que vem sendo encabeçado por eminentes juristas e acadêmicos contra a estruturação dos cursos de graduação em Direito de um modo geral, que priorizam o estudo de manuais técnicos e da jurisprudência nacional, em detrimento de uma análise profunda e crítica da ciência do direito, incluindo os aspectos hermenêuticos, sociológicos, filosóficos e de direito comparado que a fundamentam.

A lógica dos concursos públicos segue esse padrão de exigência autômato e limitado de pensamento, que se perpetua pela vitaliciedade ou estabilidade nos cargos públicos que compõem o sistema de justiça no país. Como no Brasil não há a exigência de uma experiência ou idade mínima razoável para o exercício das funções públicas de juiz, promotor ou delegado de polícia, por exemplo, não raro um cidadão poderá ter seu destino ou sua liberdade sob o poder de decisão de recém-formados, em seus vinte e poucos anos de idade, muito experientes na memorização de manuais, legislação e jurisprudência, mas completamente despreparados com relação a um sentido razoável de justiça, que só se adquire com a vivência e a prática jurídica e com o estudo complementar da ciência do Direito, que pode vir a ser adquirido na academia, ao longo de anos, para não falar décadas.

¹³ Santos, Boaventura de Sousa (2014), *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina.

conglomerados familiares, consegue ser bastante seletiva no direcionamento do discurso sensacionalista de propagação de ódio e na escolha de “inimigos públicos” que devem ser linchados publicamente.

Seja contra políticos ou empresários determinados, seja contra pautas de partidos de esquerda e de movimentos sociais, o que há em comum por trás desses movimentos é sempre a supressão de direitos e liberdades individuais como efeitos imediatos.

Desenvolveu-se uma simbiose por meio da qual o sistema de justiça alimenta a mídia e a mídia alimenta o sistema de justiça, em busca da formação de uma opinião pública cada vez mais voraz pelo espetáculo dos tribunais, em especial quando se tratam de ações penais, quando há a possibilidade de condenação e de punir.

A realização de sucessivas – e geralmente arbitrárias – operações policiais-judiciais-midiáticas, com conduções coercitivas ilegais, entrevistas e palestras dos magistrados sobre processos em que atuam, vazamentos de interceptações telefônicas, buscas e apreensões em escritórios de advocacia, uso de prisões provisórias como meios de obter delações premiadas, sempre com ostensiva e privilegiada cobertura da mídia, passaram a comandar as manchetes nacionais e transformaram simples operadores do Direito, outrora considerados mero burocratas, como Delegados de Polícia, Juízes, ou Promotores de Justiça, em celebridades, ou “super-heróis” na luta contra a corrupção, eleita pela mídia o principal mal do país.

Para completar esse cenário, há que se considerar o caráter cada vez mais político e voluntarista que se verifica na atuação do próprio Supremo Tribunal Federal, – aliás, pioneiro na transmissão ao vivo de julgamentos penais de grande repercussão midiática¹⁴ –, e que decorre do empoderamento exacerbado e da falta de limites na atuação de seus membros, em razão de falhas estruturais no desenho constitucional que o conformou: desde a sua forma de composição¹⁵, por indicação

.....
¹⁴ Aliás, a transmissão ao vivo, pelo Supremo Tribunal Federal, do julgamento da Ação Penal 470 (Mensalão), marca o primeiro processo judicial-penal-midiático a impulsionar a espetacularização dos tribunais, resultando na condenação de líderes importantes do Partido dos Trabalhadores (PT), sob forte cobertura e pressão punitivista dos meios de comunicação monopolizados, ainda durante o segundo mandato do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. <https://www.conjur.com.br/2013-nov-11/estante-legal-livro-analisa-influencia-midia-resultado-ap-470>

¹⁵ O Supremo Tribunal Federal é composto por 11 (onze) ministros, nomeados pelo presidente da República e empossados após uma sabatina meramente “pro forma” do Senado Federal. Os requisitos para ocupar esses cargos, que são vitalícios, são muito abertos: idade mínima de 35 (trinta e cinco) anos e notório saber jurídico – a Constituição não especifica o que seria esse notório saber jurídico e não há lei regulamentadora, de modo que qualquer cidadão formado em Direito, se apoiado por um Poder Executivo forte, poderá ascender a uma das posições mais poderosas do país.

do chefe do Poder Executivo, sem pré-requisitos técnico-jurídicos muito rígidos, o que se agrava pela garantia de vitaliciedade dos ministros nomeados; até a ampla variedade de matérias que passam pelo seu crivo, inclusive de natureza penal, e que não se submetem a um real controle externo, já que o Conselho Nacional de Justiça é composto, em sua maioria, por membros do próprio Poder Judiciário, e não há previsão constitucional de recall ou revogação popular seja das decisões do tribunal, seja dos cargos dos próprios ministros.

Dessa forma, a influência da cobertura midiática sobre as decisões dos tribunais já começa de cima para baixo, a partir do próprio Supremo Tribunal Federal, e tem como objetivo inculcar na opinião pública a ideia de um “inimigo público” da ocasião que deve ser combatido – sob o pretexto de combater o “inimigo”, recebe-se uma aprovação popular para a flexibilização de direitos fundamentais e para atuações arbitrárias por parte do Estado.

Essa técnica de eleição de um “inimigo” para justificar medidas de exceção e suspensão de direitos fundamentais foi muito utilizada pelos regimes nazista e fascistas, sob a doutrina do jurista alemão Carl Schmitt: o povo, dentro da falibilidade da natureza humana, contaminado pelo perverso prazer de punir, vai renunciando paulatinamente às suas próprias liberdades individuais, sem se aperceber que “o outro”, “o inimigo”, é apenas um instrumento para justificar o arbítrio que se voltará contra todos, no final.

No Brasil atual, o principal adversário das correlações de forças econômicas que estão por trás da mídia monopolizada é o Partido dos Trabalhadores (PT), maior partido de esquerda do Brasil, liderado pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Nesse sentido, o acelerado julgamento do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, excepcionalmente transmitido ao vivo¹⁶, e com direito a todos os tipos de pressões midiáticas possíveis, serviu principalmente como um instrumento para a tentativa de inviabilização de sua candidatura à presidência do país, posto que, pela análise de alguns, sua condenação em segunda instância poderia aí enquadrá-lo na inconstitucional “Lei da Ficha Limpa¹⁷” “e eventualmente abrir uma alternativa para impedir sua participação – e vitória – nas Eleições Gerais de 2018”.

.....
¹⁶ https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=13413

¹⁷ Aliás, o Supremo Tribunal Federal violou pela primeira vez a garantia constitucional da presunção de inocência, quando, sob forte pressão da opinião pública, declarou a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, que acrescia ao rol de hipóteses de inelegibilidades aqueles candidatos que contassem com qualquer condenação em segunda instância, mesmo que ainda houvesse recursos pendentes.

Após seu partido vencer quatro eleições presidenciais consecutivas e dominando largamente todas as pesquisas eleitorais de intenções de voto, mesmo contando com uma injusta condenação criminal em primeira instância na espetacularizada operação Lava Jato, o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva transformou-se no maior óbice ao projeto de poder das correlações de forças neoliberais que, assim como não conseguiram vencer as eleições em 2014, vilipendiando a vontade popular através do *impeachment* em 2016, não conseguiriam vencer democraticamente o pleito eleitoral de 2018 em um cenário que contasse com a candidatura do ex-presidente Lula.

Assim é que a politização do Poder Judiciário¹⁸ vem sendo utilizada, em sua relação promíscua com o “quarto poder” que se tornou a mídia de massa, como um eficaz instrumento para usurpação democrática de direitos que pertencem não somente às pessoas que se submetem ao seu julgamento, mas a toda a população.

Afinal, quando se derroga a garantia constitucional da presunção de inocência, quando se viola prerrogativas dos advogados, quando se nega à população sua liberdade de escolher em quem votar, quando se fatia leis aprovadas pelo Legislativo, ou pior, se legisla sem seu lugar, quem sai perdendo? São as partes do processo ou o povo que está ali, distraído, no seu prazer de odiar e punir?

Se na Alemanha nazista o inimigo era o povo judeu, se na ditadura militar brasileira de 1964 o inimigo eram os comunistas, no Brasil de 2018 o inimigo é mais do que Lula ou o Partido dos Trabalhadores (PT), mas já são todos os partidos de esquerda e, em um futuro muito próximo, poderá vir a ser toda a classe política brasileira, sem distinção, pelo óbice que representam à liberdade do Poder Judiciário de permanecer instrumentalizando esse Estado de Exceção permanente em que vivemos.

O agente de exceção agora já não é o Poder Executivo, não há mais a possibilidade de um golpe de Estado tradicional, como aconteceu no passado: a ditadura da

.....
¹⁸ Se de início se pensava que apenas um juiz federal de primeira instância poderia estar agindo com abuso de autoridade e desviando de suas funções pelo canto punitivista da opinião pública (da), hoje percebe-se que esse fenômeno já contamina os tribunais, a exemplo da decisão politicamente contaminada do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que não tinha qualquer elemento probatório para confirmar a condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que não as convicções íntimas do juiz Sérgio Moro. Esses julgamentos de exceção, que punem pelo sabor da opinião pública, têm como espelho o próprio Supremo Tribunal Federal, cada vez mais ativista e usurpador das funções legislativas, inclusive na supressão de liberdades individuais, respaldado em motivações populistas, ou discursos moralistas e de anticorrupção, que em muito se distanciam da legalidade democrática ou do conteúdo probatório disponível nos autos do processo – ou, ainda, de suas próprias funções.

toga se viabiliza através do esvaziamento e do acovardamento dos demais poderes legitimamente eleitos e mandatários da vontade popular.

E, sob esse aspecto, há sinais de que o Poder Judiciário vai encampar a inviabilização da candidatura do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva para as Eleições Gerais de 2018, a despeito das pesquisas de intenções de voto que o colocam como favorito em todos os cenários, mesmo depois de preso, e apesar da traumática e recente violação da vontade popular no episódio do *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff, o que poderá agravar ainda mais a instabilidade democrática no país.

Caso isso aconteça, a reação popular, para não se falar ainda em revolução, poderá começar: (i) pela eleição de representantes comprometidos com a democracia e que não se acovardem na tarefa de elaborar e votar as reformas estruturais necessárias ao reequilíbrio entre os poderes estatais, como a democratização da mídia, a reforma política, a reforma tributária e a reforma do Judiciário; e (ii) pelo exercício legítimo do direito de resistência ou desobediência diante de medidas supressoras às liberdades individuais e aos direitos fundamentais tão arduamente conquistados pelo Constituinte de 1988.

Enquanto as mudanças não acontecem, resta sempre a certeza de que, tal como havia juízes em Berlin, há juízes por todo o Brasil que ainda honram o compromisso da magistratura de agir com imparcialidade, impessoalidade e discrição na defesa da legalidade democrática, em uma verdadeira resistência contramajoritária às pressões internas e externas que sofrem diariamente. Fugindo do populismo judicial, são esses “heróis” anônimos que o povo brasileiro deve começar a respeitar – e não reverenciar, ressalte-se.

A CONDENAÇÃO DE LULA E A AFRONTA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Larissa Ramina¹

Tatyana Scheila Friedrich²

O princípio do devido processo legal nasceu na Inglaterra, em 15 de junho de 1215, com a Magna Carta das Liberdades. O documento surgiu quando o então Rei João Sem Terra, pressionado pela nobreza acabou aceitando aquela declaração de direitos, que tinha a intenção de enfraquecer o autoritarismo monárquico que prevalecia na Inglaterra do século XIII.

A Magna Carta das Liberdades estabeleceu direitos individuais que o Estado não poderia violar, como forma de restringir o autoritarismo do governo inglês. João Sem Terra seguramente assinou o documento por pressão e não por intenção de garantir direitos aos indivíduos, e os maiores beneficiados foram a nobreza e o clero. Entretanto, a partir deste fato histórico, o princípio repercutiu como parâmetro para as Constituições modernas, e significou a suprema garantia das liberdades fundamentais do indivíduo e da coletividade em face do Poder Público, que serviu como embrião dos princípios da “conformidade com as leis”, do “juiz natural”, da “legalidade tributária” e o próprio instituto do “*Habeas Corpus*”.

Inicialmente, o princípio foi conhecido *comon law of land*, – Lei da terra – tendo uma inspiração jusnaturalista que influenciava as instituições jurídicas inglesas. Significava que os direitos naturais elencados na Magna Carta somente poderiam sofrer a intervenção estatal por procedimentos aceitos pela sociedade conforme a lei da terra, ou seja, conforme o que se entendia por direito na *commom law*, que tinha sua força nos precedentes judiciais. Muito embora a Magna Carta não tivesse utilizado a expressão *due process of law*, sabe-se que esta logo sucedeu, como sinônima, a expressão *law of the land*.

.....
¹ Professora Doutora de Direito Internacional Público da UFPR.

² Professora Doutora de Direito Internacional Público da UFPR.

Como na Inglaterra o direito não tem sua base em legislações, mas sim na *common law*, desta forma o devido processo legal era analisado no caso concreto que tinha sua própria solução razoável conforme as circunstâncias apresentadas.

O direito inglês influenciou o direito estadunidense do norte, primeiro as Colônias e depois a Federação por meio da Constituição norte-americana e sua Carta de Direitos – *Bill of Rights*. O princípio do devido processo legal teve um desenvolvimento diferente nos Estados Unidos, especialmente por causa do papel da Suprema Corte norte-americana.

O devido processo legal também está no coração do Direito brasileiro desde o seu início. A Constituição do Império, de 1824, embora não o previsse de forma expressa, trazia um embrião do princípio em seu art. 179, inciso II: “Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base liberdade, segurança individual, e propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: Nenhum Cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei; Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade pública”.

Embora o princípio do devido processo legal se encontre no sistema processual brasileiro há muito tempo, a Constituição brasileira de 1988 foi a primeira que o trouxe de maneira expressa no inciso LIV do art. 5º: “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: LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Há quem diga que o princípio do devido processo legal é a própria essência do processo legítimo, justo, equilibrado, legal, conduzido por julgador imparcial. Por conseguinte, quaisquer irregularidades que ameaçam a condução do processo violam o princípio do devido processo. Trata-se de uma garantia processual que tem como escopo assegurar a regularidade do processo. É justo pensar que essas irregularidades podem ser muito mais graves quando atingem o processo penal.

Além de estar prevista expressamente no artigo 5º, LIV, a idéia de devido processo legal encontra-se em vários outros artigos, como aqueles que prevêm a ampla defesa, o contraditório, a proibição de prisão ilegal e o próprio princípio da legalidade. Mais que isso, pode-se dizer que a garantia ao devido processo legal fundamenta outros princípios constitucionais e em razão de sua extensão e magnitude quase que se confunde, em sua essência, com o próprio Estado Democrático de Direito. E este deve ter como fundamento maior a dignidade da pessoa humana.

O fundamento da dignidade da pessoa humana, porém, e o amplo rol de direitos fundamentais não se limitam à previsão constitucional. Direito Internacional e Direito Constitucional, em sintonia, atuam como instrumentos para a exteriorização do elenco de direitos, garantias e deveres que devem ser respeitados para se realizar a concreta efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Tanto o Direito Constitucional quanto o Direito Internacional sempre se preocuparam com o respeito aos Direitos Humanos. Todo o corpo jurídico que forma hoje o Direito Internacional dos Direitos Humanos teve inspiração em modelos constitucionais que lhes eram anteriores, tal como ocorre com o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, para exemplificar. Com o desenvolvimento da proteção internacional e regional de tais direitos, atualmente verifica-se a influência do Direito Internacional sobre as Constituições locais que surgem em conformidade, ou vão se adaptando, às novas regulamentações e exigências internacionais. Uma relação dialética em prol dos direitos mais essenciais do ser humano.

No caso do devido processo legal, ele está previsto em inúmeros textos internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigos 9, 10 e 11), a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos (art. 8), o Pacto dos Direitos Civis e Políticos (art. 14), e as quatro Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário (art. 3 comum às quatro Convenções), dentre outros.

O procedimento policial e o posterior processo judicial que culminou com a prisão do ex-presidente Lula desrespeitou, nas suas diversas etapas, o devido processo legal em todas as suas dimensões.

A velocidade da condenação final é a primeira constatação dessa violação. O que poderia ser considerado como a representação da razoável duração do processo é imediatamente desconstruído quando comparado com os demais processos penais em espécie na justiça penal federal do Brasil. As decisões envolvendo esse caso foram comprovadamente muito mais rápidas que outras proferidas pelos mesmos envolvidos no processo de investigação e de decisão. Levantamento feito pela GauchaZH³ demonstra detalhadamente essa diferenciação, sobretudo na decisão dos desembargadores que julgaram a apelação no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em Porto Alegre, mostrando como houve aceleração do processo com vistas a condenar o ex-Presidente Lula.

.....
³ <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/eleicoes/noticia/2017/12/tempo-medio-de-apelacoes-no-trf4-indica-julgamento-de-lula-em-marco-cjastq0wy078401mky3mteww8.html>

A imparcialidade dos desembargadores do TRF também não foi garantida, como demonstra a seguinte declaração: “Desde minhas primeiras aulas no curso de mestrado encontrei no colega Sérgio Moro, também juiz federal, um amigo. Homem culto e perspicaz, emprestou sua inteligência aos mais importantes debates travados em sala de aula. Nossa afinidade e amizade só fizeram crescer nesse período” (...). Trata-se de elogio feito expressamente na página de agradecimentos do livro “A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais”, lançado em 2008 e escrito por Gebran Neto, um dos desembargadores que julgou a apelação de Lula. A amizade do desembargador com o juiz de primeiro grau que julgou originariamente o caso deveria gerar a suspeição do desembargador, nos termos do artigo 254 do Código de Processo Penal, gerando a nulidade do processo, conforme o artigo 564 do mesmo código⁴.

No tocante à capacidade subjetiva do julgador, em concreto, também denominada especial (em paralelo à capacidade em abstrato, que é funcional e diz respeito ao preenchimento dos requisitos objetivos previstos em lei para a ocupação do cargo), ela significa justamente a necessidade da imparcialidade, que se apresenta pela ausência de impedimento ou suspeição do juiz. Assim, o estabelecimento no Código de Processo Penal das causas de suspeição e impedimento do julgador se destina justamente para garantir essa imparcialidade, que não existe quando há amizade íntima. E esse fator é ainda mais relevante no caso concreto, em que o juiz Sérgio Moro, ainda em primeiro grau, manifestou-se várias vezes particularmente contra o réu Lula, o que se verificou tanto nas gravações das audiências e nas suas decisões quanto em suas aparições públicas com inimigos políticos de Lula, além das manifestações ocorridas em suas frequentes incursões midiáticas, no Brasil e no exterior. A manutenção de Gebran Neto no processo, mesmo com toda essa relação com o juiz da primeira instância, demonstra uma grave violação da imparcialidade do juiz, causando, em consequência, prejuízo para a ampla defesa, que são princípios intrínsecos ao devido processo legal.

Não bastassem essas irregularidades, há ainda o fato de que se violou o princípio do devido processo legal ao condenar Lula sem a presença de provas fáticas, mas com base na “convicção” do juiz. O juiz Sérgio Moro entendeu que o apartamento foi entregue ao ex-Presidente como pagamento de favores à construtora OAS, dona do empreendimento. Entretanto, o apartamento não está nem nunca esteve no nome de Lula, tampouco ele usufruiu o bem. Ademais, não houve comprovação

.....
⁴ Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I – se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: I – por incompetência, suspeição ou suborno do juiz.

acerca de qual teria sido a vantagem obtida pela construtora em troca do suborno. Em declaração feita em um congresso de juristas em São Paulo em agosto (a sentença é de 12 de julho), Sérgio Moro justificou a condenação do ex-Presidente da seguinte forma: “Tenho a seguinte crença: assim como não existe almoço grátis, não há propina grátis. Sempre se espera alguma coisa em troca”.

Em razão das irregularidades expostas e de muitas outras não abordadas neste texto, grande parte dos juristas brasileiros, das mais variadas áreas, entende que todo o processo está viciado de nulidade, e que a sentença que dele resulta também é nula.

Analisando todo o contexto político brasileiro desde as últimas eleições presidenciais no país, que levou a Presidenta Dilma à reeleição, e ao inconformismo do então candidato derrotado Aécio Neves e de todos os setores representados por ele, parece que se instalou no Brasil um processo de golpe parlamentar. Esse processo levou a um *impeachment* não fundamentado da Presidenta Dilma, à instalação de um governo ilegítimo que está implantando o programa neoliberal que foi derrotado nas urnas, à alienação criminosa dos recursos naturais brasileiros, ao uso do *lawfare* (uso do direito para perseguição política) para condenar o ex-Presidente Lula, que visa culminar com sua retirada do processo eleitoral. Uma das características do golpe em andamento é o fato de estar travestido de uma roupagem de legalidade, para fins de manipulação da população e da opinião pública internacional. O comprometimento da imprensa brasileira com o processo golpista, atuando como partido político, é um ingrediente salutar.

Não restam dúvidas, portanto, de que o princípio do devido processo legal, previsto no Direito brasileiro e no Direito Internacional, foi frontalmente violado e que todo o processo que gerou a sentença condenatória de Lula está viciada de nulidade.

PARA QUE PROVA, SE EU TENHO CONVICÇÃO?

Leonardo Isaac Yarochevsky¹

Quando do julgamento do ex-ministro Chefe da Casa Civil José Dirceu de Oliveira e Silva pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), chamou a atenção o aumento despropositado e absurdo da pena de prisão de 20 anos e dez meses – fixada pelo juiz Federal Sérgio Moro – para 30 anos, nove meses e dez dias de reclusão. O fundamento apresentado pelo desembargador relator João Paulo Gebran Neto, também não passou despercebido. Além de fixar a descomunal pena de 41 anos para José Dirceu, referindo-se ao crime de corrupção, reconheceu e sustentou que: “Embora nesses casos dificilmente haja provas das vantagens indevidas, adoto a teoria do exame das provas acima de dúvida razoável”.

De igual modo, para justificar a falta de provas em processo contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o procurador da República Deltan Dallagnol e seus asseclas disseram que os crimes perpetrados pelo ex-presidente Lula e demais acusados são de difícil prova, porém afirmam que isso não é apenas fruto do acaso, mas sim da profissionalização de suas práticas e de cuidados deliberadamente empregados pelos réus.

No Acórdão a 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, (Apelação Criminal Nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR) – em processo de relatoria do desembargador João Paulo Gebran Neto, que negou provimento a apelação do ex-presidente Lula – ficou assentado que: 20. ‘A presunção de inocência, princípio cardinal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a melhor formulação é o ‘*standard*’ anglo-saxônico – a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável –, consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal

.....
¹ Advogado e Doutor em Ciências Penais pela UFMG.

Penal Internacional', consoante precedente do STF, na AP 521, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 05.02.2015.

No julgamento da Apelação Criminal Nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, prevaleceu na 8ª Turma do TRF-4, o princípio anglo-americano que aceita como critério para a condenação do réu a existência de “prova acima de qualquer dúvida razoável” (*beyond a reasonable doubt*). Princípio abraçado pelo juiz Federal Sérgio Moro – que o defende em seus livros e o cita expressamente na sentença recorrida – e por procuradores da República como Deltan Dallagnol, o critério se contrapõe a princípios adotados pela Constituição de 1988 – como o da presunção da inocência e o *in dubio pro réu*.

Em seu opúsculo sobre “as lógicas das provas no processo” o procurador da República que ficou nacionalmente conhecido à custa de suas exposições, inclusive em templos religiosos, justifica a “atenuação da rigidez da valoração da prova” quando, segundo o autor, tratar-se de crime “cuja prova é difícil”. Em nome da “dificuldade probatória em crimes complexos”, Deltan Martinazzo Dallagnol² propõe na esteira de Sérgio Moro, a “criação de regras probatórias compatíveis com as dificuldades”, ou seja, “maior elasticidade na valoração probatória”.

O que o procurador da República propõe, na verdade, é uma relativização da prova ou uma inversão dos princípios limitadores do poder punitivista estatal. Os idealizadores da absurda proposta atropelam o sagrado princípio de que se não há prova suficiente para condenação deve o acusado ser absolvido, princípio que se revela no conhecido aforismo jurídico: “*in dubio pro reo*”, corolário do princípio da presunção de inocência.

Ao analisar o “problema dos *standards* probatórios”, Gustavo Henrique Badaró explica que: “A razão de se exigir no processo penal um *standard* probatório mais elevado que no processo civil é de natureza política, e não simplesmente técnica. No processo penal, em razão da presunção de inocência, do ponto de vista probatório há um desequilíbrio estrutural entre as posições do acusado, a quem não incumbe nenhum ônus, e o acusador, sobre quem recai toda a carga probatória. Contudo, além de atribuir toda a carga da prova para a acusação, também se adota um *standard* de prova bastante elevado, tornando o convencimento judicial dos fatos que favoreçam a acusação particularmente difícil”.³

.....
² DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

³ . BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 436.

Pelo visto, notadamente, em relação à teratológica decisão que condenou José Dirceu, o procurador da República da “Lava Jato” tem feito escola e o que antes era inadmissível – condenação sem prova – hoje é admitido em nome da “dificuldade probatória”.

Sombrio os tempos em que a prova – certeza da autoria e da materialidade do crime – é desprezada em nome do eficientismo e da lógica perversa de que “os fins justificam os meios”.

Os magistrados precisam compreender, na esteira de Geraldo Prado, que “as garantias do processo penal são, relativamente às liberdades públicas afetadas pela persecução penal, garantias materiais dos direitos fundamentais”.⁴ Mais adiante, o sempre lúcido processualista, afirma que: “O processo penal, pois, não deve traduzir mera cerimônia protocolar, um simples ritual que antecede a imposição do castigo previamente definido pelas forças políticas, incluindo-se nesta categoria os integrantes do Poder Judiciário”.⁵

Em sua instigante obra “Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos” Alexandre Morais da Rosa acentua que: “A história do constitucionalismo é a progressiva ampliação da esfera pública de direitos, de conquistas e rupturas”. Assim sendo, em uma concepção garantista, a Constituição “deixa de ser meramente normativa (formal), buscando resgatar o seu próprio conteúdo formador, indicativo do modelo de sociedade que se pretende e cujas linhas as práticas jurídicas não podem se afastar, inclusive no âmbito do direito e do processo penal.”⁶

Michele Taruffo salienta que “a principal função da prova é oferecer ao julgador informação confiável acerca da verdade dos fatos em litígio”. Mais adiante, observa que “a valoração das provas tem por objeto estabelecer a conexão final entre os meios de prova apresentados e a veracidade ou falsidade dos enunciados relativos aos fatos em litígio”.⁷

Segundo magistério de Geraldo Prado, “Provar é atividade de sujeito. Prova-se um fato que tem determinada qualidade, mas se prova por intermédio da atividade dos sujeitos e as Constituições hoje não podem ficar limitadas em sua interpretação, quando se cuida da proibição de provas por meios ilícitos. Também deverão dirigir a atenção à questão a respeito de quem foi o sujeito produtor da prova e o que

.....
⁴ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

⁵ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistemas de controles epistêmicos...* ob. cit.

⁶ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

⁷ TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ocorre quando um sujeito que não poderia produzir atividade probatória a produz, fazendo valer o sistema da ineficácia dos atos jurídicos.”⁸

A condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva por um juiz incompetente e suspeito conforme já demonstrado alhures, passa à margem da prova.

No famigerado processo do “Triplex do Guarujá” em que o ex-presidente Lula foi condenado pelo juiz de piso a pena de 09 anos e 06 meses de prisão e multa – posteriormente elevada pelo TRF-4 – a acusação a cargo do MPF (Ministério Público Federal) não demonstrou e nem fez prova de que o “apartamento 164-A, triplex, no Condomínio Solaris, no Guarujá” pertenceu, pertence ou pertencerá algum dia ao Ex-presidente Lula ou a qualquer membro de sua família. De igual modo, os falastrões procuradores da República não provaram – pois seria impossível – que o ex-presidente Lula teria recebido qualquer valor ou bem a título de propina ou qualquer vantagem indevida.

Ainda que em hipótese totalmente absurda – *ad argumentandum tantum* – de que o referido “Triplex do Guarujá” tivesse registrado em nome do ex-presidente Lula, ainda assim, nesta suposição disparatada, caberia a acusação demonstrar que o afamado apartamento do Condomínio Solaris teria sido prometido ou entregue ao ex-presidente Lula a título de propina ou de qualquer vantagem indevida. A acusação com todo malabarismo jamais conseguiria provar o improvável e o que, definitivamente, não ocorreu.

Neste diapasão, asseveram Weida Zancaner e Celso Antônio Bandeira de Mello que: “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 a 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 poder irrogá-la a outrem simplesmente por um desejo do acusador, no caso o magistrado”⁹

.....
⁸ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 155.

⁹ ZANCANER, Weida e BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Condenação por imóvel: sem posse e sem domínio. In Comentários a uma sentença anunciada: O processo Lula*. Carol Proner et al. (orgs.). Bauru: Canal 6, 2017, p. 524-527.

De igual modo, afirmam que “também não se provou e nem ao menos se afa- digou em comprovar que dita propriedade seria fruto de uma propina por facilitar um negócio com a Petrobras”.¹⁰

Não é de mais advertir que “no processo penal condenatório, o ônus da pro- va é todo da acusação”,¹¹ notadamente, em razão do constitucional princípio da presunção de inocência. Do mesmo modo, o acusado não possui a obrigação de produzir qualquer prova no processo, conferindo o ônus probatório exclusivamente à acusação, na ausência de prova, a absolvição se impõe.¹²

Em detida análise a sentença condenatória prolatada pelo juiz de piso, Fábio Tofic Simantob destaca que: “O método interpretativo da sentença não é baseado em prova, o que fica claro quando diz no item 850 que como o ex-Presidente não forneceu nenhuma explicação hábil para a reforma, então se conclui que é propi- na, revelando que, no frígir dos ovos, opera com presunções que, de mais a mais, acabam por gerar uma das mais odiosas arbitrariedades que um julgamento penal pode cometer, a inversão do ônus da prova, relegando à defesa o papel de provar a inocência, e retirando da acusação o ônus de provar a culpa”.¹³

Ao final, Tofic Simantob conclui que: “Nenhuma prova é citada no sentido de que Lula tenha aceito promessa de vantagem enquanto era Presidente da República. E ato ilegal algum lhe é atribuído, a não ser ato de nomear diretores para a Petro- bras sem demonstração de conhecimento ou ciência dos mal feitos praticados por eles, e muito menos de algum ato, gesto ou conduta praticado pelo ex-Presidente no sentido de favorecer ilegalmente alguma empresa.”¹⁴

A decisão que condenou o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva é coberta por ilegalidade, trata-se de decisão carecedora de prova – despreza todas as pro- vas apresentadas pela defesa – e se baseia exclusivamente em palavras levianas e suspeitas de corrêus, bem como nas “convicções” do MPF e do juiz de piso. A condenação do ex-presidente Lula, confirmada pela TRF-4, que, ainda, exacerbou

.....
¹⁰ Idem, ibidem.

¹¹ Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/leitura/o-onus-processual-nao-cria-um-dever-para-as-partes-no-processo-penal-as-partes-nao-podem-ser-obrigadas-a-provar-nada-por-afranio-silvajardim>>

¹² WEDY, Miguel Tedesco e LINHARES, Raul Marques. O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 24. v. 119, mar-abril de 2016.

¹³ Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI272512,11049Como+o+reu+e+culpado+nao+e+preciso+provar+a+culpa>>

¹⁴ Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI272512,11049Como+o+reu+e+culpado+nao+e+preciso+provar+a+culpa>>

desmedidamente a pena, tem como escopo aniquilar o “inimigo político” e satisfazer a opinião pública (da) que goza diante do espetáculo midiático.

Referindo-se ao Estado Pós-democrático Rubens Casara observa que: “O distanciamento do valor “verdade”, que nunca era seguramente alcançado por meio da reconstrução histórica que se dava no procedimento penal, mas que servia de norte de atuação desde que respeitados os limites éticos à busca da verdade, desapareceu, e com a preocupação com a verdade esses mesmos limites éticos. O universo do espetáculo é o da ilusão, da aparência de acontecimento capaz de gerar sensações extraordinárias e hiperbólicas”.¹⁵

Na concepção do processo penal democrático e constitucional, a liberdade do acusado, o respeito a sua dignidade, os direitos e garantias fundamentais são valores que se colocam acima de qualquer interesse ou pretensão punitiva estatal. Em hipótese alguma, pode o acusado ser tratado como “coisa”, “instrumento” ou “meio”. De tal modo, não se pode perder de vista a formulação kantiana de que o homem é um fim em si mesmo.

Julgadores de piso ou do Supremo Tribunal Federal precisam entender – se é que não compreendem – que o processo penal é manifestação de poder com estreita relação com a ideologia dominante de cada país. Logo, em países autoritários e fascistas prevalecerá um sistema processual autoritário caracterizado por cerceamento de direitos e inexistência de garantias. Ao contrário, nos sistemas democráticos (democracia material) os direitos e garantias fundamentais assumem status de princípios, independente de estarem ou não expressados na Constituição.

Por tudo, é imperioso ressaltar que somente o sistema acusatório – que privilegia o devido processo legal; a imparcialidade do juiz; a separação entre julgar e acusar; a igualdade entre as partes; o tratamento digno dado ao acusado como pessoa; a publicidade; o contraditório e a ampla defesa – é que tem guarida no processo penal democrático e, conseqüentemente, no Estado democrático de direito.

.....
¹⁵ CASARA, Rubens R. R. *Estado democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 162-163.

O TEMPO, O SENSO E A JUSTIÇA

*Marcelo Nobre*¹

O humano senso de justiça

Desde quando os registros da presença humana na terra começaram a ser feitos, destaca-se tanto a notícia de uma organização básica da vida compartilhada, como um conjunto de regras e normas, em dados que evidenciam a racionalidade humana.

De fato, os rudimentos da filosofia antiga, que chegam aos nossos dias pelos relatos da história, dão conta de uma trajetória em que foram se aprimorando os comandos normativos, na medida em que a civilização foi se sedimentando e os costumes “bárbaros” deram lugar a formas mais justas e civilizadas de solução dos naturais conflitos humanos.

Os delitos, aqui em sentido lato, naturalmente acompanharam a história da humanidade, definindo-se pelos valores prevalentes em dados momentos e lugares.

O que sabemos é que determinadas formas de castigo, por exemplo, foram abandonadas aos poucos, em favor de penas menos degradantes e cruéis; o ser humano cresceu em compreensão sobre os limites do que se pode infligir de pena a outro ser humano.

Com um simples correr de olhos na história, podemos recordar – não apenas para exemplificar, mas porque não devemos esquecer – dos tempos em que castigos físicos severos eram impingidos aos povos negros que escravizamos.

Os sistemas de justiça acompanharam os tempos, mas, no Brasil, o sistema penal brasileiro constituiu-se sobre um modelo que, conforme analisaremos mais adiante, ainda nos dias atuais permanece sem grandes modificações.

.....
¹ Advogado. Foi membro do Conselho Nacional de Justiça – CNJ por dois mandatos (2008/2012).

Os julgamentos e condenações continuam pautados no mesmo modelo que já não parece atender adequadamente às exigências de uma sociedade que não mantém fronteiras tão densas e fixas como ocorria na década de 1940, quando os códigos Penal e de Processo Penal foram concebidos, embora tenham sido atualizados em pontos específicos no decorrer dos anos, em razão de algum clamor público do momento.

O fato é que se espera, em geral, que um sistema de justiça possa imprimir sentido e valores à vida de um povo; possa constituir um modelo de virtude desenhado pelo Estado e inspirador da conduta humana.

Somos seres de costume e, à exceção de algum alvoroço causado por um pouco de rebeldia, estamos sempre buscando a estabilidade de um paradigma, porque não é próprio do espírito humano encontrar conforto enquanto fica à deriva.

O momento grave que vivemos remete justamente à ausência de fé que experimentamos no sistema vigente que, aplicado, não tem sido efetivo para pacificar conflitos.

Podemos refletir sobre alguns aspectos que são capazes de influenciar os parâmetros atuais e que podem ser um caminho para trilhar pelas reformas necessárias.

Tomamos aqui em consideração, para analisar os julgamentos e condenações que recentemente tiveram curso no país, mais especificamente o julgamento do ex-presidente Lula, a influência da opinião pública, um sentido de urgência que tomou conta dos nossos dias, as métricas que temos usado para definir eficácia e eficiência da justiça e o modelo processual em que um mesmo magistrado que instrui o processo é o que julga.

A justiça da opinião pública

“Todos têm direito as suas próprias opiniões, mas
não aos seus próprios fatos”

Senador Americano Daniel Patrick Moynihan

Entre os pontos mais debatidos nas manifestações que se encontram nas redes sociais está a força e o poder da opinião pública.

Como o próprio nome diz, trata-se de “opinião” ou, do grego, “doxa”, que significa uma ideia ainda pouco definida sobre algo, uma conjectura, uma reflexão ainda não concluída, generalizada e baseada, naturalmente, na estrutura de conhecimentos e valores de uma determinada comunidade.

Bem por isso, triste e pobre é a justiça que mais considera a opinião pública do que os ditames da razão construídos ao longo dos séculos.

A opinião pública, porque ainda não está inteiramente sedimentada em um juízo, é volúvel e pode estar amparada exclusivamente no instável sentimento das emoções.

Nada pode ser mais mutável que a opinião pública que já passou, por exemplo, da condenação absoluta do militarismo no Brasil em um dia para a defesa da ideia de o exército tomar conta das ruas, quando grassaram pelo país as manifestações populares nas últimas crises sociais e políticas que vivenciamos.

A opinião muda de lugar e muda de pensamento, porque não está formada, não é consistente, não tem raízes profundas.

Já houve muito debate sobre o boato. E o boato pode ser a emissão de uma notícia nascida da simples opinião do seu autor sobre determinado fato, como pode ser um fato inverídico e maléfico, lançado com o objetivo de causar uma determinada reação.

São tempos difíceis porque as notícias, tanto as verdadeiras como as falsas e tendenciosas, podem alcançar a grande massa e converter milhares de pessoas a uma causa falsa ou deturpada.

Não é preciso dizer que a justiça não pode se filiar à boataria, nem pode formar seu juízo sobre uma causa com base no que se debate nas mídias sociais. Seria um poço sem fundo de injustiças, se por ela se guiassem os magistrados.

Um outro problema é que a opinião pública, não raro, cria verdades únicas sobre os fatos, deixando de atentar para os dois lados de uma questão, regra de ouro da justiça. A verdade única, preconceituosa e deformada pela unilateralidade, já causou e ainda causa grandes conflitos, com terríveis consequências para a humanidade.

Foi a verdade única que forjou a ideia de que uma raça era superior as outras; também foi a verdade única que carimbou os negros e os índios e, por certo tempo, até as mulheres, como seres inferiores; é uma verdade única que opõe os povos no mundo inteiro e ainda origina guerras e conflitos internacionais, inter-raciais e religiosos, provocando grandes e irreparáveis injustiças.

Apesar do Brasil ser visto internacionalmente como uma nação pacífica, internamente enfrentamos diversas guerras e a única balança equilibrada é a da justiça, que assim deve se manter, acima de qualquer campanha que as mídias sociais e os meios de comunicação se proponham a realizar.

A urgência dos nossos tempos

“Tempo não é dinheiro. Tempo é o tecido da nossa vida”.

Antonio Candido

Outro ponto fundamental ao pensarmos no julgamento do ex-presidente Lula é o tempo. Das análises sobre a decisão judicial se extrai uma perplexidade sobre

o tempo recorde em que se concluiu o processo no TRF 4, deixando processos mais antigos para trás.

É de se considerar que a máxima do capitalismo de que tempo é dinheiro, incorporou-se definitivamente no espírito do nosso tempo. É comum ver o sentido de urgência das pessoas, com inúmeras atividades no seu cotidiano, fazendo com que todas assumam o status de urgentes. Acordar, trabalhar, encontrar, responder as mensagens, ler as notícias: tudo urgente.

O Direito, que se realiza nas condutas cotidianas, não escapa a este sério distúrbio, sendo a morosidade da justiça tida como a mais grave crítica ao Poder Judiciário nas pesquisas realizadas entre a população.

São urgentes as causas, há emergência em tudo. E a população espera que tudo seja resolvido rapidamente, porque assim ocorre nas demais áreas da vida.

Curvado sob o peso da decisão imediata das demandas, das querelas, dos conflitos, dos impasses, o Poder Judiciário nem sempre consegue olhar adequadamente a celeuma, livre da opressão do tempo.

Mas o que é o processo célere, afinal? O processo precisa ser julgado com a celeridade justa, a celeridade da justiça e não a celeridade das estatísticas para dar satisfação à sociedade. Existem processos repetitivos em que uma mesma decisão soluciona inúmeros casos idênticos, mas outros, ao contrário, não permitem uma mesma decisão e, muito menos, sem uma perfeita instrução processual. A justiça deve estar acima da opressão, mesmo que seja a opressão do tempo. Porque o tecido da vida é o tempo, afinal.

Apesar de desejar respostas rápidas, que atendam às suas urgências, o ser humano mais necessita é de justiça e, de justiça real, palpável, expressada em decisão inteligível.

Não pode o povo acolher decisões que não consegue entender. A aceitação deve nascer da compreensão e da soberana admissão da conclusão a que a justiça chegou. Ou inventamos uma nova forma de impor decisões que não se sustentam em seus fundamentos.

E seria justo o resultado de um processo que “passa na frente” de outros tantos, já maduros para serem solucionados? Isto atende ao critério de justiça?

E seria justo o resultado de um processo julgado pelo nome na capa, seja para absolver, seja para condenar?

Seria justo o resultado de um processo em que os julgadores atentam, por exemplo, a incluir seu nome na história mais do que em observar as ritualísticas sacramentais dos atos encadeados na Lei para formar o conjunto probatório?

O grande filósofo e jurista François Ost, no seu “O tempo do direito”, retalha a análise do tempo em quatro dimensões, delas se destacando a memória, como aquilo que fica e que institui para o futuro, como marca boa e suficiente para um povo.

E é dele que vem a indagação: “entre a temperança, que é a sabedoria do tempo, e a justiça, que é a sabedoria do direito, qual é de fato a relação? E qual a contribuição para o ‘bom governo’?”

E esta é a pergunta crucial: há justiça sem temperança?

Sem o amadurecimento do tempo, sem a compreensão do tempo da Lei, há um homem ou um Deus capaz de julgar com clareza e com equidade?

O direito visto como instituidor do social, o direito como “discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que redizem o sentido e o valor da vida em sociedade” é visível quando os julgamentos se fazem sem que se dê o tempo necessário?

Ost responde com esta sentença: O importante é, antes, que um tempo próprio, carregado de um sentido instituinte, seja mobilizado pela operação da norma jurídica. O tempo do processo oferece disso uma boa aproximação. Tempo separado daquele da vida real, estritamente regulamentado pelas prescrições do ritual, ele permite ao julgamento desenvolver seus efeitos performativos e instituintes: efeitos jurídicos (a condenação, a absolvição) e efeitos sociais (o apaziguamento do conflito pelo mecanismo da catarse).

O que resulta na impossibilidade de aceitação do julgamento não amadurecido, no julgamento anterior ao julgamento processual. Esse que não convence e que impõe repensar.

O julgamento que se dá com base em prévias e preconceituosas visões sobre a pessoa julgada, por exemplo, é insuportável para a justiça, porque a corrompe em seu fundamento, que é a isenção, a capacidade de observar a controvérsia com os olhos inquiridores da verdade, sem nenhuma preconceção.

E nesta toada de desconsiderar o tempo, segue-se num ritmo que se descompassa da temperança, do amadurecimento. E os julgamentos se fazem precoces, alterados em sua grandeza, menores do que poderiam ter sido, temporãos e inaceitáveis.

O judiciário, aderindo a esse ritmo de urgência, tem optado pela celeridade em prejuízo a atos sacramentais, considerados pelo Estado Democrático de Direito como imprescindíveis.

Será que não é momento de refletir sobre uma certa celeridade forçada, que tem sido captada pela percepção popular? Não é tempo de interpretar se a defesa já tem o seu exercício formal e pleno atendido em todas as suas nuances? Não é oportunidade de rever o processo penal brasileiro?

Se tratamos de um caso em que a acusação aponta crime que deixa vestígios, como podemos aceitar não ter perícia das partes e do juízo para dirimir as dúvidas e, assim, ter a certeza para uma condenação?

Precisamos retomar a busca incansável do processo justo e com todas as suas fases cumpridas para então falarmos de justiça!

A celeridade, a urgência, pode facilmente fazer com que a opinião antecipada sobre alguns atores do processo se torne verdade única; e nada pode ser mais violento do que o prejulgamento motivado pela adoção de uma versão como sendo a única verdadeira.

Neste momento em que vivemos uma etapa importante da evolução civilizatória, a acusação virou a sentença e a justiça virou a prisão. Está tudo errado. Precisamos, no mínimo, refletir sobre esses acontecimentos em que os fins de alguns justificam qualquer meio contra os outros.

Há um tempo para amadurecer, há um tempo propício, notadamente quando falamos em processo, cujas fases estão claramente definidas na Lei.

A emergência dos dias contados para dar satisfação à sanha pública de punição já não pode satisfazer à realização de uma justiça consciente, que exige imparcialidade, equilíbrio e equidade.

A revolução das métricas

Os tempos modernos também trouxeram as métricas, porque a urgência traz embutida a medição do tempo: tempo que precisa ser controlado.

Da nossa confiança na possibilidade de medir o desempenho de tudo chegou-se ao endeusamento de sistemas que podem garantir a avaliação adequada da melhor performance, desde a fábrica até os índices de sucesso educacional.

As organizações passaram a ser “ranqueadas” e acirraram seus processos de concorrência, jogando com tudo para ocupar o primeiro lugar.

Na arena privada do mundo empresarial essa cena se desenrola sem muito controle, mas o problema ocorre quando as métricas invadem furiosamente o sistema de justiça.

Um magistrado passa a ser bem avaliado pelos números que apresenta de sentenças proferidas, de audiências realizadas. E este processo escraviza o profissional, fazendo com que uma corrida desenfreada por quantidade tolde completamente a busca por decisões justas.

Os parafusos produzidos em uma fábrica podem ser objeto de avaliação de qualidade a partir do quanto são uniformes e do quanto são perfeitos, mas a sentença

judicial trata da vida, cuida de questões que envolvem as pessoas, suas famílias, seus bens, sua liberdade e sua esfera moral.

A decisão judicial que resolve um conflito e ajusta uma situação levada como controversa para ser desvendada nunca pode ser medida apenas por quantidade.

O julgamento pelo nome na capa

A comunidade jurídica, que tem acesso ao voto condutor do julgamento do ex-presidente Lula, no TRF da 4ª Região, pode ali observar que houve um esforço descomunal para produzir a urgente decisão condenatória, passando o processo na frente de outros tantos que aguardam decisão naquele laborioso tribunal. Podemos dizer que o processo passou na frente até dos atos processuais a serem produzidos.

Nota-se, pela extensão do trabalho apresentado nos votos, que houve um esforço de exclusividade para realizar o julgamento marcado pela pressa em dar uma resposta à opinião pública.

O que tenho sempre defendido é que não se pode julgar e condenar quem quer que seja pelo nome na capa do processo, mas se deve examinar o conjunto probatório com a isenção necessária para produzir a decisão mais justa.

O julgamento do ex-presidente é emblemático para a crítica que se faz ao sistema processual penal brasileiro, que mantém no mesmo magistrado os papéis de instruir e julgar o processo.

Em outros sistemas, em especial no direito penal europeu, o juiz que toma contato com o acusado, coletando as provas, ouvindo testemunhas na fase de instrução, não está apto a julgar este mesmo processo porque lhe falta imparcialidade objetiva. Ele formou juízos que não podem ser colocados de lado no momento em que irá julgar.

O Ministro Cesar Peluzo, no *Habeas Corpus* 94.641-1-Bahia, oferece precisa lição sobre a imparcialidade objetiva do magistrado. Confirmam-se alguns excertos:

Não me parece, data venia, seja esta a leitura mais acertada, sobretudo perante os princípios e as regras constitucionais que a devem iluminar, segundo as incontroversas circunstâncias históricas do caso, em que o juiz, ao conduzir e julgar a ação penal, não conseguiu – nem poderia fazê-lo, dada a natural limitação do mecanismo de autocontrole sobre motivações psíquicas subterrâneas – despir-se da irreprímível influência das impressões pessoais gravadas já na instrução sumária do procedimento de investigação de paternidade.

É o que se vê claro ao conteúdo das suas decisões, em especial no recebimento da denúncia e na decretação da prisão preventiva do ora paciente, em ambas as

quais evidenciou estar fortemente influenciado, na formação e justificação do convencimento, pelas percepções adquiridas na investigação preliminar (fls. 21-24 do apenso).

Nota-se, por essa lição, ser clara a percepção de que o magistrado que já possui prévio juízo sobre a causa ou sobre o acusado, não revela imparcialidade objetiva suficiente, não controla as motivações psíquicas que o levarão a um resultado – de condenação ou absolvição – não isento.

Para a 2ª Turma do STF, na decisão referida, a falta de imparcialidade objetiva incapacita o magistrado para conhecer e decidir a causa, já que a isenção é um requisito fundamental e essencial da jurisdição.

E não estaríamos diante de uma situação similar no caso do julgamento do ex-presidente? É o que nos cabe indagar no histórico caso, em que o juiz federal que coleta toda a prova, da intrincada Operação Lava Jato, interroga o acusado, fala sobre o caso em comunicações acadêmicas e emite opiniões até em participações públicas é o mesmo juiz que julga.

E mais, no Tribunal não se levam em conta os argumentos da defesa, que referem as teses de que o juiz de primeiro grau, realizando toda a coleta de provas neste e em tantos outros processos envolvendo o tema da corrupção na Petrobras, não teria condições de proferir o julgamento com a isenção necessária e fundamental para que a decisão estivesse nos moldes da justiça isenta e imparcial, que se espera no Estado Democrático de Direito que construímos.

O Ministro Cesar Peluzo cita em seu voto uma decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), de onde se destaca a regra de que não pode o juiz que investiga também julgar:

Enfrentando esses resquícios inquisitórios, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), especialmente nos casos Piersack, de 01/10/82, e de Cubber, de 26/10/84, consagrou o entendimento de que o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador. Ou seja, se o juiz lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá, na fase processual, ser o julgador. É uma violação do direito ao juiz imparcial consagrado no art. 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950. Segundo o TEDH, a contaminação resultante dos pré-juízos conduz à falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva.

Esta e outras decisões internacionais, assim como os sistemas internacionais de proteção aos Direitos Humanos, convidam a refletir sobre como podemos realizar a justiça de maneira efetiva, sem permitir que a denúncia já seja a sentença condenatória.

Conclusão

Parece, então, que este é um bom momento para pensarmos no julgamento com pré-juízos e prejuízos incontornáveis, que podem estar se revelando no nosso sistema hodiernamente.

É preciso um ajuste no modelo de justiça que colocamos em funcionamento? Eu digo que sim.

É preciso que os magistrados se digam incapazes de julgar quando se sentirem coagidos pelos próprios preconceitos e juízos prévios; e quando julgarem é preciso que o façam com base nas provas que constam dos autos, ao invés de se deixar contaminar por opiniões que não se compatibilizam com a verdade processual, ou ainda levados pela vaidade em querer entrar para a história de carona, em um processo no qual se considera mais a parte que o direito.

É imprescindível que o julgador tome o tempo necessário e suficiente para construir um raciocínio seguro, que resulte na justiça do caso concreto, sem urgência, sem pressa, sem atender aos reclamos da sociedade acelerada e mecanizada destes tempos.

É crucial compreender que, ao julgar um processo penal, o magistrado está lidando com os preciosos bens da vida e, por esta razão, não pode se submeter ao sistema de métricas que avalia quantidade de decisões proferidas em detrimento da qualidade da justiça entregue aos destinatários.

É necessário repensar o modelo do nosso processo penal que, como já referido, permite ao juiz que instrui o processo penal também julgá-lo, sem o afastamento necessário para observar isentamente tudo o quanto consta dos autos, ou o que deveria constar, mas não está, em razão de uma perícia imprescindível não realizada.

É adequado aproveitar o momento dos grandes julgamentos que vivemos para propor novas lentes, harmonizadas com os sistemas mundiais que melhoraram os parâmetros de julgamentos criminais, para avançarmos em um novo modelo de processo.

E é bom que comecemos imediatamente a realizar julgamentos que satisfaçam nossa sede de justiça, e não de justificação, aplacando a inquietude natural da vida humana, tão premida por necessidades, aflições e dificuldades.

Constituímos uma sociedade com um sistema jurídico que, embora necessite de aperfeiçoamento, já se destaca pela grandeza de seus propósitos: que estejamos todos aptos, como atores do sistema de justiça, a atingir a elevação preconizada em nossas leis, em todas as atividades que desempenhamos.

Para se condenar alguém é necessário não ter qualquer dúvida da sua culpa, certeza que só pode ser amparada em provas legais e inquestionáveis. É inadmissível que no Estado Democrático de Direito alguém possa ser condenado porque se acredita que ele seja culpado ou porque tudo indica que o réu seja culpado. O bem maior de qualquer indivíduo, junto com a sua própria vida, é a sua liberdade e o direito a um processo justo, no qual provas inquestionáveis suplantem qualquer opinião dos atores envolvidos no processo.

Só as provas aplacam as dúvidas! Uma acusação de prática de crime que deixa vestígio não pode ser acolhida, em nenhuma hipótese, sem uma perícia que comprove a existência do crime que se imputa.

E, no presente caso, isso não aconteceu! O crime imputado ao réu neste processo deixa vestígio e, por mais que a defesa insistisse na produção da prova pericial, ela não foi permitida.

Apenas quem leu o processo conhece estes fatos. Opiniões apaixonadas contrárias ao réu não podem ser colocadas acima das provas. Ao menos, não na plena vigência do Estado Democrático de Direito.

OS INDÍCIOS COLETADOS NA AÇÃO PENAL DO “CASO TRÍPLEX” E O *STANDARD* PROBATÓRIO ADOTADO PELO TRF4 NA OPERAÇÃO LAVA JATO

*Márcio Augusto Paixão*¹

Hipótese da acusação:

Conforme o Ministério Público Federal, em outubro de 2009, momento em que o empreendimento imobiliário “Mar Cantábrico” foi transferido pela Bancoop (cooperativa habitacional inicialmente responsável pela construção) à OAS, e passou a se chamar “Condomínio Solaris”, Lula teria se transformado em proprietário de fato do tríplex (unidade nº. 174) presente no imóvel – algo indevido, uma vez que fazia jus a uma unidade menos valiosa do que essa (a de nº. 141), em relação à qual Marisa Letícia havia adquirido uma cota-parte na condição de cooperada, e pela qual havia regularmente pago o montante de R\$209.119,73. Desse modo, a vantagem indevida (propina) que teria sido recebida pelo ex-presidente naquele mês, para caracterização do delito de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal), consistiria na diferença de valor entre o montante pago por Marisa Letícia (R\$209.119,73) e o preço de mercado do tríplex.

Hipótese da defesa:

Lula e Marisa Letícia demonstraram algum interesse no tríplex, mas, depois de visitá-lo, optaram por não adquiri-lo – nem mesmo depois de a OAS ter realizado reformas com o objetivo de torná-lo mais atraente ao casal presidencial.

Exame sobre os elementos de prova constantes dos autos:

Não há nenhuma prova direta, presente nos autos, que permita inferir, com só base nela, que Lula teria recebido o tríplex, seja a título de vantagem indevida,

.....
¹ Márcio Augusto Paixão é advogado criminalista, bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

seja a qualquer outro título. Não há testemunhos afirmando isso; nem mesmo as vagas declarações emanadas pelo ex-presidente da OAS, Sr. Leo Pinheiro, ensejam essa conclusão, pois ele aduz que Lula seria proprietário do tríplice desde antes de a OAS assumir a construção do empreendimento imobiliário – versão incondizente com a tese acusatória segundo a qual o tríplice teria sido oferecido como propina por Leo Pinheiro. Ademais, parece muito claro que Lula jamais ocupou esse imóvel – nunca recebeu as chaves – e, portanto, nunca exerceu nenhum dos poderes previstos no art. 1128 do Código Civil, que definem o conceito de propriedade².

Os elementos de prova presentes são indiretos ou circunstanciais: os chamados indícios. Examino os principais elementos a tal título mencionados no acórdão condenatório, e veremos se apoiam mais a versão da acusação do que corroborariam a versão da defesa.

Primeiro elemento:

Há uma rasura no documento intitulado “proposta de aquisição de um apartamento tipo (unidade 141)”, firmado por Marisa Letícia junto à Bancoop – o número “141” fora sobreposto, à caneta, ao número “174” (tríplice). Para a acusação, essa rasura revelaria espécie de tentativa de esconder o negócio jurídico. Contudo, esse elemento não parece infirmar a versão da defesa, segundo a qual Marisa interessara-se em algum momento pelo tríplice. A existência de efêmero interesse pelo tríplice nunca foi negada pela defesa; basta lembrar a confirmação, por ela, de que o casal chegou a visitar esse imóvel depois de pronto. Ora, se a rasura pode indicar um mascaramento da transação, como querem os juízes do TRF4, também é certo que pode revelar somente a existência de uma antiga indecisão de Marisa quanto a qual dos apartamentos pretendia comprar – se o apartamento tipo ou o tríplice –, de modo que esse elemento de prova merece ser valorado como neutro, porquanto dialoga com as teses apresentadas por ambas as partes.

Segundo elemento:

Tabelas apreendidas nas sedes da Bancoop e da OAS informavam que a unidade 164-A (tríplice) estava *reservada*. Neste ponto, parece-me que a acusação

.....
² Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

que distorce o sentido da palavra “reservado”, a fim de tentar confirmar retoricamente seu viés condenatório. Para perceber que há uma deturpação do sentido, basta notar que essas mesmas tabelas, em relação aos demais apartamentos do mesmo empreendimento expunham o nome dos respectivos proprietários – e em nenhuma delas constava Lula como proprietário do tríplex. Estava, somente, *reservado* – portanto, se é para se conferir valor probatório a essas tabelas, então que se reconheça a inferência correta: o que elas dizem é que Lula não era proprietário do tríplex, mas sim e no máximo, beneficiário de uma *reserva*.

Soa truísmo, mas vale lembrar que só se diz que determinado apartamento está “reservado” a alguém, no ramo comercial imobiliário, quando esse alguém não é proprietário – ainda não o adquiriu. Qualquer anotação de “reserva” tem como pressuposto a concessão de um direito de preferência de aquisição a uma pessoa que é não-proprietária; e é inerente a qualquer “direito de reserva” a possibilidade de não concretização do negócio, pois a pessoa em favor de quem a coisa está reservada pode desistir; se ela não puder desistir, não se tratará de “reserva”, mas sim, de contrato preliminar ultimado. Portanto, esse elemento de prova deve ser valorado como favorável à defesa, e não à acusação.

Terceiro elemento:

O subjetivo sentimento, manifestado pelo zelador do Condomínio Solaris em juízo, quando disse que Marisa Letícia “conheceu as áreas comuns do condomínio, circulando como proprietária, e não como interessada”. Ora, ainda que impressões subjetivas externadas pelas testemunhas sejam elementos de convicção de discutível admissão no processo, diante do que dispõe o art. 213 do CPP³, essa manifestação, se sincera (o que não me pareceu), é facilmente explicável pela circunstância de que Marisa tinha o pleno direito de se sentir regular proprietária de ao menos algum apartamento-tipo naquele prédio. À época, Marisa permanecia mantendo em seu patrimônio pessoal o direito, transmitido pela Bancoop à OAS, de exigir do incorporador a entrega de um imóvel – seja um apartamento tipo, seja uma cobertura, ainda que talvez fosse necessário pagar uma diferença de preço neste caso. Assim, penso que esse elemento é irrelevante para o deslinde da ação penal.

.....
³ Art. 213. O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.

Quarto elemento:

Reportagem do Jornal “O Globo”, publicada em 10/03/10, teria revelado que, já naquele tempo, o casal Lula da Silva seria proprietário do *tríplex*⁴. Em razão da data de publicação, essa matéria é triunfalmente mencionada pela acusação a título de elemento inarredável para convencimento: afinal, como explicar a coincidência de a jornalista ter recebido a informação de que o casal presidencial era proprietário do *tríplex*? Por que a jornalista não divulgara que Marisa era proprietária de um apartamento ordinário (unidade 141), como alega a defesa?

A despeito disso, o fato é que o teor integral da matéria jornalística contradiz as conclusões do acórdão. No primeiro parágrafo, essa reportagem assevera, expressamente, que “A solução encontrada pelos cerca de 120 futuros proprietários do empreendimento foi deixar de lado a Bancoop e entregar o Residencial Mar Cantábrico à construtora OAS, que prometeu concluir as obras em dois anos”.

“Futuros proprietários”: é assim que a própria jornalista qualificou o casal Lula da Silva em março de 2010, ou seja, para a reportagem, o casal não era proprietário do imóvel em 2010, como assere o juiz de primeiro grau. Aliás, se se tratasse de processo cível e fosse essa reportagem considerada elemento de prova documental, ela teria natureza indivisível, sendo vedado aos sujeitos processuais desconsiderar a parte do documento que não interessa à tese que pretende ver chancelada⁵.

Na frase seguinte, a reportagem expressa: “Procurada, a Presidência confirmou que Lula continua proprietário do imóvel”. Veja-se que a matéria não esclarece se a Presidência da República (se é que fora realmente procurada) referiu-se ao *tríplex*, e não ao apartamento tipo – este, cujas cotas haviam sido regularmente adquiridas por Marisa. Como Marisa era proprietária de direitos referentes a um apartamento tipo naquele prédio, é possível que a Presidência tenha simplesmente confirmado que o casal presidencial mantém a propriedade de algum imóvel no

.....
⁴ Neste ponto, há uma curiosidade – se essa reportagem possui valor probatório, como parece ter entendido o juiz, *então não houve crime de lavagem de capitais*, porque não teria ocorrido nem ocultação nem dissimulação do patrimônio; afinal, partindo-se dessa premissa, o teor da reportagem seria então verdadeiro e a presidência da República, à época, de fato confirmado o casal Lula da Silva como proprietário do imóvel, de sorte que não haveria falar em ocultação.

⁵ CPC, Art. 412. Parágrafo único. O documento particular admitido expressa ou tacitamente é indivisível, sendo vedado à parte que pretende utilizar-se dele aceitar os fatos que lhe são favoráveis e recusar os que são contrários ao seu interesse, salvo se provar que estes não ocorreram.

empreendimento, conforme inclusive estava registrado na declaração de bens prestada para a Justiça Eleitoral por Lula em 2006.

Com a transferência do empreendimento à OAS, e as subjacentes alternativas concedidas aos cooperados – que detinham a faculdade de repactuar as condições de aquisição das unidades ou solicitar a devolução do dinheiro investido –, é possível, senão provável, que Marisa tenha visto uma oportunidade para mudar a opção que realizara: já seria possível investir na aquisição do tríplex em vez do apartamento menor, diante da melhor condição financeira do casal, alcançada ao longo dos anos.

E essa escolha não deve ter sido mantida em segredo (tanto que as tabelas internas da OAS já reservavam esse tríplex ao casal presidencial), diante do é presumível que já circulavam, livres, informações e rumores dando conta de que Marisa Letícia aproveitaria a oportunidade de repactuar com a OAS, para escolher adquirir o tríplex.

Embora veja com grandes ressalvas a possibilidade de se atribuir valor probatório a matérias jornalísticas, mormente quando os jornalistas responsáveis não foram inquiridos sob o crivo do contraditório, como nesse caso, penso que ao fundo esse elemento (reportagem), ainda que admitido, parece coincidir com a hipótese de que houve interesse de Marisa pelo tríplex (vindo ele a ser reservado até se definisse sobre sua compra), razão pela qual entendo irrelevante para o desate do processo.

Quinto elemento:

O fato de Lula aparentemente não ter conversado, com Leo Pinheiro, sobre o preço que deveria pagar pelo tríplex, caso desejasse comprá-lo. Nesse ponto, parece não ter o juízo notado que o negócio jurídico de transferência do empreendimento da Bancoop para a OAS previra a realização de um reajuste preestabelecido nos preços das unidades, constantes de uma tabela convencionada e juntada aos autos da ação penal, segundo a qual a unidade 164-A (tríplex) seria comercializada para qualquer um dos cooperados por R\$900.000,00. Esses cooperados eram obrigados a aceitar o preço novo já fixado, imposto pela OAS na tabela – o que explica a ausência de discussão sobre preço. Portanto, essa informação é também irrelevante para o processo.

Sexto elemento:

A inquirição do Sr. Leo Pinheiro, ex-presidente da OAS, que estava em tratativas com o Ministério Público para, mediante colaboração, tentar uma redução em sua pena – o que certamente demandaria dele atuar no sentido de confirmar

a narrativa da acusação, em desfavor de Lula. Sua condição de criminoso colaborador restou reconhecida no acórdão, ainda que ausente assinatura de acordo de delação. O depoimento desse colaborador tem conteúdo bastante contraditório, senão favorável a Lula.

Em sua inquirição, Leo Pinheiro indica que efetivamente existia a possibilidade de Lula não querer adquirir o tríplice depois da execução das reformas que vinham sendo realizadas no apartamento – o que também é incondizente com a versão acolhida pela sentença de primeiro grau, segundo a qual Lula seria “proprietário” do imóvel, pois, caso fosse, obviamente não poderia desistir da transação. Veja-se o trecho do depoimento: “(...) se o presidente não quisesse eu nós íamos ter um belo problema, não sei o que eu ia fazer com o apartamento porque ele é muito personalizado, é um valor excessivamente maior das reformas que foram feitas, da decoração feita, do que valia o apartamento, isso é público e notório, está nos autos, então está muito claro isso.”.

Veja-se que a afirmação segundo a qual Lula poderia “não querer” o tríplice parece convergir para a anotação constante das tabelas apreendidas na sede da OAS, de que esse imóvel estava “reservado” – afinal, “reserva” tem como pressuposto a possibilidade de que a pessoa interessada não queira ao cabo adquirir a coisa reservada.

Logo, bem ao contrário do que faz crer o acórdão, penso que a inquirição de Leo Pinheiro corrobora a versão apresentada pela defesa, podendo por si só implicar a absolvição de Lula.

Standard de prova adotado pelo TRF4 no caso Lava Jato:

Em diversos julgados, o TRF4 vem consignando os critérios para valoração da prova, necessários para uma condenação criminal. Em suma: “O tema das provas é de fundamental importância, em especial para o presente feito, porque os delitos imputados aos acusados, notadamente a lavagem de dinheiro, são complexos e de difícil apuração, muitas vezes dependendo de um conjunto de indícios para a sua comprovação.

Esta prova indireta deverá ser *acima de qualquer dúvida razoável*, excluindo-se a possibilidade dos fatos terem ocorrido de modo diverso daquele alegado pela acusação. É dizer, seguindo na lição de Knijnik, os diversos indícios que envolvem o fato probando devem ser analisados em duas etapas, primeiro em relação a cada indício; depois o conjunto deles. Assim, sendo cada indício certo e preciso, pode-se obter a concordância a partir do conjunto (op. cit., p. 51), sendo que um único

indício, mesmo que certo e grave, pode acarretar na exclusão de um juízo de certeza quanto aquilo que se pretende provar.”⁶

Nessa mesma linha de pensamento, a obra de Danilo Knijnik, mencionada acima, preleciona que a condenação fundada somente em indícios reclama um *standard* probatório ainda mais exigente do que o da “prova além de qualquer dúvida razoável”: o modelo a ser adotado consistiria no da “prova incompatível com qualquer hipótese que não a da acusação”⁷.

É justamente ante o *standard* probatório rotineiramente afirmado pela 8ª Turma do TRF4, para o caso Lava Jato, que a absolvição de Lula deveria ter sido a conclusão, o que deveria ocorrer porque os elementos indiciários colhidos nos autos (i) não são incompatíveis com qualquer hipótese que não a da acusação, da mesma forma que (ii) não excluem a possibilidade de que os fatos tenham ocorrido de modo diverso do que alegado pela acusação.

Muito pelo contrário: em meu olhar, interpretados todos os indícios amealhados, firmo três conclusões: (i) o conjunto indiciário é somente parcialmente consistente com a versão da acusação, segundo a qual Lula seria proprietário do triplex desde 2009; (ii) o conjunto indiciário é plenamente consistente com a versão da defesa, segundo a qual houve interesse pelo triplex, mas o casal não o adquiriu e Lula nunca o recebeu; (iii) o conjunto composto pela totalidade dos elementos de convicção (indícios e provas) é integralmente coerente com a hipótese apresentada pela defesa e apenas parcialmente coerente com a hipótese apresentada pela acusação.

.....
⁶ Excerto extraído do acórdão da apelação criminal nº. 5022179-78.2016.4.04.7000, OITAVA TURMA, Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, juntado aos autos em 14/11/2017.

⁷ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 45.

QUANDO A HISTÓRIA SE REPETE COMO FARSA LEGITIMADA

Maria Luiza Quaresma Tonelli¹

No dia 24 de janeiro de 2018, por unanimidade, os desembargadores João Pedro Gebran Neto, Leandro Paulsen e Victor dos Santos Laus da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) votaram em favor de manter a condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva por corrupção passiva e lavagem de dinheiro no chamado “caso triplex do Guarujá”. Um julgamento que simplesmente corroborou a sentença condenatória do ex-presidente Lula pelo juiz Sérgio Moro na 13ª Vara Criminal de Curitiba a 9 anos e meio de prisão pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Além de manter a condenação, os desembargadores do TRF-4 aumentaram a pena para 12 anos e 1 mês de prisão, a ter início em regime fechado. Em se tratando de uma decisão unânime, coube à defesa apenas o recurso dos embargos de declaração, destinados apenas a esclarecer pontos obscuros, omissões ou ambiguidades no acórdão. Ou seja, um recurso que não permite reverter a condenação do réu.

O que causou espanto em grande parte da comunidade jurídica em razão da manutenção da condenação por unanimidade e na ampliação da pena pelos desembargadores do TRF-4 decorre da não comprovação, no âmbito da primeira instância, de que o imóvel pertença ou tenha pertencido a Lula. A sentença condenatória já era esperada pela forma como o processo foi conduzido pelo juiz Sérgio Moro e pelos procuradores, numa clara violação de seus direitos fundamentais, bem como a violação das normas do Direito Processual Penal, amplamente denunciadas pelos mais renomados juristas brasileiros na obra *Comentários a*

.....
¹ Maria Luiza Quaresma Tonello é advogada, Mestre e Doutora em Filosofia pela Universidade de São Paulo.

*uma sentença anunciada: o processo Lula.*² Tais violações aviltam, igualmente, a democracia e o estado de direito democrático. Alguns críticos da sentença do juiz Sérgio Moro chegam a afirmar que os arbítrios e os abusos de autoridade contra o ex-presidente e cidadão Luiz Inácio Lula da Silva configuram um julgamento típico de estados de exceção. Apenas a título de ilustração, cito apenas alguns aspectos cruciais da sentença de Sérgio Moro: o desrespeito ao princípio do devido processo legal, fundamental no estado democrático de direito, o desrespeito à garantia da presunção de inocência, ou de não culpabilidade, o direito de ampla defesa muitas vezes cerceado, a ausência das provas para a condenação do réu e a parcialidade do juiz Sérgio Moro.

É óbvio que a corrupção, fenômeno político, econômico e social, precisa ser combatida, pois afeta de forma injusta e cruel a sociedade como um todo, principalmente as camadas mais pobres da população, as que mais dependem do Estado. A corrupção corrompe a própria política. Lula não está acima da lei e, como tal, foi investigado e processado em razão das denúncias que recaíram sobre ele. O que se questiona, entretanto, é o tratamento que lhe foi dado durante todo o processo, caracterizado como uma evidente perseguição política a fim de impedir sua participação no pleito eleitoral em 2018 e, quiçá, retirá-lo definitivamente da vida pública, atingindo diretamente o Partido dos Trabalhadores. Não é por acaso que muitos definem a operação Lava Jato como uma operação levada a cabo por motivações políticas.

A condução do processo que resultou na condenação do ex-presidente Lula em primeira instância, bem como a manutenção da condenação no TRF-4 contou com a ampla e diária cobertura da mídia hegemônica, concentrada nas mãos de meia dúzia de famílias que há anos vem tentando convencer os leitores, ouvintes e telespectadores de que o Partido dos Trabalhadores é uma organização criminosa formada por corruptos. Uma campanha moralista e criminalizadora, contra o PT e contra a política em geral, promovendo a cultura do punitivismo em uma sociedade estruturalmente dividida, com desigualdades profundas, não obstante os avanços sociais e econômicos promovidos pelos governos Lula e Dilma, este interrompido em 2016 por um golpe travestido de *impeachment*, tendo em vista que Dilma Rousseff foi condenada sem ter cometido crime de responsabilidade. Um golpe, vale salientar, ainda em curso, uma vez que a inelegibilidade de Lula no TSE significará a consolidação do golpe de 2016.

.....
² PRONER, Carol et al. (orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada: o Processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2017.

Ao manterem a condenação de Lula, os desembargadores do TRF-4 consideraram que Lula recebeu propina da empreiteira OAS na forma de um apartamento triplex no Guarujá, mesmo que não restasse provado por Sérgio Moro a propriedade do imóvel em nome do réu ou de sua falecida esposa, Marisa Letícia. Consideraram que houve propina oriunda de um esquema de corrupção na Petrobras e que o dinheiro saiu de uma conta da OAS que abastecia o PT em troca de favorecimento da empresa em contratos na Petrobras, quando na sentença de primeiro grau o juiz Sérgio Moro afirma que o triplex não tem relação com a Petrobras. É isso que, literalmente, consta na sentença: “Este Juízo jamais afirmou na sentença ou em lugar algum, que os valores obtidos pela Construtora OAS nos contratos com a Petrobras 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 exigiria, que os valores pagos ou ocultados fossem originários especificamente dos contratos da Petrobras.” A defesa, no recurso, diz que não há prova alguma de que os recursos obtidos pela empresa OAS em contratos com a Petrobras foram destinados ao imóvel triplex e que, não tendo relação com a Petrobras, Moro nem poderia ter julgado o caso (violação do princípio do juiz natural).

Os três desembargadores consideraram que, embora não tenha havido transferência formal, o imóvel foi reservado para Lula, o que configura tentativa de ocultar o patrimônio caracterizando o crime de lavagem de dinheiro. Ora, o simples fato de um imóvel ser reservado para alguém, sem transferência, portanto, de título de propriedade, não pode configurar crime de lavagem de dinheiro. Tampouco ficou provado, sequer, que o triplex tenha sido reservado para Lula. Os três desembargadores consideraram que embora possa não ter havido “ato de ofício”, na forma de contrapartida à empresa, somente a aceitação da promessa de receber vantagem indevida mediante o poder de conceder o benefício à empreiteira já configura corrupção. Pelo que consta, não há prova alguma de que Lula tenha aceitado qualquer “promessa de receber vantagem indevida mediante o poder de conceder o benefício à empreiteira”. Consideraram que os fatos investigados na Operação Lava Jato revelam práticas de compra de apoio político de partidos idênticas às do escândalo do mensalão. Tal analogia é um escândalo, em se tratando de um processo penal, principalmente recursal e para fins de manutenção de uma condenação. Por fim, contrariando a tese da defesa, consideraram que o juiz Sérgio era apto para julgar o caso. Ao negar todas as acusações, a defesa afirma que Lula é alvo de perseguição política.

Quando a defesa de Lula fala em perseguição política não se trata de mera alegação. Trata-se da comprovação de que Lula é vítima do que se conhece hoje como *lawfare*, palavra inglesa que pode ser traduzida como guerra jurídica, uma tática ou estratégia jurídica que se caracteriza pelo uso, pelo abuso e pelo mau uso do Direito como instrumento de perseguição do inimigo.

O jurista Lenio Streck, no verbete *lawfare* do livro Enciclopédia do golpe volume 1, afirma que a *lawfare* parte justamente da construção fraudulenta de raciocínio jurídico para fins politicamente orientados. Em sua sentença, o juiz Sérgio Moro utilizou-se de uma construção que pode facilmente ser caracterizada como *lawfare*: presunções, inversão do ônus da prova, parcialidade e juízos morais. Para Lenio Streck, a *lawfare* é um instrumento de perseguição ilegítimo e antidemocrático, pois transforma o Direito em um jogo de caras marcadas. É o Direito utilizado como arma política.³

Não há dúvida alguma de que a *lawfare* é a forma mais violenta da politização da Justiça, uma das marcas registradas do que Rubens Casara define como *Estado Pós-Democrático*, o Estado compatível com o neoliberalismo, no qual tudo é transformado em mercadoria. “Um Estado que, para atender ao ultraliberalismo econômico, necessita assumir a feição de um Estado Penal, de um Estado cada vez mais forte no campo do controle social e voltado à consecução dos fins desejados pelos detentores do poder econômico.”⁴

O neoliberalismo surgiu imediatamente após a II Guerra Mundial, na Europa e na América do Norte, onde imperava o capitalismo, como uma forte reação teórica e política contra o Estado intervencionista e de bem-estar, ou *Welfare State*. O texto de origem do neoliberalismo é *O Caminho da Servidão*, de Friedrich Hayeck, escrito em 1944. Nesse texto, Hayeck ataca de modo veemente toda e qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciadas como uma ameaça letal à liberdade econômica e política. Em 1947, quando se construía as bases do Estado de Bem-estar na Europa do pós-guerra na Inglaterra e em outros países, Hayeck convocou para uma reunião na estação de Mont Pèlerin, na Suíça, todos os que compartilhavam sua orientação ideológica. Entre os participantes estavam tanto os adversários do Estado de Bem-estar, como os inimigos do *New Deal* norte-americano. Um dos mais célebres participantes era Milton Friedman. Ali foi fundada a Sociedade de Mont Pèlerin. O objetivo era combater o keyne-

³ STRECK, Lenio Luiz. *lawfare*, in: ALVES, Giovanni et al. (coord.) *Enciclopédia do golpe*. Bauru: Canal 6, 2017.

⁴ CASARA, Rubens. R.R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 25.

sianismo e o socialismo, preparando as bases de outro tipo de capitalismo, duro e livre de regras para o futuro. Hayeck e seus companheiros argumentavam que o novo igualitarismo daquele período, promovido pelo estado de Bem-estar, destruía a liberdade dos cidadãos e a vitalidade da concorrência, da qual dependia a prosperidade de todos. Para eles, a desigualdade era um valor positivo e imprescindível. Milton Friedman veio a tornar-se o guru do capitalismo sem peias, a vertente do capitalismo radical, que se tornou uma ortodoxia governamental em todas as sociedades capitalistas que adotaram a ideologia neoliberal.

O modelo econômico de Friedman foi desenvolvido na Escola de Chicago. O Chile foi o laboratório de seu experimento mais radical, com Pinochet, pois em sua versão genuína o neoliberalismo exigia certas condições autoritárias, incompatível, portanto, com a democracia. Não precisamos lembrar aqui o que significou para o Chile as condições autoritárias impostas por Pinochet durante os longos anos de ditadura. O que importa é ressaltar que a mais sanguinária das ditaduras da América Latina, que foi o Chile, tem início com um golpe de estado contra Allende, em 11 de setembro de 1973, sendo adotado ali um modelo econômico de livre mercado, formulado por jovens economistas chilenos oriundos da Escola de Chicago, os chamados *Chicago boys*. A adoção de tais medidas econômicas ocorreu quase uma década depois por Margareth Thatcher.

Em defesa do mercado, golpeia-se a democracia e a América Latina tem em seu curriculum uma série de golpes no passado e golpes que se repetiram recentemente, como em Honduras em 2009 e no Paraguai em 2012. No Brasil tivemos um golpe militar e civil em 1964 retirando da presidência da república o presidente Jango Goulart. Militar e civil porque foi um golpe parlamentar, tendo em vista que contou com o apoio irrestrito da base oposicionista a Jango Goulart. O que caracterizou o golpe contra Jango foi o recurso à força militar na sua deposição e à violência durante a ditadura, com prisões, torturas, mortes e desaparecimentos. Naquele período a tortura era uma política de estado financiada por setores do empresariado a fim de manter a repressão, necessária ao estado de exceção.

Com o fim da ditadura, em 1985, abre-se um período de preparação para a instauração da democracia no país e em 1988 é promulgada a Constituição, chamada por Ulysses Guimarães de Constituição Cidadã. O Brasil passa a fazer parte do rol das democracias constitucionais, com um estado de direito democrático, no qual o poder político é limitado, como garantia de afastar qualquer ameaça autoritária por parte do estado sobre os cidadãos. O trauma dos longos anos de ditadura levou nossos constituintes a elaborar uma constituição rica em direitos e garantias individuais e em direitos sociais. As funções das instituições do estado

foram claramente definidas e a criação do Ministério Público com o papel de Fiscal da Lei deixa de ser um órgão meramente acusador. Ao poder Judiciário a constituição confere, dentre outras, a função de controle da constitucionalidade das leis. Nossa constituição de 1988 fortalece formalmente o sistema de justiça como um todo, mas foi a partir do governo Lula que o sistema de justiça realmente passou a desempenhar plenamente suas funções, com o respeito absoluto à independência do poder judiciário, a não ingerência do poder executivo nos trabalhos do Ministério Público e o aparelhamento da Polícia Federal, que estava sucateada até o governo Fernando Henrique Cardoso. Podemos dizer que a partir do governo Lula o sistema de justiça foi empoderado em todos os aspectos.

Com Lula o Brasil passa a ter uma nova configuração. Transformações significativas no âmbito econômico e social ocorreram no país. Não precisamos elencar aqui exemplos da adoção de programas que nunca haviam sido sequer pensados, voltados à população mais pobre deste país. Considero que o programa mais criticado pelos partidos de oposição e pela parcela conservadora, autoritária, preconceituosa e egoísta da classe média, o programa Bolsa Família, foi o mais importante de todos. Um programa de transferência de renda que pode ser definido como uma revolução silenciosa que modificou a vida de muita gente, principalmente das mulheres, com uma quantia que pode ser considerada irrisória para as classes abastadas, mas que significava muito para uma mãe de família que não tinha o que dar de comer a seus filhos. O ataque ao Bolsa Família reflete o desprezo pelos pobres e uma profunda incapacidade de solidariedade social, típica de sociedades hierarquizadas e profundamente desiguais.⁵

Pela primeira vez na história deste país tivemos um presidente oriundo da classe trabalhadora, um ex-metalúrgico sem diploma universitário que fez mais pelo país do que qualquer outro e em tão pouco tempo. Lula fez um governo de inclusão social, com uma clara opção pelos mais pobres. Retirar quase 40 milhões de pessoas da extrema pobreza em oito anos de mandato é fato inédito. Não é por acaso que Lula é conhecido e respeitado no mundo inteiro, tendo recebido mais de uma centena de títulos de *doutor honoris causa* nas mais conceituadas universidades do mundo e mesmo no Brasil. Mas Lula incomodou. As elites não se conformaram em ter que dividir espaços públicos, como universidades e espaços privados, como shoppings e aeroportos, com uma classe trabalhadora que mudou de patamar social, na medida em que passou a ter acesso a bens de consumo e bens culturais que antes nem podia

.....
⁵ Ver REGO, W. L.; PINZANI, A. *Vozes do Bolsa Família: autonomia, dinheiro e cidadania*. São Paulo: Unesp, 2013.

sonhar em almejar, pois nossos sonhos são do tamanho das nossas possibilidades. O filho do pedreiro pode estudar engenharia. A filha da empregada doméstica pode estudar Direito e se tornar juíza. Numa sociedade onde cada um tinha que saber qual o seu lugar, tamanha mudança não foi pouca coisa. Então, era preciso fazer com que as coisas voltassem a ser como era antes dos governos Lula e Dilma, ou seja, “devolver” o poder de decidir para as elites, mas como dificilmente os partidos representantes das elites e da parcela da classe média conservadora venceriam pela via das urnas depois de tamanha transformação social no país, tratou-se de planejar um golpe para tirar a chance do PT se “perpetuar no poder”, como diziam seus ferrenhos adversários. Sabemos que um golpe não se dá do dia para a noite, mas é sempre planejado com muita antecedência. Era, portanto, preciso deslegitimar o PT perante a opinião pública. Acusar o governo Lula e o PT de corrupção, como sempre aconteceu quando governos foram contra os interesses da elite do dinheiro, como aconteceu com Getúlio, com Jango e em 2016 com Dilma, foi o recurso utilizado para golpear a democracia, tirando do poder a soberania popular para dar lugar à soberania do mercado, do neoliberalismo agora em sua fase ultraliberal na economia e ultraconservadora nos costumes.

O processo para tirar o PT do poder central teve início com a acusação de compra de apoio parlamentar, que ficou conhecido como “mensalão”. Lula foi reeleito e elegeu Dilma Rousseff como sua sucessora. Depois veio o julgamento da AP 470. Dilma foi reeleita em 2014 por uma pequena margem de diferença de seu adversário, Aécio Neves. Sabemos como se deu o golpe de 2016, travestido de *impeachment*. Como não foi dado um golpe para depois permitirem que Lula volte a presidir o país, trata-se de condena-lo criminalmente para torna-lo inelegível, custe o que custar. É preciso impedir que Lula volte à presidência para garantir o modelo neoliberal implantado por Michel Temer, atendendo aos interesses do capitalismo financeiro.

Considero que o golpe de 2016 ainda não terminou e que sua consolidação pode se dar com a inelegibilidade do candidato Luiz Inácio Lula da Silva. Considerando que o *impeachment* contra Dilma foi um golpe parlamentar-jurídico-midiático, a condenação de Lula pelo juiz Sérgio Moro e confirmada no TRF-4 revela o papel do poder judiciário nos golpes contra a democracia e o estado de direito democrático, sob o pretexto do combate à corrupção. Podemos pensar que, se o Chile foi o laboratório para o neoliberalismo, o Brasil pode ser o laboratório para o neoliberalismo fundamentalista do mercado financeiro, com todas as suas implicações e objetivos a serem alcançados e para isso não é preciso mais o recurso aos quartéis, quando se tratar de derrubar um governante ou impedir que um candidato que represente

os interesses das classes trabalhadoras chegue ao poder, mas o recurso às togas. Trata-se de uma guerra do capitalismo financeiro contra a democracia e contra o estado de direito democrático e social com a utilização de uma arma poderosa: o poder judicial pela via da *lawfare*, eliminando o inimigo, a fim de implantar a ditadura neoliberal.

Os elementos que caracterizam essa nova fase do neoliberalismo são: a hegemonia financeira, a hegemonia política (do ideal neoliberal) através do controle judicial e a hegemonia de narrativa neoliberal através da mídia que, segundo Jessé Souza, é a boca do capital.⁶ Não se trata de uma ditadura judicial, portanto, mas de uma ditadura neoliberal que, para se estabelecer como uma nova ordem precisa ter aparência de legalidade, mesmo que viole preceitos constitucionais e processuais. Diria que se trata de um direcionismo judicial na política e um decisionismo judicial, em se tratando do uso de medidas de exceção.

Com sangue, suor e lágrimas muitos lutaram contra a ditadura implantada pelo golpe de 64. Muita luta foi empreendida na defesa e conquista de direitos na nossa ainda jovem democracia. Ninguém diria que após 44 anos o Brasil passaria pela experiência de outro golpe, quando pensávamos que os fundamentos da democracia estavam consolidados e garantidos pelo estado de direito democrático. Mas a história se repetiu como farsa, porém, de modo muito mais complexo e sofisticado. Foi um golpe em 2016, contra Dilma, contra a democracia, contra seu fundamento, que é a soberania popular, sem a qual não há legitimidade do poder político e contra o estado de direito democrático. O que é mais grave: um golpe legitimado pelas formalidades democráticas para negar a democracia, tendo sido rompidas todas as regras do jogo democrático. Por isso a condenação de Lula, sem provas materiais dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, com o nítido objetivo de excluí-lo do pleito eleitoral em 2018, será o golpe dentro do golpe. Denunciar mais esse golpe e resistir a ele nas formas que forem possíveis, no limite do nosso alcance e de nossas forças, fazendo valer as regras do jogo democrático, é mais do que defender Lula, é defender a democracia. Creio que foi este o objetivo de cada um dos autores deste livro. Afinal, a escrita também é uma forma de resistência.

.....
⁶ SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017

DA IDEOLOGIA PUNITIVISTA ÀS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL: O ACÓRDÃO DO TRF-4 E A FÓRMULA 1 DO PROCESSO LULA

Marília Lomanto Veloso¹

“Os homens fazem sua própria história, mas não a fazem como querem; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado”.

Karl Marx

1. O Brasil e a ideologia punitivista da contemporaneidade

O Brasil experimenta um dos mais tensos e emblemáticos cenários de luta de classes na conjuntura do Século que estamos vivenciando. Conflitualidades latentes historicamente manejadas pelas elites conservadoras arrebutaram as amarras e emergiram com força incontrolável, proclamando, de modo explícito, a voracidade do sistema de justiça criminal na interlocução com os diversos sujeitos que formam o universo social complexo, desigual e tecnologicamente equipado para os setores mais bafejados, de um lado, enquanto, do outro lado, milhares de pessoas ainda não descobriram que “Ivo viu a uva”.

Desse horizonte nublado, de densidade política pouco visível, algumas personagens surgiram das névoas da antiga postura mais recatada, menos narcísica, para explodirem no protagonismo descompensado de um ativismo político e judicial desfigurado, de conduta deplorável e fala ensandecida, demovendo o propósito garantista do texto constitucional para implementar, sem um Pacto Constituinte, reformas que insultam a legalidade, atropelam a cidadania, revogam as liberdades públicas e, mais grave, rolam pelas encostas do arbítrio, da violação de direitos e das exéquias de regramentos processuais que têm por dever resguardar e de princípios republicanos que fundamentam o Estado Democrático de Direito.

.....
¹ Marília Lomanto Veloso é advogada da Bahia, Mestre e Doutora em Direito (PUC SP), Professora aposentada do Curso de Direito da UEFS, ex-Promotora de Justiça do Estado da Bahia, membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB BA, membro da Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais do Estado da Bahia (AATR), da Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares (Renap), da Frente Brasil de Juristas pela Democracia (FBJD) e da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD), Presidente do Juspopuli Escritório de Direitos Humanos.

Membros do Poder Judiciário e do Ministério Público (com reforço das polícias), em suas esferas da União e dos Estados, de modo acentuado e acintoso, passaram a evidenciar, nos midiáticos processos e operações que ganham os noticiários de modo recorrente (e deplorável), a exaustão dos recintos de reserva ética onde silenciavam a pseudodiscreta tendência ideológica para estalarem no recuo histórico desses Aparatos Repressivos de Estado, alcançando suas versões mais antagônicas ao desenho de guardiões da ordem democrática, recebido da Carta Política de 1988. De modo abrupto, sem qualquer prurido a tolher suas declaradas convicções partidárias, menos ainda, o ânimo elitista e monarca que define a classe togada, setores desses órgãos de controle, desde o “baixo clero” (primeira instância) até o éden onde pontifica o poder supremo (STF), passaram a seduzir a opinião pública brandindo a espada do combate à corrupção, de morte à política e aos políticos (selecionados entre a esquerda, os/as progressistas e alguns/algumas reacionários/as inoportunos/as), e de substituição do poder executivo e legislativo pelos “jovens esclarecidos” juizes, promotores, que instituiriam uma nova ordem política. Consolidam assim a afamada judicialização da política, indicando também o reverso, ou seja, a politização da justiça.

Instala-se no país, nessa perspectiva, uma fatídica, despudorada e desleal corrida teórica, na qual os participantes imprimem a velocidade que cobiçam os patronos da prova, sem qualquer regra mínima de controle limitando possíveis (e previsíveis) excessos praticados ao longo do certame. Mais grave que a ausência de balizes é o oco de uma disputa no sentido que de fato se atribui a essa categoria. O que se exhibe é uma desonesta comédia, um faz-de-conta pactuado entre os “competidores” que simulam um evento de alta repercussão midiática, provocam tensão e expectativa na torcida que organizam a seu favor e terminam por produzir no país, em razão do descomedimento na velocidade, intenso nível de insegurança jurídica.

Por contradição, inflama a necessária construção de mecanismos de defesa tanto da integridade e da vida de possíveis sujeitos expostos ao descontrole dos participantes, quanto das instituições democráticas ulceradas por tais comportamentos. É que a corrida, por suas peculiares condições de não ter concorrentes, para além de ultrapassagem de linhas proibitivas, atropela direitos, ignora placas, incita os confrontos de classes que “ingenuamente” aplaudem o espetáculo.

Esse jogo de metáforas descobre espaço perfeito no painel que se desenha no Brasil, mais especialmente, no tablado jurídico, e, com precisão cirúrgica, na conduta do sistema de justiça e segurança na condução do processo contra o Luiz Inácio Lula da Silva, preso político construído no percurso da corrida que se traz a esse debate. A leitura crítica desse estado de exceção à regra democrática é o

que movimentava essas reflexões, na perspectiva não só de denunciar o engodo que nutre a opinião pública como também de reafirmar a confiança na articulação das forças populares em direção à retomada de conquistas políticas, econômicas e sociais, fruto de lutas históricas, rubricadas em 1988.

Na perspectiva de traduzir essa “luxúria” do sistema de justiça e segurança e a selvageria com que cruza as pistas da ilegalidade rumo ao “prêmio” – a prisão política de Lula, decidida e patrocinada pelas elites conservadoras, o capital financeiro nacional e internacional e a mídia hegemônica, tentaremos adentrar nesse autódromo para abastecer a “disputa da narrativa”, como expressa Carol Proner em suas manifestações na ABJD². Com esse reforço, a intenção é chegar ao Pódio com elementos que rebatem as teorias importadas de países que insistem na “avelhantada diversão” de neocolonizar a América Latina, com ela, o Brasil. Nesse sentido, nosso propósito textual será por imprimir velocidade máxima, tempo mínimo e dimensão crítica, ética, político-jurídica e social apta a construir uma narrativa de defesa de princípios, direitos e garantias de sustentabilidade e respeito ao Estado Democrático de Direito.

2. As disputas teóricas no expansionismo penal do TRF-4

Nessa linha de propósito, cabem indagações sobre os discursos teóricos de que se apropriaram os Ministros do TRF-4, de modo aberto, para validar a viciada decisão sem provas de Sérgio Moro e, mais disforme, exasperar a pena imposta a Luiz Inácio Lula da Silva. Indaguemos, por oportuno, quais combustíveis teóricos teriam abastecido o Colegiado Rio-grandense do Sul? A resposta parece não deixar lapso de dúvida quanto aos paradigmas nos quais se pauta a decisão do TRF-4: Direito Penal Máximo, de Exceção, de Emergência, Direito Penal do Inimigo ou seja, do Direito Penal de Terceira Velocidade³. É o que passaremos a discutir.

.....
² Carol Proner é Professora de Direito Internacional da UFRJ – DGEI-FND. Doutora em Direito Internacional pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha, Diretora para América Latina do Instituto Joaquín Herrera Flores. Conselheira da Comissão Nacional da Anistia; Membro do Tribunal Internacional para Justiça Restaurativa de El Salvador; Membro Fundadora da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD)

³ Silva Sanchez traz a concepção do Direito Penal de Primeira Velocidade, o da prisão, mantendo os princípios político-criminais clássicos, as regras processuais. O Direito Penal de Segunda Velocidade, penas de privação de direitos ou pecuniárias, regras de flexibilização proporcional e de menor intensidade de sanção.

SILVA SANCHÉZ, Jesús María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 148).

Fato a considerar, de início, é que a sociedade plural, globalizada e complexa da contemporaneidade tornou-se de riscos, (re)inventando a cada segundo novos bens jurídicos, exigindo alargamento da área de proteção desses bens. Silva Sanchez⁴ enfrenta o tema lembrando algumas posturas dominantes nas legislações atuais que sinalizam a tendência geral expansionista do Direito Penal. Vale ressaltar que a dificuldade dialógica entre o espaço planetário real, pluriétnico, plurirracial, plurissexual, de marcante desigualdade social, econômica, política, diverso do arquétipo com estruturas de alto nível tecnológico que dispara a ideologia punitivista, esgarça limites para o desempenho de um Estado policial violento opressor, intrusivo e onipresente, garantindo decisões de igual ou maior esplendor repressivo, seletivista e resguardado pela macróbia toga, símbolo da antiga Roma, tentando sugerir para a magistratura (tanto quanto as becas para o Ministério Público) uma austeridade impossível de ser deglutida.

O desafio para lidar com essa pista de rolamento atravessada por forças de oposição às chancelas garantistas passa também por compreender em que medida o debate sobre os aportes teóricos que dão vitalidade a essa ideologia punitivista onde se refugia o expansionismo do Direito Penal e suas velocidades, se relaciona com o ativismo judicial e do Ministério Público no Acórdão do TRF-4 no caso Lula, repercutindo na ruptura com garantias jurídicas e princípios fundamentais do Direito.

Em princípio, deve-se capturar o caráter das múltiplas intervenções que se afirmam no cenário político-jurídico do país sob o discurso do combate à corrupção, o que é praticado através de uma legislação que se autodefine como asséptica, moralista e com habilidade para exercer rigorosamente o controle social, e, com isso, não só restabelecer como também manter a paz e a segurança jurídica. Promete mais, extirpar da sociedade a violência marginal, à qual agrega os novos sujeitos individuais e coletivos que criminaliza, usando, para tanto, a própria violência do Aparato Repressivo, do qual fazem parte magistrados, membros do Ministério Público, parlamentares, forças policiais e a dogmática penal cujas matrizes inspiram os sujeitos que movem o sistema de justiça e segurança.

Instrumento mais que perfeito de dominação, o Direito Penal se presta fielmente a esse propósito asséptico expansionista da contemporaneidade, mais pontualmente, dos interesses do capital. A narrativa histórica do Direito Penal é assoberbada de graves violações a direitos e garantias individuais e coletivos. É

.....
⁴ SILVA SANCHÉZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 21).

verdade que alguma doutrina busca consagrar alternativas de ressignificação de institutos penais e processuais penais e que já formula a denúncia de um Direito opressivo, prepotente, ávido por fisgar novos “clientes” para testar as figuras delitivas que inocula no ordenamento repressivo. Inclua-se nessa corrida civilizatória libertária o oxigênio minimalista de Alessandro Baratta, o Garantismo de Luigi Ferrajoli, o Abolicionismo de Louk Hulsman, a Criminologia Crítica de Rosa Del Olmo, de Vera Regina Pereira, de Nilo Batista, para citar algumas expressões do contradiscurso ao ódio punitivista.

Mas não é menos verdadeiro que não é esse o quadro que se apresenta nas rotinas das pautas penais. Silva Sanchez anota o pensamento da Escola de Frankfurt, que afaga um modelo de Direito Penal ultraliberal, (encapsulado em um “Direito Penal Básico”), que eleja como objeto “as condutas atentatórias à vida, à saúde, à liberdade e à propriedade, com manutenção das máximas garantias na lei, na imputação da responsabilidade e no processo”⁵). E constata, nesse sentido, a evolução da “cruzada contra o mal” destituída de racionalidade.

Esse filão seduz parte do sistema de justiça criminal, mas não o seu todo. Na hipótese do processo de Luiz Inácio Lula da Silva, o que atrai é o paradigma do obscurantismo, dos velhos métodos do Santo Ofício, da patologia acusatória, da perseguição penal sem tréguas, sem direitos, sem reverência ao devido processo legal ou a garantias constitucionais, em especial, ao princípio universal da não-culpabilidade, da presunção da inocência. Inspira-se, nesse caso emblemático, nos fios condutores do Direito Penal do Inimigo, de Terceira Velocidade, aplicado a sujeitos de elevada periculosidade. Esse protagonista “do mal” seria um “cidadão” que transitou para a espécie “inimigo” em uma travessia que inclui “a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas”⁶.

3. O Processo Lula e o Direito Penal de Terceira Velocidade

O Processo de Luiz Inácio Lula da Silva, nesse contexto, se apresenta como indisfarçável ambiente de expressão de intencionalidade punitiva do sistema de justiça brasileiro, da utilização precisa do Direito Penal em sua característica célere e intensa, na perspectiva dramática e insana de contemplar o Direito em sua mais abusiva expressão de vingança, de resposta coercitiva, e, mais que isso, na hipótese da força togada, de inadmissível cooptação partidarista de pouca evidência no painel

.....
⁵ Idem.

⁶ Idem, p. 149.

do mundo jurídico no país. E isso está apontado nos questionamentos suscitados por especialistas da área jurídica, desnutrindo a lamentável decisão colegiada dos desembargadores do TRF-4 que, ao lado de *negar o recurso* da defesa de Lula, mantendo a condenação de Sérgio Moro, aumentou a pena para 12 anos e 1 mês de prisão, pela prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

Limites de tempo e espaço impõem a redução deste texto a um quarteto crítico de pontos significativos do que se afirma quanto à ideologia punitivista dos desembargadores do TRF-4, ao apreciarem o recurso da defesa, sem subtrair, contudo, uma parcela mínima da animosidade que permeou (e continua a se espriar) por todo o processo acusatório do Presidente Lula. Por essa quadra, direcionamos o debate no sentido de problematizar alguns dos aspectos que maculam a conduta do colegiado e sua decisão de extremada feição político-ideológica: a celeridade no julgamento, a lesão ao princípio da congruência, a severidade da exacerbação da pena e a prisão de Lula atropelando prazos regimentais do próprio TRF-4.

A celeridade processual deveria se constituir um mantra, nunca, uma deformidade acumulativa de decisões ao longo do tempo. No processo de Lula, entretanto, um dos alvos de crítica é alusivo à pressa com que o Tribunal julgou o recurso da defesa. “A Lava Jato está inaugurando a justiça a Jato, uma justiça seletiva. O tribunal desrespeita a ordem de distribuição dos processos e passa esse processo na frente. [...] a corte se assume como um tribunal de exceção. A denúncia de Luiz Fernando Pacheco, advogado criminalista, é reveladora da seletividade que pulsa no tratamento judicial ao processo de Lula e à estranha colocação à frente de outros já habitantes do Tribunal. O ex-Ministro da Justiça, Eduardo Aragão, questiona a rapidez do TRF-4, apontando a média de 70 dias para revisão no colegiado. “Como alguém faz um voto de revisão num caso tão complexo em seis dias?”⁷, indaga o ex-Ministro. De modo igual, a defesa de Lula, Cristiano Zanin Martins, reafirma a quebra do princípio da isonomia com a “tramitação recorde” do caso no TRF-4. A crítica ao procedimento incomum, além de instituir um julgamento político, atropela interesses de réus cujos processos foram preteridos pelo órgão julgador⁸.

A postura do TRF-4, desse modo, se ajusta às concepções que informam a crítica criminológica ao Direito Penal desigual e configurador, enquanto parte constitutiva da ideologia dominante que define o ‘cidadão’, tanto em termos formais como o seu negativo, o ‘anticidadão’ (o que ousa transgredir)⁹. O Direito Penal

.....
7 Idem.

8 Idem

9 AZEVÊDO, Jackson Chaves de. *Reforma e “contra” – reforma penal no Brasil*. Florianópolis: OAB-SC ED. 1999, p. 37.

aclamado como primeiro instrumento de reação à violência globalizada é o mesmo que se trouxe em espaço anterior, marcado por novas figuras penais, exacerbação de penas e restrição crescente de garantias fundamentais. Tudo isso na perspectiva de punir atos praticados por sujeitos a quem o Estado confere o título de “inimigos”¹⁰ (pobres, negros, comunidade indígena sem-terra, adolescentes “infratores”, movimentos sociais e agora, políticos, partidos políticos, ideias que confrontam a ordem posta). O Acórdão do TRF-4 inclui Luiz Inácio Lula da Silva nesse universo constituído por inimigos do Estado, logo, “não pode esperar ser tratado como pessoa, e o Estado também não deve tratá-lo, já que, do contrário, vulneraria o direito à segurança dos demais indivíduos”¹¹. Nesse sentido, “o legislador ameaçaria os inimigos do Estado, com a imposição de penas mais rigorosas, supressão das garantias fundamentais, entre outros”¹².

Que motivação compeliaria um julgador a decidir fora dos horizontes (para mais, para menos ou de modo diverso) alinhados pela parte que postula? Inadmitida, por respeito à toga, ignorância da lei, resta a suspeita da vontade política de ulcerar a regra processual. Nesse propósito, segundo aspecto a merecer reflexão é a afronta do TRF-4 ao Princípio da Congruência, (ou da adstrição), explicitado no Art. 492 do CPC/2015¹³. Na compreensão de Lacerda teria ocorrido nova condenação no julgamento, ou seja, a decisão do TRF-4 divergiu da sentença, quando “entendeu que Lula articulou um esquema de corrupção com a finalidade de financiamento de partidos políticos, agindo nos bastidores mediante a indicação de cargos-chave na estrutura de uma organização criminosa”¹⁴. Ocorre que essa inovação, além de se constituir objeto justificador da condenação, obstruiu o direito de defesa de Lula. Silva Jardim, ao participar de debate que pautava o julgamento de Lula, censurou o tempo de fala do relator João Pedro Gebran, sugerindo que a condenação do Presidente teria sido vinculada a nomeação de diretores e gerentes da Petrobras, que não constituem objeto de acusação, desobrigando Lula a produzir defesa so-

.....
¹⁰ SILVA, Louise Trigo da. *Algumas reflexões sobre o direito penal máximo*. Revista DIREITO MACKENZIE, 2014. v. 6, n. 2, p. 217-224. Disponível em <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/viewFile/6649/4617>. Acesso em 28 de maio de 2018.

¹¹ (JAKOBS, 2007, apud SILVA, 2014, p. 226). Disponível em <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/viewFile/6649/4617>. Acesso em 28 de maio de 2018.

¹² Idem, p.226.

¹³ Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.

¹⁴ LACERDA, Fernando Hideo. <https://www.brasil247.com/pt/247/brasil/338384/Juristas-s%C3%A3o-un%C3%A2nimes-n%C3%A3o-h%C3%A1-prova-contra-Lula.htm>.

bre esse fato¹⁵. A propósito desse desvio de objeto de pedido, as críticas se fazem presentes desde a sentença de Moro, persistindo o procedimento de incontida intencionalidade punitiva no Acórdão do TRF-4.

Não bastou ao sistema de justiça criminal do Rio Grande do Sul valer-se de uma pauta antecipada ou de inovar no julgamento. A ordem “invisível” era acelerar o resultado previamente conhecido. O “inimigo” era um político de elevada capilaridade, representava um risco a possibilidade de uma prescrição decorrente de sua idade, mais de setenta anos¹⁶ para o projeto de “expulsão sociopolítica” da condição de sujeito histórico, identitária de Lula. Uma vez mais prevaleceu o caráter ideológico da lei e da ordem para a crucificação do homem que representava, na sua humana inserção no país, milhares de outros/outras iguais a ele. A pena aplicada por Sérgio Moro não contemplava a dimensão do risco de uma provável liberdade de Lula. Nesse contexto estrategicamente articulado, o tempo de confinamento implodiu o conceito de media, para ser elevado de 09 para 12 anos e um mês. Também atraiu as atenções o discurso afinado do resultado, inusual no TRF-4, que enfrenta percentuais de três casos de unanimidade entre 10 julgados.

“Foi deliberado”, disparou Silva Jardim, observando a chance concreta da prescrição da corrupção passiva e da lavagem de dinheiro. “O tribunal sabe disso. E aumentou para evitar a prescrição. Isso é absolutamente censurável, para ser delicado e usar uma expressão suave.”¹⁷. Na interpretação da advogada Martir Silva, a unanimidade da decisão e o aumento de pena significam que “o judiciário politizou o julgamento¹⁸, tratou-se de um ato de “deliberação política”¹⁹. Na leitura de Armando Costa Jr., a intencionalidade da decisão passa pela tentativa de inviabilizar a disputa eleitoral de Lula em 2018²⁰.

.....
¹⁵ SILVA JARDIM, Afrânio. Disponível em <http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2018/02/afranio-jardim-condenacao-de-lula-e-um-projeto-muito-bem-combinado-e-articulado>. Acesso sem 29 de maio de 2018.

¹⁶ Art 115 – São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209 de 11.7.1984)

¹⁷ SILVA JARDIM, Afrânio. Disponível em <http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2018/02/afranio-jardim-condenacao-de-lula-e-um-projeto-muito-bem-combinado-e-articulado>. Acesso em 28 de maio de 2018.

¹⁸ MARTIR SILVA. Disponível em <https://www.opovo.com.br/noticias/politica/2018/01/para-jurista-aumento-de-pena-a-lula-foi-u201cdeliberacao-politica-u2.html>. 25.01.2018. Acesso em 28 de maio de 2018.

¹⁹ Idem

²⁰ COSTA JR, Armando. Disponível em <https://www.opovo.com.br/noticias/politica/2018/01/para-jurista-aumento-de-pena-a-lula-foi-u201cdeliberacao-politica-u2.html>. 25.01.2018. Acesso em 28 de maio de 2018.

A hipótese é cristalina. Também nesse recinto, os dogmas do Direito Penal do Inimigo vitalizaram a manifestação unânime dos desembargadores do TRF-4. O rigor extremo com que elevaram a pena de Lula não cabe na avaliação acriçada de que estariam sustentados por critérios de um Estatuto Repressivo meramente sancionador, de recorte garantista. Nota-se, isto sim, que a Teoria de Jakobs (Direito Penal do Inimigo) incidiu sobre Luiz Inácio, alcançando o Presidente em um suposto mundo futuro para além do momento atual. Na concepção formulada pelo jurista alemão, noticiada por Rogerio Greco, para os que decidiram se distanciar do Direito “a punibilidade se adianta um grande trecho, até o âmbito da preparação, e a pena se dirige a assegurar fatos futuros, não a sanção de fatos cometidos”²¹.

Por fim, fechando o traçado desse quarteto, ressaltamos o do TRF-4 e do Juiz Moro, na presteza com que latejaram sobre a liberdade de Lula. Sentimentos de indignação, surpresa e repulsa, se misturaram, diante da violência de sua prisão antecipada, desfigurando um dos mais nobres princípios que fundamentam a República Federativa do Brasil, o princípio da presunção da inocência. A medida pulsou por todos os recantos do país e na comunidade internacional, repercutindo negativamente o modo como o sistema de justiça do Brasil despreza a ordem democrática. Manifestações das mais diversas áreas demonstravam contrariedade ao que se instituiu como a clara afirmação de Luiz Inácio Lula da Silva como preso político, segregado por suas convicções partidárias, ideológicas e probabilidade de ser reconduzido à presidência da República, em 2018, horizonte desagradável às elites no poder. A Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD) mobilizou entidades para defenderem o princípio constitucional da presunção da inocência e repudiarem a prisão após condenação em segunda instância, como decidiu, arbitrariamente, o STF, violando o Art. 5º, LVII, da Constituição em vigor, que expressa: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença criminal condenatória.

Contra a expectativa de que os guardiões do Texto Constitucional não iriam adotar posição violadora de seus princípios, o Juiz Moro tripudiou sobre a possibilidade de embargos contra a decisão do TRF e, sob a alegação de que o recurso é uma “patologia protelatória e que deveria ser eliminada do mundo jurídico”²², determinou a prisão de Lula, autorizada pelo Tribunal Regional no prazo-relâmpago

.....
²¹ GRECO, Rogerio. *Direito Penal do Inimigo*. 2012. Disponível em <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>. Acesso em 29 de maio de 2018.

²² Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-abr-06/hc-stj-defesa-lula-critica-gana-encarcerar>. Acesso em 29 de maio de 2018

de menos de 20 horas após decisão do STF e expediu a ordem em cerca de 20 minutos após decisão do TRF-4. Sem intimação, sem prazo, sem recurso. Ao arbítrio e ilegalidade dos que estavam no comando do corpo de Luiz Inácio Lula da Silva.

“A presunção de inocência representa talvez a mais importante das salvaguardas do cidadão, considerado o congestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário brasileiro, no bojo do qual tramitam atualmente cerca de 100 milhões de processos a cargo de pouco mais de 16 mil juízes”, expressa o Ministro Ricardo Lewandowski, do STF. José Afonso da Silva, jurista renomado e fonte de citação frequente pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, enaltece a relevância da presunção de inocência, em Parecer elaborado por solicitação da defesa de Lula, e reafirma que “O princípio da presunção de inocência tem a extensão que lhe deu o inc. LVII do art. 5º da Constituição Federal, qual seja, até o trânsito em julgado da sentença condenatória. A execução da pena antes disso viola gravemente a Constituição num dos elementos fundamentais do Estado Democrático de Direito, que é um direito individual fundamental”.

O diálogo estabelecido nestas reflexões não basta para um debate que leve os interessados à solução imediata de uma situação que empalidece a democracia, mas abre espaços para que esse debate se faça, sempre e sempre. A prisão de Luiz Inácio da Silva é circunstancialmente um massacre às liberdades públicas, um roubo qualificado de nossas instancias libertárias e constitucionalmente um escárnio violento, um corte sangrento nos princípios constitucionais, no Estado Democrático de Direito. Sacraliza o autoritarismo, brutaliza a legalidade, desumaniza a função jurídica e despe o mínimo de conduta ética esperada de quem enverga as vestes talares. Para usar a lei na tentativa de construir espaços de justiça, nunca, para eleger “inimigos” e usar a lei para destitui-los de sua condição humana.

Mais do que ambíguo ou impreciso, o discurso da lei é enigmático. Ele joga, estrategicamente, com os ocultamentos para justificar decisões, disfarçar a partilha do poder social e propagar, dissimuladamente, padrões culpabilizantes. Conceitos ideologicamente condicionados encobrem práticas de terror racionalmente banalizadas. Utopias perfeitas explicam, com razões, a produção institucional de um sujeito de direitos sem direito à transformação autônoma da sociedade. Enfim, uma enorme carga ideológica que atravessa todo o processo de interpretação da lei²³.

.....
²³ WARAT, Luiz Alberto. *Epistemologia e o ensino do direito: o sonho acabou*. Coordenadores: (Orides Mezzaroba, Arno Del Ri Junior, Aires José Rover, Cláudia Sevilla Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteaux. 2004.

A CRISE MORAL NÃO JUSTIFICA O FIM DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Rafael Faria¹

“Há casos em que a sentença já está escrita antes do crime”.

José Saramago

Um dos efeitos negativos da operação “Lava Jato” foi a (in)utilização do princípio da presunção de inocência. Isto, porque, basta nos confrontarmos com as premissas utilizadas no acórdão publicado em desfavor do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, não há como afastar também os comentários acerca do nóvel modelo inquisitório de prisões com o objetivo cruel de obter-se a delação premiada.

O acórdão é peremptório em reconhecer que o que deveria ser exceção, é regra, tratando do assunto com a naturalidade denunciada no mundo líquido apontado por Bauman.

Leitura do item de nº “6. A determinação de diligências na fase investigativa ou mesmo a condução coercitiva de investigados ou decretação de prisões cautelares fazem parte do cotidiano jurisdicional e não acarretam a quebra de imparcialidade do julgador ou a nulidade do feito”.

É triste, senão lamentável, que, em pleno Século XXI, um acordo de delação premiada tenha a pachorra de (des)qualificar, não só o Ex-Presidente da República, como dezenas de pessoas, sem o material mínimo de corroboração. A intranquilidade trazida no bojo da delação de Leo Pinheiro passa, num só tempo, pela duvidosa constitucionalidade, mas também pelo prazo concedido aos anexos que supostamente dariam azo para a sua homologação.

Não é novidade que, para se obter um bom acordo de colaboração premiada junto ao Ministério Público Federal, é imprescindível que o conteúdo abale a República. Contudo, a sensação que se tem é que a figura de Nero jamais foi tão bem representada como nos dias atuais, pois, em que pesem as descobertas (supos-

.....
¹ Rafael Faria é advogado, professor de processo penal da Universidade Candido Mendes-RJ e UNIG-RJ.

tamente) não republicanas, estas trazem efeitos catastróficos para as tão sonhadas bases constitucionais da carta de 1988.

Perguntados inúmeras vezes sobre tais efeitos, os procuradores e os juízes à frente do caso (operação “Lava Jato” e suas ramificações) fazem como Pilatos, em suma, alegam que nada fizeram, comparativamente, afirmam que não são responsáveis pelos reflexos negativos na Constituição. A divergência fática sobre o real motivo do incêndio de Roma faz com que duas versões surjam também para o atual comportamento daqueles, pois, em Roma, a divergência histórica ainda persiste (i) a de que o imperador Nero teria ordenado o incêndio, com o propósito de construir um complexo palaciano, já que o senado romano havia indeferido o pedido de desapropriação para obras ou (ii) a de se atribuir ao imperador a condição de demente, uma vez que ele provocara o incêndio para inspirar-se, poeticamente, e poder produzir um poema, como Homero ao descrever o incêndio de Troia.

Analogicamente, não necessariamente alternativo, o item (i) serviria para dar um protagonismo que o Ministério Público jamais teve ou (ii) o poético martelo da justiça servira como ferramenta para livros, destaques em periódicos e trampolins para catapultar jovens “juristas” como justiceiros, de um povo tão inocente e cheio de ingenuidade como os brasileiros.

Triste, porque a Justiça depende, para o seu bom funcionamento, do diálogo entre todas as instituições, notadamente, entre aquelas que são, reconhecidamente, indispensáveis à sua Administração, circunstância esta que um juiz de direito, a quem cabe aplicar as leis e fiscalizá-las, jamais deveria desconhecer.

Sendo o Dr. Sergio Fernando Moro indubitavelmente parcial, inepto ao exercício da magistratura, longe da função equidistante que cabe ao juiz “sem rosto” àquele que diz o que é o Direito. O aqodamento por poder e seus escusos talentos acusatórios serão lembrados pela história. Exemplo disso é que todos se lembram de Sócrates, mas ninguém se lembra do nome do seu carrasco.

Dante Alighieri, em *A Divina Comédia*, destaca que os lugares mais sombrios do inferno estão reservados àqueles que se mantiveram neutros em tempos de crise moral. A história certamente se levantará para tentar traduzir o sentimento do Ex-Presidente.

Convite à leitura ao deboche jurídico incluso no acórdão que chancelou a condenação do Ex-Presidente Lula, parece anedota, mas não é.

Na premissa de nº. 20 “A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a melhor formulação é o ‘*standard*’ anglo-saxônico – a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer

dúvida razoável –, consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional’, consoante precedente do STF, na AP 521, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 05.02.2015”.

Talvez seja relevante saber que tudo que ocorrera neste processo pode ser conceituado como qualquer coisa, menos como presunção de inocência, ao revés.

Aqui, fica consignado a luta incansável dos advogados que subscreveram a defesa, se dispuseram a confrontar os jogadores deste processo penal, que foi aplaudido por Roma, que abdicaram de sua seriedade, e se despojaram da sua dignidade, para fazerem um jogo a que não podem se prestar, dada a importância da advocacia.

Em nome da presunção de inocência, a vontade, como nunca pode ser satisfeita, é a causa de toda dor. Assim, vivemos mergulhados na dor para termos apenas alguns limitados momentos de prazer. O prazer de um dia ver que a tal presunção está tão viva quanto a expectativa de um futuro cujo reconhecimento aos pilares constitucionais seja a base de um processo criminal.

Leitura da premissa nº 8: “A participação em eventos, com ou sem a presença de políticos, não macula a isenção do magistrado, em especial porque possuem natureza meramente acadêmica, informativa ou cerimonial, sendo notório que em tais aparições não há pronunciamentos específicos a respeito dos processos em andamento”.

Tudo que se vê nos últimos julgados, sobretudo dos tribunais superiores, é a utilização de um reducionismo moralista.

Não obstante, o exame epistemológico do julgamento anunciado e tendencioso, de um modo geral, revela um novíço sistema de interpretação, seja ele constitucional ou não.

O saudoso professor Helio Tornaghi advertia que “o que se procura com a interpretação é o conteúdo da lei, é a inteligência a vontade da lei, não a intenção do legislador. Este é pessoa imaginária, cuja vontade dificilmente se chega a saber que coisa é, até porque o legislador é, na maioria dos casos, órgão coletivo, em que cada componente, como pessoa física, tem vontade própria e possivelmente diversa dos demais.”

Ao lermos o conceito de Tornaghi, verifica-se que o professor não previa a análise dos dias atuais, vez que a opinião pública tem servido de fonte e limite para o julgador. Não se cogita alimentar tal fenômeno como elemento utilitário quando o assunto é o estudo interpretativo, mas por que não o definir como parâmetro de resposta social? Ou até mesmo ao propósito político?

No vale tudo interpretativo, tudo que se pede ao operador do direito é o seu conhecimento jornalístico e histórico daquele lugar, vez que num só tempo a opinião

pública coloca em jogo a estabilidade processual (jurisprudência) e a segurança jurídica, pois de acordo com o espectador se muda o paradigma.

Fruto do Estado Pós-Democrático, denunciado por Rubens Casara, “Um Estado que, para atender ao ultraliberalismo econômico, necessita assumir a feição de um Estado Penal, de um Estado cada vez mais forte no campo de controle social voltado à consecução dos fins desejados pelos detentores do poder econômico”.

Revelar-se-á um pacto perigoso do sistema interpretativo contemporâneo. Como no livro *O Mercador de Veneza*, escrito por William Shakespeare, o Judiciário se impõe num formato (des)proporcional ao tentar em nome da moralidade estabelecer uma garantia de supremacia. Do contrário, tal comportamento só seria menos abusivo se comparado ao “preço” exigido por Shylock ao Signore Antonio, uma libra de carne tirada de qualquer parte do corpo do devedor caso o empréstimo não fosse pago.

Assim, convém destacar que formato da discricionariedade interpretativa ameaça e diminui a autonomia do próprio Poder Judiciário, pois se fomentam os meios de comunicação no seu melhor viés, qual seja, difundir o direito penal e sua aplicação no modelo lei e ordem.

Para tanto, a busca pela racionalização e, não menos importante, por parâmetros objetivos para a interpretação, necessário se clama pela ética em troca da moral, do princípio da segurança e da segurança jurídica, que certamente estariam comprometidos se os julgadores do direito, por motivo de abertura e da riqueza semântica da lei, pudessem atribuir-lhes qualquer significado, à revelia dos cânones hermenêuticos e do senso comum, ou melhor, da opinião pública.

Gustav Radbruch, em filosofia do direito, nos ensina que: “diríamos eu no âmbito da sociedade política, ninguém pode dizer o que é justo, é preciso que alguém defina, pelo menos, o que é jurídico, até porque, a esta altura da História, parece incogitável abandonar o Estado de Direito e retornar à lei do mais forte. Quem decide, afinal, pouco importa, porque essa é uma questão de escolha nos diferentes ordenamentos jurídicos; o importante, sim, é que alguém decida por último e que essa decisão seja acatada por todos”.

Devem as decisões serem acatadas por todos, inclusive pela opinião pública.

Sigamos em frente na luta em defesa da Constituição, da cidadania, da justiça social, da ordem jurídica e dos direitos humanos. Esqueçamos estes genuínos “míopes do direito”, pois em tantas guerras, revoluções, revoltas e inconfidências, tivemos (nós advogados), com nossa legítima defesa, o uso da palavra, a insistência e resistência foi capaz de parar a decapitação, o corte das mãos e (hoje) do corte de nossas línguas, deverão ouvir em alto e bom som que a Justiça é tudo que queremos.

SEJA MARGINAL, SEJA HERÓI: A RECOMPREENSÃO DA SELETIVIDADE PENAL

Daniela Portugal¹

Compreender a seletividade penal significa ler as entrelinhas do discurso jurídico para perceber que o “sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas mais que contra certas ações”². A ausência de neutralidade da norma penal pode ser percebida desde a sua elaboração e previsão abstrata, até sua aplicação jurídica e posterior execução em concreto.

Tome-se como exemplo histórico os artigos 295 e 296 do Código Criminal do Império, de 1830, que tipificavam as condutas de não tomar ocupação honesta sem possuir renda suficiente e de praticar mendicância. Note-se que a simples ausência de ocupação laborativa não fazia do sujeito um criminoso, mas apenas alcançava aqueles que não possuíssem renda, como expressamente referido no dispositivo.³

Possível citar, ainda, analisando o Código Penal Republicano de 1890, a previsão legal, no art. 402, do delito de capoeira, que punia com prisão aquele que praticasse, em ruas ou praças públicas, exercício de capoeiragem. O referido diploma chegava a criminalizar, no art. 392, a mendicância praticada por inválidos nos locais em que houvesse hospícios e asilos.⁴

.....
¹ Doutora em Direito Penal (UFBA). Professora de Direito Penal (UFBA).

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. v. 1. Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 70.

³ BRASIL, Lei de 16 de Dezembro de 1830. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm?TSPD_101_R0=22e28d6a433eeffe69a183569364ace4z1B0000000000000000db1cfbaffff0000000000000000000000000000005b09e05b002e322933> Acesso em 26 de maio de 2018.

⁴ BRASIL, Decreto nº 847, de 11 de Outubro de 1890. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm?TSPD_101_R0=2b47758bdceaa174ab7652e0a9278698q5v0000000000000000db1cfbaffff00000000000000000000000000000000005b09e23b0018604aee](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm?TSPD_101_R0=2b47758bdceaa174ab7652e0a9278698q5v0000000000000000db1cfbaffff000000000000000000000000000000005b09e23b0018604aee)> Acesso em 26 de maio de 2018.

Recorde-se ainda o Código Penal de 1969, revogado antes de entrar em vigor, que refletia especialmente os interesses das Forças Armadas ao criminalizar a participação de greve no art. 222, assim como o aliciamento para suspensão ou abandono de trabalho, figura punida no art. 223.⁵

Analisando o Código Penal de 1940, ainda em vigor, percebe-se o rigor no tratamento dos crimes contra o patrimônio em comparação com a tutela dispensada a outros bens jurídicos, punindo o furto com pena mais gravosa que o sequestro; o roubo com pena superior ao tráfico de pessoas.⁶

É flagrante o direcionamento do aparato punitivo estatal a determinada parcela da população, prova viva de que as normas jurídicas têm destinatário certo – possuem cor, gênero e classe social. Portanto, a seletividade penal, como explica a música, impõe entender que “todo camburão tem um pouco de navio negreiro”⁷.

As diferentes justificativas e formas de exercício do poder punitivo vistas ao longo dos anos guardam entre si um denominador comum: o objeto do controle. Assim destacou Foucault, ao abordar o processo de transição das penas aflitivas para a pena privativa de liberdade, quando concluiu que “a reforma do direito criminal deve ser lida como uma estratégia para o remanejamento do poder de punir”⁸, que não está voltada para a humanização da sanção penal, mas para a adequação do aparato de controle à nova economia política.

Para se compreender como o sistema penal efetivamente opera, a análise da execução da pena deve se apresentar não como ponto de chegada, mas como ponto de partida para um estudo crítico. O INFOPEN, em 2016, na divulgação de dados acerca dos crimes que geraram encarceramento (cautelar ou definitivo), sequer menciona a Lei de Lavagem de Capitais, Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária e a Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, respectiva-

.....
⁵ BRASIL, Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de Outubro de 1969. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 27 de maio de 2018.

⁶ O furto encontra-se tipificado no art. 155 com pena de reclusão de um a quatro anos, além da multa; o sequestro é conduta punida no art. 148 com pena de reclusão de um a três anos; o roubo, previsto no art. 157, é punido com pena de reclusão de quatro a dez anos, além da multa; já o tráfico de pessoas, art. 149-A, prevê pena de reclusão de quatro a oito anos – todos do Código Penal vigente.

⁷ YUKA, Marcelo. *Todo camburão tem um pouco de navio negreiro*. Rio de Janeiro: O Rappa, 1994.

⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Nascimento da Prisão. Tradução Rachel Ramalhete. Petrópolis: vozes, 1987, p. 69.

mente leis nº 9.613/98, 8.137/90 e 7.492/86 – conhecidas por integrarem o rol dos chamados “crimes de colarinho branco”⁹.

O crime de corrupção passiva, delito praticado por funcionário público contra a administração pública previsto no art. 317 do código Penal, é responsável somente por 50 prisões (já computadas tanto as prisões cautelares quanto as definitivas) – número absolutamente inexpressivo para um rol de 620.583 mil presos¹⁰.

Tal cenário sempre levou a afirmar que a seletividade penal sempre se voltou, exclusivamente, para a punição da população pobre, valendo-se, para isso, da imputação de crimes contra o patrimônio e dos delitos previstos na Lei nº 11.343, de 2006, a Lei de Drogas, já que figuram as duas principais justificativas formais de encarceramento no país.

Como bem destaca Alessandro De Giorgi, as classes sociais despossuídas consistem o objetivo principal das ações penais, de modo que contra elas se dirigem as diversas articulações político-criminais – “isso significa que será a condição do proletariado marginal que determinará os rumos da política criminal e, por conseguinte, o regime de ‘sofrimento legal’ imposto àqueles que forem punidos por desrespeito às leis.”¹¹

Inexistente a esperança de o sistema penal vir a prever, para os crimes comuns, os mesmos benefícios historicamente destinados aos delitos de “colarinho branco”¹², a expectativa social de equidade e neutralidade do aparato de justiça passou a se voltar para o endurecimento no tratamento dos crimes econômicos historicamente alheios ao processo de encarceramento.

A crescente propagação do discurso de que a lei penal “vale para todos”, fortalecida a partir das prisões processuais e penais do “Mensalão” e da “Lava Jato”,

⁹ INFOPEN, Levantamento nacional de informações penitenciárias. Atualização junho de 2016. Organização Thandara Santos; Colaboração Marlene Inês da Rosa et. al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 40-41.

¹⁰ INFOPEN, Levantamento nacional de informações penitenciárias. Atualização junho de 2016. Organização Thandara Santos; Colaboração Marlene Inês da Rosa et. al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 40-41.

¹¹ GIORGI, Alessandro de. A miséria governada através do sistema penal. Tradução Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico. v. 12. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006, p. 39.

¹² Cite-se, como exemplo, as Portarias nº 75 e 130, de 2012, do Ministério da Fazenda, que determina o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) – parâmetro que acaba sendo utilizado para fins de aplicação do princípio da insignificância nos delitos contra a ordem tributária pelos Tribunais Superiores (STJ, REsp 1709029/MG, DJe 04/04/2018). Vale ainda mencionar a Lei nº 10.684, de 2003, que autoriza, no art. 9º, a extinção da punibilidade nos crimes tributários mediante pagamento, a qualquer tempo, do débito correspondente.

passou-se a sustentar que o sistema penal estaria passando a operar em uma nova lógica, não mais seletiva, contrário à impunidade das classes dominantes.

Foi o que defendeu a Procuradora Geral da República Rachel Dodge durante o Brazil Conference, realizado na Universidade de Harvard, Boston, no dia 7 de abril de 2018, ao afirmar que “a impunidade tem sido seletiva: o ciclo judicial – que inclui investigação, denúncia, processo, julgamento, condenação e execução da pena – é expedito para muitos e demasiado lento ou inconcluso para outros”¹³.

Resta analisar, criticamente, se a tradicional e conhecida lógica da seletividade racial e econômica é rompida pela condenação do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, recentemente confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em Porto Alegre, com o já esperado acórdão de julgamento da apelação criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR.

Apesar da complexidade do caso, tratando-se de processo com diversos réus e inúmeros incidentes processuais, o processo que condenou o ex-Presidente foi o que mais rápido chegou à 2ª instância de julgamento, levando tão somente 42 dias desde a sentença condenatória até o início do processamento do recurso, tratando-se do trâmite mais rápido de todas as apelações oriundas da Lava Jato com origem em Curitiba.¹⁴

Conforme divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça, o TRF4 opera com pelo menos 28.461 mil casos novos e 33.805 mil processos pendentes somente na esfera criminal, excluídos os processos de execução penal. Com isso, o tempo médio de tramitação dos processos criminais de primeiro grau da 4ª Região é 1 ano e 7 meses; e de 10 meses para a tramitação em segundo grau para a mesma região.

A aceleração processual, tão estranha aos processos criminais, mesmo para aqueles em que há réu preso, não é fruto de simples acaso ou de coincidência, pois o tempo, aqui, revela o real intento do processo, não declarado na denúncia, nem na decisão condenatória: impedir que o réu Luiz Inácio Lula da Silva consiga se eleger, novamente, Presidente da República, já que se trata do candidato favorito para o pleito, com amplo apoio das classes populares.

.....
¹³ DODGE, Rachel Elias Ferreira. *Corrupção, Integridade e Lei válida igualmente para todos: Ninguém Acima da Lei e Ninguém Abaixo da Lei*. Palestra disponível em <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/BrazilConferenceHarvardMIT_New.pdf> acesso em 27 de maio de 2018.

¹⁴ CARAZZAI, Estelita Hass; TAVARES, Joelmir. Recurso de Lula foi o que mais rápido chegou à 2ª instância. *Folha de São Paulo*, 25 de agosto de 2017. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/08/1912821-recurso-de-lula-foi-o-que-mais-rapido-chegou-a-2-instancia.shtml>> acesso em 27 de maio de 2018.

Compreender seletividade penal importa identificar que a existência ou não de um processo penal, bem como a escolha do sujeito processado e o momento da intervenção importam mais ao Estado do que o objeto declarado da denúncia. Nesse sentido falar da velocidade do trâmite processual, marcado pela supressão de etapas processuais, pelo indeferimento das provas requeridas pela defesa, e pela antecipação da execução da pena enquanto ainda não esgotados os meios defensivos, é atentar para apenas um pequeno aspecto em um vasto rol de ilegalidades.

Todo o esforço processual em viabilizar o encarceramento imediato do ex-Presidente às vésperas das eleições faz notar, ao fim, a velha seletividade, mesmo no processamento dos ditos “crimes de colarinho branco”, mas com um novo componente: a representatividade. A prisão do candidato favorito do proletariado demarca o aprisionamento da voz popular e, conseqüentemente, das políticas públicas atentas às classes mais pobres.

Trata-se, então, de uma seletividade representativa, isto é, de um direcionamento que se opera não diante de um sujeito individualmente considerado, mas de uma coletividade por este simbolizada – e, nesse particular, nada muda: são, ainda, os mesmos alvos desde as mais remotas legislações criminais brasileiras até o dia de hoje. As velhas práticas elitistas e seus novos discursos jurídicos fazem lembrar a oposição e resistência da arte de Hélio Oiticica, “seja marginal, seja herói”, de 1968¹⁵. De Golpe a Golpe, aprende-se de que lado estão os verdadeiros heróis de um povo.

.....
¹⁵ OITICICA, Hélio. Itaú Cultural. Disponível em: <<http://enciclopedia.itaucultural.org.br/pessoa48/helio-oiticica>> acesso em 27 de maio de 2018.

O ACÓRDÃO QUE CONDENOU UMA IDEIA

*Fernando Hideo I. Lacerda*¹

Ressobram análises políticas e jurídicas sobre a condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Todavia, quem melhor compreendeu a essência dessa perseguição foi o próprio Lula: “eu não sou mais um ser humano, sou uma ideia”. Numa autêntica democracia, seres humanos devem ser julgados e responsabilizados conforme a lei por aquilo que fazem. Em nosso Brasil contemporâneo, formas de vida e concepções políticas são eliminadas de acordo com os interesses do capital materializados no discurso midiático oficial, simplesmente por serem aquilo que são.

Um processo penal constitucional deveria apurar a ocorrência ou não de fatos, ações ou condutas criminosas praticadas por alguém. O processo penal de exceção do qual o ex-presidente tem sido vítima – o mesmo tradicionalmente empregado contra uma humanidade subalterna aos interesses econômicos – destina-se a perseguir indivíduos inúteis ou indesejáveis à racionalidade neoliberal.

Vivemos a crença insana de que teremos um mundo mais segura encarcerando pessoas em calabouços infernais. O levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN 2017 descortinou em números a triste realidade brasileira: com 726.712 pessoas privadas de liberdade, assumimos o terceiro lugar no *ranking* dos países que mais prendem no mundo. Como se não bastasse a desonrosa medalha de bronze, face os nossos três concorrentes diretos nesse pódio autoritário (Estados Unidos, China e Rússia) somos o único país cuja população carcerária segue aumentando.

.....
¹ Fernando Hideo Iochida Lacerda é 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.

O público alvo do nosso sistema penal é bem definido: jovens negros de baixa escolaridade, acusados de tráfico e crimes patrimoniais. Os dados revelam que 55% dos presos têm até 29 anos, fração que se eleva a 74% se considerarmos os que possuem até 34 anos. No total, 64% são negros. Se considerados apenas a população do sistema penitenciário federal, 73% são negros. Do total de presos, 80% não concluiu o Ensino Médio. Em contrapartida, 0% possui Ensino Superior Completo. Quanto os homens, mais de 70% é acusado por tráfico ou crimes patrimoniais. Já em relação às mulheres, mais de 60% delas são acusadas por tráfico.

O que fazer diante desse cenário? Lutar pela universalização dos direitos e garantias fundamentais à população marginalizada e discriminada ou pela universalização do arbítrio à classe privilegiada? Não deveríamos ter dificuldade para responder essa questão, pois é evidente que o discurso da suposta universalização do arbítrio revela um déficit cognitivo insuperável e uma degeneração moral irreversível.

Ao legitimar-se a extensão do arbítrio através da negação de direitos fundamentais a mais uma parcela da população (inimigos políticos), o discurso hegemônico na esfera pública naturaliza o autoritarismo do poder penal. Abandona-se a luta pela universalização das garantias fundamentais em nome da (pseudo)universalização do sofrimento no cárcere.

O resultado óbvio é que essa falsa ideia de generalização das arbitrariedades jamais atinge os reais detentores do poder econômico – vide as tentativas de delação que comprometeriam os bancos ou os veículos midiáticos poderosos: todas rejeitadas –, mas apenas potencializa o domínio cruel exercido contra os alvos tradicionais do sistema penal.

Segundo a narrativa oficial, a relativização das garantias processuais do indivíduo é implementada pelo sistema de justiça criminal a pretexto de contribuir com a segurança pública. Declara-se guerra à criminalidade, à impunidade e à ineficiência do poder punitivo, sem perceber que toda guerra é seletiva e destina-se a eliminar um inimigo.

Qual o inimigo atual e como se dá o combate?

Os números apresentados mostram que, 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. O fato de mais de 70% das pessoas encarceradas responderem por crimes contra o patrimônio (furto, roubo e receptação) ou tráfico de drogas retrata fielmente 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 indesejada pela racionalidade neoliberal, que ocupou o governo nacional até ser derrubada pelo golpe de 2016. E o símbolo maior desse projeto político é Lula.

Nesse contexto, por que Lula é um prisioneiro político? Pode-se apontar essencialmente três razões: (1) o ex-presidente foi vítima de um processo injusto e repleto de ilegalidades, (2) foi-lhe imposto tratamento singular e distinto dos demais políticos e cidadãos em situação idêntica ou similar e (3) o tempo do processo e de sua prisão foi cronometrado de acordo com o calendário eleitoral para inviabilizar a eleição do candidato apontado por todas as pesquisas como líder de intenção de votos.

Do primeiro ao último ato, o processo que resultou na condenação de Lula é repleto de ilegalidades. Desde as interceptações ilegais da presidenta Dilma seguida dos vazamentos em rede nacional para pressionar a votação do *impeachment*, passando pela condução coercitiva (contrariando textualmente o que dispõe o Código de Processo Penal, não passa de um sequestro), pelo indeferimento da produção de provas que interessavam à defesa, pela sentença desvirtuada, pelo julgamento da apelação em tempo recorde, chegando ao acórdão que adotou uma tese que sequer foi sustentada pela acusação.

O julgamento realizado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que resultou no acórdão em questão merece entrar para a história como símbolo dos tempos sombrios que vivemos na presente quadra histórica.

De início, a sessão de julgamento foi inaugurada com a fala do membro do Ministério Público Federal, partindo de uma visão maniqueísta que enxerga o mundo a partir de uma guerra entre os heróis (membros do sistema de justiça aliados à mídia) contra os vilões (representados pela defesa e todas as manifestações críticas do mundo acadêmico nacional e internacional). Não há um jurista sério que defenda os fundamentos jurídicos da sentença. Bem por isso, todas as falas da acusação desviaram o foco para a questão ideológica.

No mundo da pós-verdade patrocinada pelo interesse econômico, importam menos os fatos do que as crenças, preconceitos e convicções. Diante da inexistência de provas, sustenta-se a hipótese acusatória apenas em contratos rasurados irrelevantes, notícia do jornal O Globo e a palavra de um delator informal. Aliás, a verdadeira corrupção é extrair declarações de um corréu que negocia delação premissa, mediante o oferecimento de benefícios ilegais referentes à sua liberdade.

Por sua vez, a Defesa foi clara ao demonstrar a incompetência do juízo de primeira instância, a suspeição do magistrado (que ficou clara pelo incômodo

demonstrado na própria sentença pelo juiz), a falta de correlação entre a hipótese acusatória e a versão apresentada na condenação, o cerceamento do direito de ampla defesa diante da proibição de oitiva de Tacla Duran e a absoluta ausência de provas em um processo que começou com uma apresentação de *powerpoint*.

Diz-se que “quando Pedro me fala sobre Paulo, sei mais de Pedro que de Paulo”. É somente nesse sentido que podemos compreender o desfecho da intervenção do procurador da república, ao citar Fiódor Dostoiévski sobre a existência de “homens de bronze”. Se existe alguém que na contemporaneidade deve se lembrar de que todos os homens são de carne, essa classe é composta pelos membros do sistema de justiça!

Iniciada a leitura dos votos, ficou clara a dificuldade do Tribunal em manter a frágil sentença da primeira instância. Bem por isso, o que se sucedeu foi o deslocamento das principais questões fáticas do processo e um julgamento absolutamente distinto do conteúdo da denúncia, da sentença de Curitiba e dos argumentos apresentados pelo Ministério Público Federal no recurso de apelação.

Antes de examinar o teor do julgamento, é importante lembrar que o crime de corrupção exige ao menos dois elementos típicos: vantagem + contrapartida. Em primeiro lugar, é necessário haver pedido, recebimento ou aceitação da promessa de receber vantagem indevida². Em segundo lugar, é necessário haver uma contrapartida em jogo. É preciso que o particular ofereça ao funcionário público a vantagem em troca de um “favor”. E qual foi o resultado do julgamento?

Sobre a suposta vantagem, afirmou-se existir “prova acima da dúvida razoável de que o triplex estava destinado a Lula como vantagem, apesar de não transferido”. Chega a ser inacreditável constatar que a condenação foi mantida mesmo após o desembargador reconhecer que Lula nunca teve qualquer relação fática ou jurídica com o tal triplex: não usou, gozou ou usufruiu do imóvel, tampouco figurou nos registros como seu dono.

A vantagem considerada pelo desembargador, em suas próprias palavras não é uma vantagem. Que tipo de benefício Lula teria recebido? Nenhum. Haveria apenas um bem destinado como vantagem, embora nunca transferido de fato ou de direito ao réu. Para legitimar a condenação, seria pressuposto mínimo que o réu tivesse aceito receber tal vantagem, o que obviamente não se pode presumir, a menos que estejamos diante de um processo penal *matrix*.

.....
² Vejam, não é necessário receber efetivamente a vantagem. Basta que o funcionário público peça ou a aceite uma promessa. Em todo caso, a acusação precisa especificar na denúncia (e comprovar durante o processo) qual foi a conduta: recebimento, pedido ou aceitação de promessa referente à vantagem indevida.

Sobre a contrapartida, afirmou-se haver “prova acima do razoável de que o ex-presidente foi um dos articuladores, senão o principal, do esquema de corrupção”. Ainda, “não se exige a demonstração de participação ativa de Luiz Inácio Lula em cada um dos contratos. O réu, em verdade, era o garantidor de um esquema maior que tinha por finalidade de modo sub-reptício o financiamento de partidos. Pelo que agia nos bastidores pela nomeação e manutenção de agentes em cargos-chave para organização criminosa.”

É uma inovação sem precedentes nesse processo. Inicialmente, o Ministério Público Federal afirmou na denúncia que a contrapartida estaria relacionada a três contratos com a Petrobras. Na sentença, o juiz de primeira instância disse que na verdade eram atos indeterminados que não tinham qualquer relação com a Petrobras. Ao final, o desembargador nos diz que Lula seria o garantidor de um esquema executado por organização criminosa relacionado ao financiamento de partidos.

Destaque-se que não é indispensável que a contrapartida seja efetivamente concedida. Por isso, se diz na linguagem técnica que se trata de um crime formal (e não material). Em todo caso, é indispensável que, no momento do “acordo”, as partes tenham consciência do objeto negociado: vantagem em troca de contrapartida.

Claros esses dois pontos, se não há identificação de vantagem e contrapartida “negociadas”, é impossível falar em crime corrupção. Portanto, não é apenas caso de não haver provas. A verdade é que tanto a sentença quanto a fala do relator demonstram que não havia sequer crime a ser apurado.

Trata-se de uma insanidade processual, pois em nenhum momento a conduta atribuída ao réu pelo Tribunal foi mencionada pela acusação, o que obviamente anula a possibilidade de haver direitos de defesa em relação a tais insinuações. Não é apenas a falta de correlação entre acusação e condenação, mas a criação de novos fatos que sequer foram submetidos ao contraditório.

O ex-presidente Lula jamais poderia ter sido condenado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região por articular um esquema de corrupção com a finalidade de financiamento de partidos políticos, agindo “nos bastidores” mediante a indicação de cargos-chave na estrutura de uma organização criminosa, por basicamente sete razões: (1) essa não foi a acusação, (2) nunca houve pedido do Ministério Público Federal relacionado a esses fatos, nem durante o processo nem no recurso de apelação, (3) como essa conduta nunca foi tratada no curso do processo, Lula nunca pode se defender de tais imputações, (4) não existe nenhuma prova sequer relacionada a esses fatos no processo, (5) todas as indicações políticas são condutas oficiais do presidente da república, não há como classificá-las como ação “de bastidores”, (6) em nenhum momento a acusação denunciou Lula por integrar e, muito menos,

chefiar uma organização criminosa e (7) não é possível condenar alguém por ser o “garantidor” de uma organização criminosa sem que sequer se tenha apontado quem são os membros e os crimes praticados por essa organização.

Essa perseguição é o símbolo do autoritarismo contemporâneo. As engrenagens de um sistema de justiça (polícias, ministério público e judiciário), desvirtuado por uma suposta legitimação conferida pelo poder midiático e corrompido pelos interesses econômicos soberanos, reproduzem medidas de exceção que esvaziam de sentido a Constituição Federal (tese de Pedro Serrano).

A tirania judicial é a forma da ditadura no séc. XXI. Ninguém precisa de censura na era da pós-verdade: tempos em que a farda é substituída pela toga, o fuzil dá lugar ao martelo e a mordaza vira *fake news*. O processo penal se transforma em campo de guerra que busca eliminar os inimigos da soberania neoliberal: sejam os pobres inúteis ou os políticos inconvenientes.

Nesse contexto, o combate à esperança de um novo governo popular é o desfecho do golpe. A figura do inimigo personifica em Lula o símbolo maior da (ainda que remota) ascensão social, econômica e cultural do povo. “Eu não sou mais um ser humano, sou uma ideia”. É por isso que, como cidadão, Lula tem o direito de resistir diante de um processo inteiramente ilegal e arbitrário, por todas as medidas de exceção a que foi submetido. Mas, acima de tudo, é justamente por transcender a figura individual na forma de uma ideia a ser eliminada que Lula tem o dever de resistir à caçada deflagrada por um sistema de justiça manipulado pelo poder midiático e corrompido pelos interesses do poder econômico. Que não lhe falte coragem, que não nos falte disposição. Porque nesse caso resistir não é uma opção, mas uma missão!

LAWFARE INTERNACIONAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL

Gisele Ricobom¹
Paulo Petri²

A Organização das Nações Unidas, ao longo dos setenta anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, construiu um sistema institucional robusto de proteção dos Direitos Humanos. Conta com uma diversidade importante de órgãos, mecanismos, tratados e procedimentos que tem por objetivo fiscalizar, impulsionar e especialmente incentivar os Estados-membros a respeitarem os valores ditos universais.

As denúncias e as diversas pressões que podem surgir do uso desses mecanismos jurídicos-institucionais passaram a ser consideradas uma estratégia geopolítica que visa a consecução de outros fins, sem que o Estado faça necessariamente uso do recurso armado. Nesse sentido, a utilização do direito internacional dos direitos humanos para a obtenção de fins políticos e militares na ordem internacional passou a ser compreendida, especialmente a partir dos anos 2000, como *lawfare*.

A nova dinâmica mundial deve ser compreendida à luz da globalização econômica e do sistema financeiro mundial. As potências globais que controlam os centros financeiros, ainda que não declinem do uso da força, utilizam de todos os meios e instrumentos para proteção dos interesses nacionais.

Trata-se de uma nova forma de guerra, readequada aos tempos neoliberais, de uma guerra irrestrita, como denominam Qiao Liang e Wang no livro “A guerra além dos limites: conjecturas sobre a Guerra Tática, na era da Globalização”. Segundo os autores, a reconformação da guerra pressupõe a utilização de “todos os meios, militares e não-militares, letais e não-letais, para compelir um inimigo a

.....
¹ É Doutora em Direito pela Universidad Pablo de Olavide, Professora da UNILA. Atualmente em cooperação técnica com a Faculdade Nacional de Direito – UFRJ.

² Advogado e Mestre em Ciência Política pelo IUPERJ.

submeter-se aos nossos interesses”.³ Dentre as múltiplas táticas de guerra, podem ser incluídas a guerra psicológica, de contrabando, de mídia, de drogas, de redes interativas, tecnológica, de maquinação, de ajuda econômica e também a guerra de legislação internacional “aproveitando as ocasiões mais oportunas para interpor novas regras e normas de interesse particular”.⁴

Portanto, não há como se compreender o *lawfare* sem o contexto internacional e neoliberal das relações internacionais contemporâneas. É fenômeno originado no sistema internacional que ganhou contornos próprios nos sistemas jurídicos nacionais, sendo a judicialização da política uma das suas formas de expressão.

O general da USAF, Charles L. Dunlap, é apontado como idealizador do conceito *lawfare* e o define como “*as the strategy of using – or misusing – law as a substitute for traditional military means to achieve an operational objective.*”⁵

Para Dunlap, o *lawfare* pode operar um sistema positivo quando reduz os efeitos destrutivos da guerra, mas pode ter efeitos nefastos quanto, por exemplo, instrumentaliza-se o direito para obter uma vantagem militar, como é o caso de combatentes de guerra que se protegem junto da população civil ou de patrimônio protegido pelo Direito Internacional Humanitário.

É importante compreender também que o *lawfare* no âmbito internacional foi concebido por teóricos das principais potências militares contra as regras de direitos humanos. Não é por acaso que tais autores são militares. Trata-se, portanto, de uma tentativa de relativizar as garantias de direitos humanos, exatamente como ocorre no âmbito nacional.

É o caso do *The legal lawfare: the legal off the Pro-Israel Community* que se define como uma fronteira de batalha legal, com objetivo de proteger os direitos civis dos Judeus, combatendo o *lawfare* promovido pelos palestinos. De acordo com a página, “*lawfare proponents manipulate international and national human rights laws to accomplish purposes other than, or contrary to, those for which they were originally enacted. For example, the stifling of free speech.*”⁶

Nesse caso, a Comunidade Pró-Israel acusa aos palestinos que utilizam dos mecanismos de proteção dos direitos humanos de praticarem *lawfare*, objetivando, assim, relativizar a importância desses mecanismos.

.....
³ Disponível em <<https://www.egn.mar.mil.br/arquivos/cepe/GUERRAALEMLIMITES.pdf>>.

⁴ Idem.

⁵ DUNLAP, Charles L. *Lawfare today: a perspective*. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5892&context=faculty_scholarship>

⁶ Disponível em: <<https://thelawfareproject.org/lawfare/what-is-lawfare-1/>>

A teoria crítica dos direitos humanos denomina processo semelhante como inversão dos direitos humanos e identifica a raiz do fenômeno na conquista da América, quando os Estados soberanos e europeus utilizaram o critério civilizatório da guerra justa para justificar o genocídio exploratório da colonização. Assim, o direito da conquista, em nome da civilização e de altos valores humanos, paradoxalmente justificou o processo colonizatório.

A inversão dos direitos humanos, segundo Franz J. Hinkelammert ocorre quando “Los derechos humanos se transformaran en una agresividad humanitaria: violar los derechos humanos de aquellos que los violan.”⁷ Nesse sentido, a guerra passa a ser transformada em intervenção humanitária, numa guerra em nome dos direitos humanos, com resultados tão ou mais danosos do que os eventos que supostamente pretende proteger.

Portanto, tanto o *lawfare*, quanto a inversão dos direitos humanos, são estratégias liberais que tem por objetivo flexibilizar a proteção internacional e as garantias de direitos fundamentais, declinado assim dos valores essenciais das regras protetivas nacionais e internacionais.

Da mesma forma, a judicialização da política não é recente, assim como não se trata de um fenômeno exclusivamente brasileiro. Internacionalmente tem origem no pós-guerra, com aumento substancial a partir da dissolução da União Soviética e dos regimes do Leste Europeu.

A consolidação do capitalismo e suas instituições, principalmente nos EUA onde a judicialização surge como elemento de regulação da vida social e política, faz emergir a judicialização da chamada megapolítica que entrega aos mecanismos judiciais, notadamente às supremas cortes, poder decisório sobre questões que podem alterar os rumos da nação. O papel da jurisprudência e da ciência política norte-americana passou a ser fundamental para a expansão do fenômeno, notadamente nos países “em desenvolvimento”.

Ran Hirschl⁸ destaca a “profunda transferência de poder das instituições representativas para os judiciários, sejam estes nacionais ou supranacionais” nas últimas décadas, cujo conceito de supremacia constitucional – pilar da democracia norte-americana – agora é compartilhado por pelo menos uma centena de países pelo mundo. Ainda, segundo Neal Tate e Torbjorn Vallinder a judicialização refere-

⁷ HINKELAMMERT, Franz J. La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke. In: FLORES, Joaquín Herrera. (Ed.) *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000, p.80.

⁸ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política. In: MOREIRA, Luiz. *Judicialização da Política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 131-167.

-se ao “processo pelo qual a negociação não judicial e os fóruns formuladores de decisões tornam-se dominados por regras e processos quase-judiciais (legalísticos)”⁹ Trata-se de tendência à adesão das intervenções judiciárias como vetores principais da resolução de conflitos no campo político.

A transferência da regulação política para o Poder Judiciário adquiriu alcance global nas últimas duas décadas e no Brasil, naturalmente, ganhou contornos peculiares. Luiz Moreira analisa que a judicialização da política alcançou níveis alarmantes no país. Para ele, a partir da consideração de que vivemos sob uma democracia de direitos, o sistema de justiça passou a tutelar todas as áreas, avocando temas que tradicionalmente se conformavam a partir de uma organização horizontal dos poderes políticos.

Segundo o autor, “No modelo que ora se apresenta, a legitimidade da democracia no Ocidente decorre dos tribunais constitucionais. Conforme esse modelo, não apenas ocorre a judicialização da política, mas sua conseqüente criminalização, chegando-se à conclusão segundo a qual a democracia emana do direito.”¹⁰ Desse modo, conclui o autor que as instituições judiciais, especialmente o Poder Judiciário, tem exercido protagonismo sobre os demais poderes, promovendo o superdimensionamento do domínio da lei, o que tende a ser antidemocrático. Assinala que há tendência à despolíticação, à neutralização da legitimidade democrática e, sobretudo, à negação da soberania popular.¹¹

Nas últimas seis eleições presidenciais brasileiras a disputa política esteve polarizada entre PT e PSDB. Para as duas siglas, a judicialização funcionou como elemento estratégico da disputa eleitoral, já que temas que naturalmente deveriam ser dirimidos por agentes da própria política passaram para o crivo do judiciário, artificialmente empoderado como um suposto mediador.

Dessa forma, os partidos atribuíram ao judiciário o protagonismo do processo político eleitoral, o que provocou o fenômeno do ativismo judicial, cuja principal característica é a liberalidade interpretativa das leis e da Constituição por magistrados absolutamente alienados do processo político, mas que utilizam da pretensa imparcialidade para interferir de forma indiretamente partidarizada nas decisões conjunturais da democracia.

.....
⁹ TATE, Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York/London: New York University Press, 1995, p. 28.

¹⁰ MOREIRA, Luiz. A judicialização da política no Brasil: negação à urnas? In: MOREIRA, Luiz. *Judicialização da Política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 05-10.

¹¹ Idem.

No entanto, o ativismo judicial contaminou vastos setores do aparato judicial brasileiro e do sistema de justiça como um todo. A polarização política foi transferida para o judiciário, ministério público e autoridades policiais que passaram a atuar de forma seletiva, constituindo parte da disputa política. Agentes públicos, legitimados e promovidos pelo oligopólio midiático, transformaram suas convicções políticas, ideológicas e religiosas em instrumento de atuação profissional.

Quando o aparato judicial se posiciona em uma das pontas da disputa política, voltando-se exclusivamente ao enfrentamento de uma agremiação ou agente político, elegendo adversários, deixa de exercer o ativismo judicial e pratica o *lawfare*, utilizando da pior hermenêutica para legitimar a perseguição do inimigo político, relativizando garantias de direitos fundamentais, em nome do “Estado de Direito”.

No Brasil dos contrassensos, das adaptações antropofágicas de conceitos jurídicos alienígenas, vivenciamos a esdrúxula contradição de termos uma das maiores lideranças populares de nossa história vítima do *lawfare* ou da inversão dos direitos humanos que preconiza nenhum direito para os “inimigos do direito”, exatamente como estrategicamente pensado pelos autores internacionalistas que pretendem menosprezar o arcabouço protetivo dos mecanismos de proteção dos direitos humanos.

O *lawfare* à brasileira ao que Lula vem sendo submetido encontra-se em tal estágio que o rol de supressão de direitos fundamentais é extenso, mas podem ser condensados na violação absoluta do princípio do devido processo legal. Assim como a sentença, o acórdão do TRF4 já era anunciado, mas inovou no rol das maldades ao aumentar a pena para evitar a prescrição dos crimes imputados. Ademais, era preciso acelerar a prisão, daí a unanimidade dos três Desembargadores, para impedir a candidatura do réu, que segue com os mais altos índices de intenção de votos.

Com a decisão, o judiciário atinge o âmago da democracia brasileira, elegendo os partícipes do processo eleitoral de outubro. Afinal, o *impeachment* de Dilma Rousseff deixaria de ter sentido, caso o próprio judiciário não mantivesse Lula fora do jogo.

ANÁLISE DO CONCEITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO NA CONDENAÇÃO DE LULA

*Pierpaolo Cruz Bottini*¹

A confirmação da condenação do ex-presidente Lula, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por corrupção passiva e lavagem de dinheiro tem sido objeto de intensos debates em todos os fóruns jurídicos ou leigos, no país e no exterior. Discute-se a competência do juiz, a insuficiência de provas da corrupção, a necessidade de demonstração do “ato de ofício”, o momento da execução da pena, dentre outros temas relevantes.

O presente artigo tem por objeto analisar um ponto específico da sentença condenatória mantida pelo TRF: a *lavagem de dinheiro*. Lula foi condenado por corrupção por supostamente receber um apartamento tríplice no Guarujá de uma construtora.

Também foi condenado por lavagem de dinheiro porque a transferência do apartamento teria ocorrido de maneira sub-reptícia, com a manutenção da titularidade formal do bem em nome da construtora, com o objetivo de ocultar e dissimular o ilícito (sentença condenatória, item 305).

A questão é controversa. Lula foi condenado pela modalidade de lavagem de dinheiro prevista no art. 1º, *caput*, 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.”

A infração penal antecedente, que gera o produto a ser lavado, no caso Lula, é a corrupção passiva. Segundo o Código Penal, tal crime se caracteriza por “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

.....
¹ Pierpaolo Cruz Bottini é advogado, sócio do escritório Bottini e Tamasauskas e professor livre-docente de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP.

aceitar promessa de tal vantagem” (CP, art.317). Ou seja, é necessário solicitar ou receber algum benefício ilegítimo – no caso Lula, um apartamento no Guarujá, segundo a acusação.

Não se discute aqui a existência ou não de provas das imputações. Esse não é o objeto das presentes reflexões. Partamos da premissa da acusação, de que o apartamento foi recebido pelo ex-presidente, para que a análise jurídica não seja tomada pela disputa a respeito do conceito de prova, indício ou dos critérios de sua valoração.

A punição à lavagem de dinheiro supõe a ocultação da origem ilícita do bem, ou seja, o distanciamento entre o produto e o crime que lhe deu origem. Em estudo específico sobre o tema com Badaró, apontamos que “a primeira fase da lavagem de dinheiro é a ocultação (*placment/colocação/conversão*). Trata-se do movimento inicial para *distanciar o valor de sua origem criminosa*, com a alteração qualitativa dos bens, seu afastamento do local da prática antecedente, ou outras condutas similares”.²

O Coaf (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) explica que, “para disfarçar os lucros ilícitos sem comprometer os envolvidos, a lavagem de dinheiro realiza-se por meio de um processo dinâmico que requer: *primeiro, o distanciamento dos fundos de sua origem, evitando uma associação direta deles com o crime*; segundo, o disfarce de suas várias movimentações para dificultar o rastreamento desses recursos; e terceiro, a disponibilização do dinheiro novamente para os criminosos depois de ter sido suficientemente movimentado no ciclo de lavagem e poder ser considerado “limpo”.³

Na mesma linha, Baltazar Jr: “a criação desse tipo penal (lavagem de dinheiro) parte da ideia de que o agente que busca proveito econômico na prática criminosa precisa disfarçar a origem dos valores, ou seja, *desvincular o dinheiro de sua procedência delituosa* e conferir-lhe uma aparência lícita, a fim de poder aproveitar os ganhos ilícitos, considerado que o móvel de tais crimes é justamente a acumulação material”⁴

Se o crime antecedente é descrito como corrupção de uma empreiteira para beneficiar Lula, a lavagem de dinheiro implicaria a prática atos para distanciar a

² BOTTINI, Pierpaolo e BADARO, Gustavo. *Lavagem de dinheiro*. 3ª ed., p.32. Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, 3. ed. Cap. I, 3, Caparrós, Eduardo A Fabián, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 50, Callegari, *Lavagem de dinheiro*, 45.

³ Disponível em: www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-de-dinheiro, acesso em 8/2/2018.

⁴ BALTAZAR, José Paulo. *Crimes federais*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

titularidade do imóvel tanto da empreiteira como do beneficiário da vantagem, a fim de ocultar qualquer relação entre o político e a empresa que possa levantar suspeitas sobre a origem ou a natureza da transação que resultou na transferência do imóvel.

Nesse contexto, a manutenção do apartamento em nome da empresa acusada de corrupção, enquanto o político supostamente corrompido usufrui dele não parece ser um ato de ocultação ou dissimulação.

Não existe um distanciamento do bem em relação aos agentes do crime. Ao contrário, a permanência do imóvel em nome da empresa enquanto o agente político o utiliza é ato que evidencia a prática do delito, que faz transparecer a proximidade entre corruptor e corrompido, que revela a existência de uma relação de fato que demandaria explicações.

Assim, se o delito de lavagem na modalidade ocultação “requiere un estado de oscuridad o confusión tal, que *haga difícil el establecimiento de lazos entre los bienes y su raíz delictiva*”⁵, não parece ser possível classificar como ocultação o fato de um funcionário público usufruir de um imóvel em nome do corruptor.

A retenção do bem no patrimônio do último enquanto o beneficiário da corrupção o utiliza e dele dispõe seria prova da corrupção e não ato de dissimulação capaz de mascarar a prática delitiva.

Carla De Carli, em estudo sobre o tema, aponta como “exemplo de lavagem de dinheiro na modalidade ocultação é o simples depósito de valores recebidos em paga de corrupção em conta de *terceiro* – oculta-se a origem, a localização e a propriedade dos valores ilicitamente havidos. *A chave, aqui, é ser a conta bancária de terceiro. Caso estivesse em nome do autor do delito de corrupção não haveria lavagem, porque ele não estaria ocultando a verdadeira propriedade desses valores*”⁶

É possível que a autora tivesse em mente afastar a lavagem de dinheiro apenas no caso em que os bens estiverem em nome do corruptor passivo, destinatário das vantagens indevidas. Mas o mesmo raciocínio parece possível nos casos em que o corruptor ativo mantém o bem em seu nome, enquanto o corrompido dele usufrui.

Não existe aqui a figura do laranja, do testa de ferro, porque aquele que oferece a vantagem indevida é parte no crime, de forma que não presta a dissimular nada. Seu contato com o bem o contamina, dificultando – e não facilitando – o distanciamento deste de sua origem criminosa.

.....
⁵ GÁLVEZ BRAVO, Rafael. *Los modos operandi en la operaciones de blanqueo de capitales*. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 2017, p.46.

⁶ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro, Prevenção e controle penal*. São Paulo: Verbo Jurídico, 2012, p. 240.

Gálvez Bravo apresenta, em sua obra “Los modus operandi em las operaciones de blanqueo de capitales” uma vasta tipologia das técnicas de lavagem de dinheiro, que inclui jogos de azar, contratos fictícios, uso das mais diversas operações financeiras, atividades simuladas no mercado de valores mobiliários, manejo de meios de pagamento pela internet, de seguro e inúmeros outros. Nenhuma delas consiste no ato de retardar a transferência de um bem por parte do corruptor ativo para o corruptor passivo.

Considerar a ausência da transferência do imóvel um ato de ocultação significa reconhecer que todos os casos de corrupção passiva em que o corruptor não transfere a vantagem indevida ao corrompido por qualquer motivo deveriam ser punidos em concurso com lavagem de dinheiro. Não parece correto sob o aspecto da tipicidade, nem sob uma perspectiva politico-criminal.

Por isso, não parece haver lavagem de dinheiro no caso Lula.

NÓS ACUSAMOS! NÓS REQUEREMOS!

Pietro Alarcón¹

Leonardo Godoy Drigo²

Em 1898, Émile Zola publicou o *J'accuse* (Eu acuso), manifesto no qual se insurgia de forma veemente contra a segunda condenação injusta proferida em desfavor de Alfred Dreyfus, oficial judeu do Estado-Maior francês acusado, sem provas, e condenado a deportação perpétua por espionagem a favor da Alemanha, em 1894, com sentença confirmada em segundo julgamento, mesmo após prévia confissão do verdadeiro espião, o major Walsin-Esterhazy. Sobre esse famoso caso, Hannah Arendt afirmava³: “Enquanto o Caso Dreyfus em seu amplo aspecto político pertenceu ao século XX, o processo Dreyfus e os vários julgamentos do capitão judeu Alfred Dreyfus são bem típicos do século XIX, quando se seguiam com tanto interesse os processos legais, porque cada instância tentava testar a maior conquista do século, que era a completa imparcialidade da justiça. (...) A doutrina da igualdade perante a lei estava ainda tão firmemente implantada na consciência do mundo civilizado que um único erro da justiça era capaz de provocar a indignação pública, de Moscou a Nova York. *Ninguém, exceto na própria França, era suficientemente ‘moderno’ para associar o assunto a questões políticas.*” (grifos nossos)

E, com efeito, tratava-se de perseguição política travestida de processo judicial contra o único oficial representante de uma minoria étnica (judeu) que poderia, em tese, ter participação em atos relacionados ao envio de carta com conteúdo de espionagem, mas contra o qual não existia prova concreta que suportasse uma

.....
¹ Pietro Alarcón é doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP) e Professor dos cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da mesma Universidade.

² Leonardo Godoy Drigo é mestre em Direito Público e Bacharel em Filosofia pela PUC/SP.

³ *As origens do totalitarismo*. Anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. Trad. de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 113.

condenação criminal. A Europa da época, principalmente na França, indignou-se e dividiu-se e debateu o caso a fundo, porque envolvidos valores jurídicos como o devido processo legal, o ônus probatório em processo criminal, a imparcialidade do Juízo e do próprio Poder Judiciário.

Já no século XX, na sua clássica obra sobre o papel do Advogado, publicada em 1921, o *ancien bâtonnier* Henri Robert dedicava um capítulo à Magistratura e destacava o discurso de Dupin que exaltava a função do juiz. Nas palavras de Dupin, o juiz deveria “*assegurar o império das leis e a paz entre os cidadãos; permanecer impassível em meio ao choque das paixões e a agitação dos partidos (...)*”⁴

Hoje, século XXI, devemos novamente voltar a lembrar o papel do Magistrado e, sobretudo, à acusação contra decisões judiciais que repercutem erros processuais, materiais e de parcialidade jurisdicional contra representantes de minorias, e/ou sob cunho político, tal como ocorreu no caso do acórdão proferido no julgamento da Apelação Criminal nº. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, no bojo da denominada “Operação Lava Jato”, no qual é recorrente, dentre outros, o Ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Nós acusamos, portanto, em primeiro lugar, o referido julgamento de ofensa direta à supremacia da Constituição Federal, em particular ao postulado do devido processo legal, (art. 5º, LIV), principalmente quanto à possibilidade efetiva da ampla defesa (art. 5º, LV).

Com efeito, uma análise pormenorizada da decisão permite enxergar que possui nada mais do que oito itens preliminares (dentre dezenove) abordando tanto a inexistência de prejuízo para a defesa pela negativa de produção de provas, inclusive a gravação, pela defesa, do interrogatório pessoal do réu, quanto a possibilidade do indeferimento das mesmas a critério do Juízo, desde que fundamentado. Se esse critério já mereceria reparos, a questão fica ainda mais grave ao se verificar que tal negativa de produção de provas veio aliada a um entendimento, no mérito da ação, segundo o qual não se exige prova da participação ativa do réu com as atividades criminosas, chegando-se mesmo a afirmar que “a corrupção passiva perpetrada por um dos acusados difere do padrão dos processos já julgados (...), não se exigindo a demonstração de sua participação ativa em cada um dos contratos” (item 27). Ainda, dispensou-se, no bojo do acórdão, a prova de conduta específica do réu, considerando-se que o denominado ato de ofício “caiba no âmbito dos poderes de fato inerentes ao exercício do cargo do agente” (item 25).

.....
⁴ O *Advogado*. Trad. de Rosemary Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 103.

Ora, ainda que cada elemento isolado da decisão possa subsistir em conjunturas específicas e tenha aplicação isolada até mesmo tolerada em sede doutrinária e jurisprudencial, observa-se que o conjunto da decisão torna-se altamente atentatório aos direitos fundamentais dos réus, ao devido processo legal e à ampla defesa, pelo simples motivo de que, ao mesmo tempo em que se legitima o indeferimento da produção ampla de provas, promove-se, por outro lado, a adoção de teses de condenação por condutas que não precisam ser comprovadas ou que podem ser presumidas, aceitas “em tese” como possíveis (mesmo que não necessariamente tenham ocorrido na realidade).

Não estamos, portanto, a falar de construção de norma de decisão judicial pautada em provas e na distribuição do ônus de provas de um processo constitucionalmente adequado.

Nós acusamos, em segundo lugar, o julgamento realizado de ser manifestação de uma absoluta tolerância de situações que levam à parcialidade judicial e à utilização política do processo criminal em desfavor dos réus.

Conquistas históricas do Constitucionalismo como a imparcialidade do Juízo e a neutralidade política do Poder Judiciário constituem balizas do sistema jurídico de qualquer Estado democrático. No Brasil, trata-se de garantia constitucional que se depreende do acesso à Jurisdição (art. 5º, XXXV), da inexistência de juízo de exceção (art. 5º, XXXVII), do processamento e julgamento de alguém apenas pela autoridade competente (art. 5º, LIII), das vedações impostas aos juízes, principalmente a impossibilidade de exercício ou dedicação a atividades político-partidárias (art. 95, parágrafo único, em especial seu inciso III), dentre outras. Ainda, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC nº. 35/1979), principalmente nos artigos 35 e 36, define deveres ao magistrado, para resguardar justamente a imparcialidade jurisdicional e neutralidade política, fixando-se, por exemplo, a vedação de “manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério” (artigo 36, III).

É com espanto, portanto, que devem ser lidos trechos do acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região, quando, por exemplo, ali resta afirmado que “Não gera impedimento do magistrado, tampouco implica em antecipação do juízo de mérito, a externalização das razões de decidir a respeito de diligências, prisões e recebimento da denúncia” (item 5) ou que “A participação em eventos, com ou sem a presença de políticos, não macula a isenção do magistrado, em especial porque possuem natureza meramente acadêmica, informativa ou cerimonial, sendo notório que em tais aparições não há pronunciamento específico a respeito dos processos em

andamento” (item 8). Causa ainda maior rejeição uma decisão de segunda instância que entende que a presença de afirmações ofensivas aos advogados na sentença apelada é tema “descontextualizado das circunstâncias examinadas na decisão” (item 34), negando-se, pois, a enfrentar a matéria.

Da maneira em que proferido, portanto, o acórdão permite a quebra da imparcialidade do Juízo ao negligenciar a manifestação do magistrado sobre o processo em diversos veículos de mídia, ao negligenciar a participação do magistrado em diversos eventos nos quais presentes agentes políticos (inclusive e principalmente de orientação partidária de oposição à dos réus do caso específico em análise), ao negligenciar a conduta específica do magistrado de primeira instância de utilizar termos pejorativos em relação aos advogados dos réus. Aqui, interessante observar ainda o seguinte: o próprio acórdão afirma que a 13ª Vara Federal de Curitiba/PR é “especializada para os crimes financeiros, de lavagem de dinheiro e conexos” (item 1) e, depois, aduz que o magistrado, altamente especializado, pode comparecer a eventos com políticos, ainda que meramente acadêmicos, sem manifestações sobre o caso específico em andamento. Quer fazer crer o acórdão na inverossímil conjuntura de que se trata de magistrado altamente especializado, chamado para se manifestar sobre caso de repercussão nacional e internacional, em evento de natureza política ou acadêmica no qual, de maneira “notória” (item 8 do acórdão), não se manifestará sobre questões específicas do processo em andamento.

Nós acusamos, em terceira ordem, que tal conjuntura representa nítida utilização política da jurisdição, com ferimento à sua necessária neutralidade. Em um caso outro qualquer, tratar-se-ia de hipótese clara, patente e inafastável de nulidade processual absoluta. Não houve tal entendimento na Apelação Criminal nº. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, tornando a segunda instância da Justiça Federal da 4ª Região mera passagem de autos e chancela das decisões da primeira instância, da 13ª Vara Federal de Curitiba.

Nós acusamos, em quarto lugar, o acórdão proferido de subserviência a interesses representados pela grande mídia de massas, interessada na retirada de agentes relevantes do cenário político nacional, para fins de consolidação de planos econômicos e de governo não legitimados pelo regime político democrático sob nenhuma de suas formas.

Ignorar-se toda a gama de direitos fundamentais titularizados pelos réus, manter a condenação nos moldes em que proferida pela primeira instância, apesar de todas as fundamentadas impugnações de cunho jurídico formuladas tanto à condução do processo quanto à conduta do magistrado e a suas decisões foi e é, no caso específico, uma forma de colocar-se a favor de certos ventos ideológicos e de certo setor

da mídia de massas que, no país, historicamente, representa interesses dos grandes detentores do capital econômico, de elites de dominação política e de ideologias neoliberais que não mais grassavam no Brasil de forma livre e desimpedida, mas que teimavam em voltar à força de golpes políticos e manipulações de interesses.

A esse quadro preocupante adicione-se a relativização do postulado histórico da presunção de inocência, estampada no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, definida no HC 126292, Rel. Min. T. Zavascki e ratificada pela Corte no HC 152.752, Rel. Min. E. Fachin, por maioria de 6 a 5. Peculiar e trágico que o voto decisivo da Min. Rosa Weber reconheceu que a execução antecipada da pena “pode ser” inconstitucional, mas que, aduzindo respeito ao colegiado vota-se com o posicionamento já assumido pela Corte e o Relator.

Convém lembrar por oportuno que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ingressou com a ação declaratória (ADECO) nº 44, absurdamente ainda não julgada, com o intuito de que o STF confirmasse a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403, de 2011 e que dispõe: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Igualmente, está em curso a ADECO 54, em que o autor – Partido Comunista do Brasil – requer liminar para impedir a execução provisória de pena privativa de liberdade sem que haja decisão condenatória transitada em julgado, que se tornem sem efeito as decisões judiciais que tenham determinado a prisão nessa condição e a suspensão da Súmula 122 do TRF -4 que determina a prisão de forma automática após a 2ª instância.

Logo após os períodos de exceção que sustentaram o nazi-fascismo, os argumentos jurídicos da presunção de inocência destacaram a superioridade da liberdade sobre o interesse repressivo e o poder político-punitivo do Estado. E por esse atalho chega-se a aferir que o interesse público não deita necessariamente na punição, mas na liberdade e o respeito por um processo justo e pautado por garantias fundamentais em favor da pessoa.

No Brasil, essa onda disciplinadora não se restringe à esfera penal, senão que se estende ao mundo do trabalho com a reforma trabalhista, à previdência, à austeridade fiscal e se revela na ação que militariza a vida social. Nesse quadro, NÓS REQUE-REMOS do STF a responsabilidade constitucional de reestabelecer a hegemonia dos Direitos e das Garantias ratificando a plenitude da presunção de inocência no futuro julgamento das ADECO 44 e 54. É o que o Brasil precisa e aguarda.

VÍTIMAS INOCENTES

Roberto Tardelli¹

Já faz tempo. Foi, até quando me lembro, nos primeiros anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma lei que é muito mais criticada do que conhecida; vínhamos de uma transição formal, do Código de Menores, criado pelo velho Juiz Alyrio Cavaliere, que o defendia com unhas e dentes, para uma lei, que, pela primeira vez na História da República, apresentava a criança como aquilo que ela jamais fora: sujeito de direitos. Essa transição formal não foi seguida pela transição de métodos e práticas das agências públicas de atendimento, notadamente à criança negra e pobre, que mantiveram e ainda mantem práticas que herdaram dos tristes tempos da escravidão². Nossos métodos continuavam os mesmos e a desassistência à infância era o quadro nosso de todo dia.

Aquela época marcou definitivamente a entrada da cocaína, como droga de uso de massa, utilizada de forma injetável pelos usuários(as), que se multiplicavam exponencialmente. A entrada massiva da droga coincide com a chegada, também devastadora, do HIV, síndrome para a qual a ciência não estava preparada e a morte ocorria em poucos meses. Dependendo do grau de miserabilidade, em semanas. Se muitos astros do show-biz se foram e amiúde a gente ouve Fred Mercury, com lágrimas nos olhos, a epidemia foi terrível para os mais pobres, os mais *invisíveis*.

As cidades médias e grandes espalhavam por suas praças centrais contingentes de crianças e adolescentes, a quem se deu o nome, em tudo confuso, de *meninos e*

.....
¹ Roberto Tardelli é advogado, promotor de justiça aposentado.

² Não há outra explicação que se possa almejar atingir, quando se depara com um soldado do exército brasileiro, a revistar, em busca pessoal, a mochila escolar de uma criança à saída da escola, exibindo-lhe ameaçadoramente a arma de grosso calibre que empunhava, além de um não-reconhecimento como semelhante da criança que abordava, tratada por ele desde já como inimiga.

meninas de rua. Cheiravam cola de sapateiro, em sua maioria, mas logo descobriram o fascínio da droga que chegava. Além da miséria que lhes era comum, compartilhavam seringas, passaporte fatal para a contração da doença.

Eu era Promotor da Infância e da Juventude, fascinado pela possibilidade de ouvir o adolescente infrator e poder lhe dar um perdão (remissão), quase divinatório, ou lançá-lo na antessala do inferno, com sua internação em instituições correccionais que fariam inveja aos mais imundos encarceramentos de adultos.

De pronto, percebi que nada era mais fácil do que dispor da liberdade, da integridade corporal, da vida, enfim, do filho alheio. Aquelas crianças mal algum poderiam me fazer, chegavam famintas, esqueléticas, aterrorizadas com o tratamento que lhes havia sido dispensado. Chegavam drogadas de tal forma, que não ouviam nada do que diria um guarda-regras, que, como eu, havia guardado em alguma gaveta da mente, um manual cretino de como ser uma boa criança, logo para eles que, embora fossem crianças (e eram), haviam de ganhar a vida como se fossem adultos.

Chegavam em grupos, trazidos como pencas de uvas podres e atirados na sala. Verborrágicos, agitados, raquíticos, mirrados. Já os conhecia um por um e todos ali tinham famílias, cujos parentes ocupavam parte do tempo em surrál-os impiedosamente por qualquer razão ou, como era a regra de costume, por razão alguma. Paulatinamente, começaram a adiar a volta para casa, preferindo na rua, sem os riscos que o confinamento das paredes dos barracos em que viviam seus pais lhes acarretava.

Tanto iam e voltavam que acabei conhecendo-os pelo nome e algum dado biográfico marcante: aquele que mais corria, o que mais reclamava da vida, o que era mais otimista, a que era mais carismática, etc. Não, não havia nenhuma entidade capacitada a atendê-los, salvo uma Unidade da FEBEM, que empurrava para dentro de seu estômago mais de quatro centenas de jovens daquela cidade e da região. Iam e voltavam para rua, cada vez mais doentes e, acaso faltassem, eu nem mais perguntava: sabia que morreria de AIDS. Era uma comunicação em silêncio.

Um dia, um deles era novo no grupo. Muito tímido, disse apenas chamar-se Ivan. Sobrenome, Menéia. Data de nascimento, não sei, nunca me disseram. Qual sua idade? Não sei, uns quinze, acho.

Por uma dessas coisas, era verdade. Desde os primeiros dias de vida, cresceu em uma entidade de abrigo (antigamente, orfanato) e depois para outra e mais outra e mais outra, até que caiu sozinho no mundo. De boléia em boléia, chegou até mim. Em nenhum desses lugares, dois ao menos foram localizados, ninguém se preocupou em registrá-lo. Cuidado, ele não é boa coisa, diziam.

Foi a primeira oportunidade em que tive um contato real com o mundo real e invisível dos ninguéns que existem e não sabemos e que não cabem nos Códigos. Ivan vinha com o grupo, furto, tentativa de furto, arrastão, uso de drogas, tráfico de drogas, pobreza, miséria, desmundo, desamparo, disenteria pública, embriaguez, dano ao patrimônio público, enfim, um pouco de quase nada do quase tudo. Uma tentativa de roubo.

Um dia, estava em casa, soou o telefone. Era do Hospital das Clínicas. Tardelli, tem um rapaz aqui, terminal de aids, que disse que é teu amigo e que quer te ver, precisa te dizer uma coisa. Que rapaz? Ivan. Ele disse se chamar Ivan, parece que perdeu os documentos (ele tinha vergonha do RG que eu lhe havia propiciado, no mundo real, dizia sua certidão de nascimento que, um belo dia, *surgiu Ivan Menéia, de filiação, origem e data de nascimento desconhecida*, que é como se registram um Ninguém). Venha logo.

Fui.

O que dele restava era o mínimo humanamente identificável. Eu estou morrendo, Tardelli. Não posso morrer sem um aniversário. Me dá um aniversário? Como diz a canção popular, *corri mil léguas* e consegui retornar ao Hospital, boné, bolo, vela, língua de sogra, parabéns a você, nesta data querida, data querida... Ele morreu antes de soprar as velas. Foi enterrado rapidamente em vala comum, cova rasa, destinada aos “ninguéns” da memória. Não haveria e não houve quem reclamasse o corpo, morreu incógnito. Viveu incógnito, talvez estivesse preparado para morrer absolutamente só.

Eu tinha cerca de sete a oito anos de carreira. Eu tinha todas as certezas burocráticas que os outros todos promotores também tinham e sempre tiveram. Achava que o endurecimento das sanções era o caminho único e estreito para que voltássemos a poder andar nas ruas. Achava que eram direitos demais para gente que não merecia direito algum. Achava tudo isso. Quando entrei no hospital, chamado por Ivan, eu acreditava em tudo isso e saí com a certeza de que nada mais me fazia sentido.

Talvez, jamais tenha sido muito *confiável*. Não havia entre meus conhecidos, parentes próximos ou distantes, qualquer ilustre celebridade familiar que houvesse integrado alguma carreira jurídica. Meu avô, apenas, ainda no primeiro terço do século passado, trazia alguma experiência em júri, haja vista ter sido condenado a um longo período de cárcere. Do lado de dentro da mesa, ninguém.

Havia estudado em uma escola isolada, do interior do estado, sem um milionésimo da pompa e circunstância das faculdades bem nascidas da Capital. Éramos completamente ignorantes do arsenal de erudição dos professores daqui. O máximo

que tínhamos eram juízes ou promotores, quase abstrações humanas. Sabiam tudo sobre qualquer tema de Direito (ou não sabiam, mas isso não importava, nós, os alunos, não sabíamos de nada). Por conta de umas peripécias (vivíamos a ditadura militar, já sem a força doutras fases, todavia, sempre temida), tive que sair da cidade, onde não teria emprego como advogado e vim para São Paulo, fazer cursinho, ainda embrionário e longe de ser a indústria de hoje.

Fui superando as fases do certame e fui aprovado. Nunca fui estagiário do MP, nunca tive um paradigma, nunca me espelhei em promotor algum, os que havia na faculdade jamais os havia visto no fórum, onde também eu entrei duas ou três vezes na vida. Sabia onde era um banheiro do primeiro andar, sabia onde era a agência do então Banespa, nada muito além disso. Por não ter uma imagem a seguir, fui seguindo a vida, fui me construindo, fui me levando, sempre tendo comigo que a única razão que me justificaria a continuar como um agente público, com tantas garantias, era a possibilidade de transformar para melhor a vida das pessoas. A primeira em que entrei de verdade na sala de um Promotor coincidiu com meu primeiro dia de trabalho, até então não fazia nem ideia de como era um Gabinete de Juiz ou de Promotor. Nem a mais vaga ideia.

A morte de Ivan me calou no mais fundo de mim. Aquelas convicções todas, aquele bom-mocismo que nos ensinavam, tudo aquilo ruiu. Saí do hospital, tendo em meus olhos a memória da fase mais expressiva do concurso: o exame oral. O *setting* é cuidadosamente montado, o candidato se senta em uma cadeira e mesa acanhados, com um microfone enorme e fállico à frente. Acima dele, a banca, fisicamente e esteticamente superiores, como se fossem deuses, que houvessem se permitido a um contato com os mortais. O candidato, ali, é ninguém; os examinadores podem tudo, mandar sorrisos e cumprimentos ou raios e desesperos, podem aceitá-lo ou bani-lo. A grandiosidade da banca de examinadores é tanta que o candidato jamais passou no concurso por seus méritos, sacrifícios, esforços e renúncia pessoais, mas foi aprovado pela banca, foi aceito. Na verdade, não se trata de uma prova de conhecimentos, mas de um ritual iniciático. Naquele momento, inicia-se o processo de despersonalização de quem postula uma vaga dentre os já eleitos para a festa no Céu.

A pessoa vai se tornando cada vez menos peculiar e mais *institucional*. Seu pensamento é o da Instituição, suas verdades paulatinamente são absorvidas e as verdades institucionais são adotadas com fervor religioso. São promovidos encontros, festas, seminários, de sorte a cada vez aprofundar as identidades coletivas como se fossem de cada integrante, formando um todo monolítico, formando, com o perdão da palavra, um totem.

Endurecimento, firmeza, dureza, seriedade, cenhos franzidos, Guerra Contra O Crime, vão se tornando mantras, vão se sobrepondo a qualquer sentido de realidade e, não há de demorar muito, o que era antes um grupo de jovens e talentosos operadores do direito, se transforma em uma milícia jurídica, conservadora e reacionária, pronta para combates e guerras imaginárias, com inimigos reais, criados no dia a dia.

Ivan me deu a dimensão trágica de nossa sociedade, dividida, racista, injusta, em que crianças eram encerradas sem nome ou documento, como se fossem apenas dados de arquivo, em que crianças iam para covas rasas, sepultadas como indigentes e que, em vida, somente houvessem conhecido a polícia e abrigos impessoais. No caso dele, tão impessoais que ele próprio se batizou e se outorgou um nome: Ivan Meneia.

Há uma canção popular, *Disparada*, que narra a descoberta da consciência política e ideológica, não como um alumbramento, mas como resultado de um processo e de uma caminhada. *Mas o mundo foi rodando/Nas patas do meu cavalo/ E nos sonhos/ Que fui sonhando/As visões se clareando/As visões se clareando/Até que um dia acordei.* E quando acordei, não poderia ser o mesmo, não poderia ser mais aquele que eu era ou fui, quando aceito no ritual de iniciação institucional. Foram anos, até há um tempo atrás, eu me sentia envergonhado por ter demorado tanto; hoje, me sinto aliviado por ter percebido a farsa, *quando ainda era alegre e jovem.*

A partir desse momento, já posteriormente à Constituição de 1988, pude perceber que as garantias constitucionais, embora escritas por uma camada pequeno-burguesa da representatividade política, eram infinitamente mais caras e fundamentais na periferia do que poderiam ser no chamado “círculo urbano da cidadania”. Exatamente onde o Estado mostra sua face mais aterradora, é onde deve haver sua contenção mais aguda, sob pena de se criar, com viés burocrático e uma espécie de legitimação pública, terríveis forças de extermínio, forças para-legais que instituirão o terror de estado, aquele praticado por funcionários públicos, agindo sempre, claro, “em nome da lei”.

Fui sentindo que, embora não fossem decorrentes de uma luta revolucionária armada, aquelas mortes eram políticas, uma vez que ocorriam no desmerecimento explícito da Constituição do país, a que todos servidores juram lealdade irrestrita. Havia não mais bolsões de desrespeito à ordem jurídica, com torturas, ameaças e detenções ilegais, mas disseminava-se uma *cultura do abuso*, inaugurava-se uma *cultura de morte*. Os relatos eram duros e muito semelhantes entre si. O que seria para nos cobrir com o manto dos horrores passou a ser uma verdade de todos dias: a tortura.

Em todos os casos, raríssimas eram as exceções, havia confissão policial; não raro, a confissão superava a gravidade do crime e detalhes sórdidos eram acrescentados, mas deles não havia nenhuma comprovação efetiva. A confissão policial, sempre embalada por um ou dois depoimentos de agentes públicos, é material de chumbo para qualquer denúncia.

Esse sucesso estatístico, praticamente cem por cento de admissões de culpa, aliada aos depoimentos incriminatórios de policiais ou agentes públicos, criou o caldo de cultura condenatório, sendo cada vez mais fácil e rápido condenar-se alguém. Esse hábito para o burocrata gera uma outra delícia, os processos andam mais depressa e a sensação de baixar o expediente de todo dia, representado pela pilha de processos sobre a mesa, é confortante. Tudo flui, os promotores tem pronta a história condenatória, o juiz tem pronta a condenação, tudo está fácil e todos unânimes e simbióticos, não há mais qualquer necessidade de pensar.

O trabalho, que foi concebido para ser fruto do discernimento e da reflexão, passa a ser automático e imediatista. Esse conforto se estende aos tribunais e todos vão se seguindo, um após o outro, sem nenhum pensamento, sem nenhuma reflexão, sem nenhuma ponderação. O processo se torna uma farsa e todas as garantias constitucionais, negadas à luz do dia, são relativizadas.

Num futuro próximo poderá ser interpretado como um deboche a permissividade com que se admite a entrada sem mandado judicial nas casas (barracos) da periferia, justificada nessa Guerra Contra as Drogas, mormente porque nos autos escritos do Mundo Formal, essa entrada é sempre precedida de *autorização dos moradores*, que deixam olímpicamente a polícia entrar, vasculhar e desorganizar a casa toda, assistem-na no encontro da droga e a auxiliam nas investigações, assumindo de pronto a posse de tudo e a finalidade para o tráfico. Não há investigação mais primária do que a que desvela a atuação do pequeno traficante. Pequenas porções de drogas são sempre mais fáceis de se localizar do que grandes remessas, que raríssimas vezes se veem. Nesse Mundo, não há defesa possível e a condenação é certa, a prisão é certa e tudo se definiu, não no processo, mas lá mesmo, na casa em que a polícia entrou “depois de autorizada”.

Essa reprodução do modo automático condenatório começou, no início, a me causar um certo constrangimento, depois, uma sensação de repulsa e, finalmente, uma sensação de insegurança e medo, porque essa unanimidade punitiva abre todas as portas do arbítrio, notadamente contra os segmentos sociais eternamente perseguidos.

Essa sensação me tornou muito mais cauteloso. Se desde nunca aceitei a prova policial como suficiente à condenação, suportando críticas por isso dos próprios

promotores de justiça, que se convenceram, em uma densa e espessa maioria, que a prova policial era suficiente e mais do que suficiente para lastrear uma sentença condenatória. Esse entendimento foi paulatinamente, quase de forma imperceptível, se alastrando pelos tribunais e aquilo que era e sempre foi um absurdo jurídico, passou a tomar ares de verdade simples e natural, parecendo exótico que alguém ainda relutasse contra o que passou a ser quase uma lei da vida, a prova policial acusatória aceita sem questionamentos.

Por mais de duas décadas, percebia uma desconfiança em relação a mim. Não demorou e fui tachado de louco, aquele tipo que não se conforma com as regras sociais vigentes e vive de fazer malcriações nas festas de famílias bem postadas. O fato é que fui me tornando cada vez mais um *out-sider*, circunstância que se agravou quando dei com os costados na Segunda Instância, onde ingenuamente pensei que pudesse estar mais protegido, afinal, de parte postulante me tornara fiscal da lei, em uma função que nunca soube compreender. Já não mais pleiteava diretamente a condenação ou a absolvição, mas apresentava aos desembargadores um parecer, isento das paixões das partes. O que era ruim, piorou e não tardou que muitos colegas me tomassem como um obstáculo e como um inimigo a ser combatido.

Se nos tempos do Tribunal do Júri já tinha mil receios em condenar alguém cuja prova me fosse insegura, ainda que minimamente, trabalhando perante a Segunda Instância, esse sentimento se agudizou e, na visão panorâmica que permite uma atuação de âmbito estadual, pude perceber que a Justiça Criminal se comporta como uma fera voraz. Não havia recursos do Ministério Público, mas apenas das defesas, porque as condenações eram a quase totalidade das sentenças, com dosimetrias tiradas de alguma cripta do direito medieval.

Foi nessa época que me dei a sentir que as denúncias não mais imputavam fatos típicos, mas verdadeiros *juízos morais negativos*, com construções acusatórias que não passavam de inferências pessoais dos acusadores, que acabavam compartilhadas com juízes, todos enlevados por jornais locais e pelo furacão dos novos tempos: as redes sociais. A cada dia foi se reforçando em mim a percepção de que a rede social é o mais decisivo fator desencadeante de uma condenação; se o fato desse repercussão local, a chance de condenação é absoluta, se essa repercussão ecoasse no telejornal noturno, as penas subiam, os regimes de cumprimento se endureciam e o que era para ser um trabalho jurídico se revestia de um moralismo não raro piegas. Na sociedade narcísica, todos buscam *likes*.

Os pareceres foram se tornando cada vez mais no sentido de modificação total ou parcial das sentenças, fosse porque o processo intrinsecamente acolhia provas de chocante ilegalidade, fosse porque baseada apenas na dicção policial, fosse porque

(como lido em dezenas e dezenas casos) “o réu não houvesse conseguido demonstrar sua inocência”. Fui observando que a profundidade da leitura dos processos era pouca e que a própria análise de discurso não deixava outra alternativa, senão a de pensar que um discurso fascista começava a ser compartilhado com mais intensidade do que nunca houvera imaginado.

Os julgamentos foram se tornando, tal qual as denúncias, cada vez mais impiedosos e era inegável que vinham plenos de intolerância, com discursos velados, sub-reptícios, que a marcavam. Os depoimentos de pessoas do povo jamais eram aceitos, caso contrariassem a versão policial, sob o argumento de uma presunção de veracidade dos depoimentos dos policiais, somente justificável num laboratório de monstruosidades jurídicas. Os depoimentos de pessoas da comunidade ou que fossem próximas ao acusado eram, via de regra, tomados com desconfiança e um quase desdém, muitas vezes implicando ações de falso testemunho contra quem fosse em juízo para desfazer a prova policial obtida. Pessoas humildes eram tratadas como se estivessem conspirando contra a Justiça, caso afirmassem que a prova policial não era verdadeira.

Na polarização ocasionada pelo estado de guerra punitivista, quem não estiver absolutamente ao lado dos Heróis do Bem, estão se posicionando ao lado dos Agentes do Caos. O Direito foi a primeira vítima, sacrificada logo nas primeiras batalhas desse *front*, tão imaginário quanto efetivo e desolador. Deveras, não havia mais lugar para mim no Ministério Público e sair era a única opção que poderia acalantar.

Quando saí tive a exata medida do quanto se desgostava de mim, internamente. Desgostavam muito mais de mim do que eu da própria Instituição, que me acolheu por trinta anos.

A repulsa que senti que havia – ainda há – doeu nos primeiros dias, mas, com o tempo, as feridas formam cascas protetoras e aquilo que ontem me soava como ofensa, hoje nem mais chega aos meus ouvidos. Tenho certeza que fui digno da memória de Ivan Meneia, o menino que me fez ver o mundo com olhos mais tolerantes, que me ensinou, morrendo abandonado pela vida, que o Direito somente se faz se houver compaixão daquele que o aplica e atrevimento daquele que o pleiteia, porque o Direito será sempre o regulador das liberdades e elas somente se emanciparão se houver coragem, atrevimento, compaixão, solidariedade e, sobretudo, um sentimento de igualdade que as carreiras jurídicas negam, por criar nichos tão protegidos, que colocar a cabeça para fora, a fim de se espiar o mundo que as rodeia, pode ser entendido como um gesto de traição.

O certo é que, no final de minha andança como integrante do Ministério Público, naquele momento em que se olha para trás, o sentimento foi de que caminhei, construindo meu caminho, sem que perdesse de vista a construção democrática republicana; nessa Torre Democrática todas as Instituições hão de carregar sua cota de tijolos, suores e sonhos, a fim de que nos tornemos, num futuro de nossos filhos, o país maravilhoso que o Pórtico da Constituição anuncia. Quando senti que o Ministério Público estava por abdicar de sua missão constitucional, em nome de um combate a uma criminalidade eleita, vi com clareza a dimensão gigantesca do maior erro histórico que se poderia cometer e que foi cometido.

Há outros que pensam como eu, mas sei, somos pouquíssimos, se comparados à maioria consensual e não pensante; até onde consegui chegar, estive certo de que cumpri meu papel como *dominus litis* ou como fiscal da lei; onde faltei, procurei não fazer vítimas inocentes, sem saber exatamente até que ponto nisso fui bem sucedido.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: O CÁRCERE COMO FIEL ESCUDEIRO DO CAPITALISMO

Ruben Rockenbach Manente¹

O presente artigo objetiva analisar, a partir da perspectiva proposta pelo pensamento crítico no campo penal, a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4)², em 24 de janeiro de 2018, que confirmou a sentença da 13ª Vara Federal de Curitiba/Paraná que julgou parcialmente procedente a denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal, no âmbito da denominada “Operação Lava Jato”, 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 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.

Em específico abordaremos a determinação, por unanimidade, da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região³ para a “execução provisória da pena” de Lula em consonância com a decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* número 126.292 que admitiu a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário. Eis o trecho do voto do Desembargador Federal Leandro Paulsen:

.....
¹ Ruben Rockenbach Manente é doutor em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad Pablo de Olavide – UPO (Sevilha/Espanha) e Professor de Direito Penal da Faculdade CESUSC (Florianópolis/Brasil).

² Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50465129420164047000&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=1&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=b7cf269b32b63f6d5bcf2d94657c0103&txtPalavraGerada=ajvn&txtChave=. Acesso em 13/03/2018.

³ Idem, eventos 89 e 90.

“Quanto à execução da pena, cabe destacar que a 4ª Seção desta Corte, nos EINCUL nº 50085723120124047002/PR, firmou o entendimento de que o exaurimento do julgamento perante este Tribunal permite a imediata execução da pena. Foi editada a Súmula 122 do TRF da 4ª Região: ‘encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário’. Desse modo, aguardados os prazos ou julgados eventuais embargos declaratórios e infringentes, o juízo de origem deverá ser comunicado para dar início à execução da pena”.⁴

Partimos da hipótese de que os discursos legitimadores (manifestos) do modelo punitivo, ao afirmarem que a punição é a única saída para o combate da emergência e do inimigo, justamente reforçam àquilo que, de fato, tal sistema se propõe, o fato de que a própria narrativa serve como justificacão para criar um estado de paranoia coletiva que autoriza o exercício ilimitado e desenfreado do poder punitivo (fim latente).

Nosso questionamento principal é saber se a decisão do STF que adotou uma drástica medida de política criminal operou de forma emancipadora ou reguladora em relação as garantias conferidas aos indivíduos como proteçãõ aos atos do Estado. E, ainda, se o critério de valor adotado pela Suprema Corte favoreceu o desenvolvimento de capacidades por partes das pessoas e grupos vulneráveis ou debilitou tal sistema protetivo. O discurso produzido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do *Habeas Corpus* número 126.292 (e reproduzido pelo TRF-4 no caso do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva) reflete o ponto de vista autorizado de seus agentes, e, sobretudo, o ponto de vista legítimo dos mandatários do Estado, sendo produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específica que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, desse modo, o universo das soluções propriamente jurídicas.

Lembre-se que o STF justificou a execuçãõ provisória da prisãõ pela conjugaçãõ de três fundamentos jurídicos: (a) o pressuposto para a decretaçãõ da prisãõ no direito brasileiro não é o trânsito em julgado da decisãõ condenatória, mas ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciale competente; (b) a presunçãõ de inocência é princípio e como tal está sujeita a ponderaçãõ com outros bens jurídicos constitucionais; e (c) após a condenaçãõ em 2º grau, a execuçãõ da decisãõ constitui

.....
⁴ Idem, evento 90.

exigência de ordem pública⁵. Os dois primeiros fundamentos apresentados são de índole estritamente constitucional e servem para justificar a posição defendida pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao momento de execução da decisão penal condenatória: (i) o direito brasileiro não exige o trânsito em julgado da decisão para que se decrete a prisão, (ii) a presunção de inocência, por ser um princípio, sujeita-se à ponderação com outros valores constitucionais, e (iii) o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente impede que o Estado tutele de forma insuficiente os direitos fundamentais protegidos pelo direito penal. O terceiro fundamento é de ordem infraconstitucional: com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, a execução provisória da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública para assegurar a credibilidade do Judiciário e do sistema penal.

Outrossim, a Corte Suprema, em específico o discurso jurídico do Ministro Luiz Roberto Barroso, que extrapola o campo jurídico (mas mesmo assim dotando de “legitimidade oficial de nomeação”), evoca, além da conjugação dos fundamentos jurídicos, três fundamentos pragmáticos que reforçam a interpretação que permite a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau: (a) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal; (b) a redução da seletividade penal; e (c) a quebra do paradigma de impunidade. Para o ministro, tal entendimento é fundamental para evitar três efeitos negativos: (i) o incentivo à interposição de recursos protelatórios; (ii) o reforço à seletividade do sistema penal; e (iii) o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.

O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, “a boa distribuição ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social”⁶. É com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia relativa do direito, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento, que resulta da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas. O monopólio do Supremo Tribunal Federal (enquanto órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro) favorece um trabalho contínuo de racionalização próprio para aumentar cada vez mais o desvio entre os veredictos armados do direito e

.....
⁵ Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numer=126292&classe=HC>, p. 27. Acesso em 13/03/2018.

⁶ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: 2007, p. 212.

as instituições ingênuas da equidade e para fazer com que o sistema das normas jurídicas apareça aos que o impõe e mesmo, em maior ou menor medida, aos que a ele estão sujeitos, como totalmente independente das relações de força que ele sanciona e consagra⁷.

O mais grave é que a retórica utilizada na decisão do STF, dotada de “neutralidade”, “verdade” e “universalidade”, está longe de ser uma simples máscara ideológica: ela é a própria expressão de todo o funcionamento do campo jurídico e, em especial, do trabalho de racionalização. O direito é a forma por excelência do discurso atuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos. Não é demais dizer que ele faz o mundo social, mas com a condição de não se esquecer que ele é feito por este. Convém, com efeito, que nos interroguemos acerca das condições sociais – e dos limites – desta eficácia quase mágica, sob pena de cairmos no nominalismo radical e de estabelecermos que produzimos as categorias segundo as quais construímos o mundo social e que estas categorias produzem este mundo. O Supremo Tribunal Federal ao permitir a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da decisão condenatória transformou o *homo juridicus* (presumido por lei como não-culpável até julgamento judicial final) em *homo sacer*⁸.

Resta claro que a decisão levada a efeito pelo STF, enquanto soberano, institucionalizou, no âmbito do campo penal, a figura do *homo sacer*, uma pessoa que, dotada da presunção de inocência, pode ter sua pena executada provisoriamente, sem a exigência do trânsito em julgado, não lhe sendo cabível os discursos oficiais da pena, nem os requisitos autorizadores das prisões cautelares. É dizer, nosso *homo sacer* do direito penal está excluído dos discursos e das finalidades da pena criminal, uma vez que sua culpa não está ainda sacramentada, mas incluído no sistema penitenciário nacional, ainda que de forma provisória, mas sem estar submetido as exigências da lei processual penal brasileira. O Supremo Tribunal Federal criou este terreno incerto e sem nome, uma zona áspera de indiferença, situando os acusados que ainda não possuem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e, portanto, não podem estar sujeitos ao regramento da pena criminal, em uma categoria jurídica que está excluída e incluída ao mesmo tempo.

Para denunciar tal lógica temos que compreender a própria concepção dos direitos humanos na atualidade e ser conscientes das relações de força que se dão

.....
⁷ Idem, p. 214.

⁸ Neste sentido: AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

entre atores sociais e as possibilidades ou obstáculos postos a formas organizativas alternativas. Tais características são próprias da nova fase de apropriação do capital e estão provocando uma mudança importante na consideração dos direitos humanos, especialmente, no nível jurídico, com a crise do direito nacional nos direitos humanos (enfraquecimento da soberania dos Estados nacionais) e, no nível ideológico, com a globalização da ideologia-mundo. É que a história das políticas sociais e criminais modernas se caracteriza, entre outros aspectos, por seu caráter limitado, excludente e seletivo, tanto de um ponto de vista espacial como dos sujeitos abarcados por elas. A pretensa universalidade abstrata que reconhece os direitos a todos os seres humanos por natureza e pelo simples fato de terem nascido surgiu em determinado contexto histórico (trânsito para a modernidade e desenvolvimento do sistema capitalista) que atualmente não nos serve para compreender e atuar sobre a realidade social existente. Por trás de toda e qualquer norma jurídica de pretensão universal existem interesses (particulares ou não) concretos que (sempre) reclamam ser parte constitutiva de um novo sentido do humano que não descansa somente no reconhecimento do comum-coletivo, senão que estendam ao âmbito da diferença⁹.

Eis a importância de uma consciência crítica acerca da atual conjuntura dos direitos humanos para possibilitar a abertura de caminhos à expressão das insatisfações sociais e humanas. A conscientização nos possibilita a inserção no processo histórico e permite a inscrição na busca da afirmação desses direitos em prol da humanidade sofrida. A possibilidade de um diálogo crítico e emancipador em prol de uma luta/movimento social de libertação da classe social que se encontra alijada do poder econômico e, em específico ao campo penal, é selecionada por meio de critérios úteis ao capital.

A urgente transformação das estruturais sociais só será possível com a capacidade de luta da multidão oprimida em busca da afirmação da subjetividade coletiva e da eliminação das relações desiguais de poder material no momento de acesso aos bens indispensáveis para uma vida digna. O reconhecimento da universalidade dos direitos humanos deve ser entendido sob um enfoque emancipador e libertador para que se possa empoderar novas subjetividades em busca de reconhecimento e poder no seio da sociedade e das instituições.

.....
⁹ Neste sentido: GUTIÉRREZ, Germán. Globalización y liberación de los derechos humanos. Em: HERRERA FLORES, Joaquín (Ed.). *El vuelo de Anteo*. Derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000, p. 185.

Desta forma, as bases de uma teoria crítica dos direitos humanos¹⁰ estariam esquematizadas em cinco pontos básicos assim reproduzidos:

Primeiro, devemos começar reconhecendo que nascemos e vivemos com a necessidade de satisfazer conjuntos culturalmente determinados de bens materiais e imateriais e, dependendo do entorno de relações nas quais vivamos, serão os bens a que tentamos ter acesso. Mas, em primeiro lugar não são os direitos, são os bens.

A adoção da teoria crítica dos direitos humanos proposta pretende fugir do círculo vicioso que nos encerra o aparente simplismo da teoria tradicional que começa falando dos direitos e termina falando dos direitos. Os três níveis de trabalho (“o quê” dos direitos; “por quê” dos direitos; e “para quê”) revelam que os direitos humanos – mais que direitos propriamente ditos – são processos, é dizer, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens indispensáveis para a vida.

Lembre-se que a questão da proibição da execução da pena de prisão após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição está assegurada por vários “direitos”, de cunho nacional e internacional. No entanto, o “bem” presunção da inocência (e todos aqueles violados em decorrência da execução provisória da condenação), após a decisão do Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* número 126.292, não está ao alcance efetivo.

No plano nacional, o “direito” à presunção da inocência está “garantido” na Constituição Federal de 1988 ao afirmar, em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Na mesma linha da Constituição Federal, o Código de Processo Penal brasileiro estabelece em seu artigo 283 que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

No plano internacional, o “direito” à presunção da inocência está “protegido” pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que afirma em seu artigo 11.1: “toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, em seu artigo 14.1, expõe que “qualquer pessoa

.....
¹⁰ Neste sentido: HERRERA FLORES, Joaquín. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux e IDHID, 2009.

acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), de 1969, prescreve em seu artigo 8.1, que “*toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa*”.

Frise-se, ainda, que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos foram promulgados internamente e, nos termos do artigo 5, §2º, da Constituição Federal, integram o sistema de garantias do sistema constitucional brasileiro, tendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal decidido que tais tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, concluindo que as leis ordinárias, anteriores ou posteriores aos tratados, que com eles confrontarem, não terão eficácia jurídica naquilo em que conflitarem.

Por isso, nós não começamos pelos “direitos”, mas sim pelos “bens” exigíveis para se viver com dignidade, afinal estamos diante de bens que satisfazem necessidades, e não de um modo *a priori* perante direitos, os direitos virão depois das lutas pelo acesso aos bens.

As normas jurídicas resultantes nos servirão para garantir – de modo não neutro – determinado acesso a tais bens. Porém, daí também seu caráter instrumental e seu apego aos interesses e às expectativas de quem ostenta a hegemonia na sociedade de que se trata.

Segundo, devemos ter em conta que temos de satisfazer nossas necessidades imersos em sistemas de valores e processos que impõe um acesso restringido, desigual e hierarquizado aos bens, sendo este fato materializado ao longo da história por meio de marcos hegemônicos de divisão social, sexual, étnica e territorial do fazer humano.

Terceiro, a história dos grupos marginalizados e oprimidos por esses processos de divisão do fazer humano é a história do esforço para levar adiante práticas e dinâmicas sociais de luta contra esses mesmos grupos.

Lembre-se que o cárcere forma parte de uma extensa racionalização das relações sociais no capitalismo nascente, sendo operado pelo sistema penal enquanto nítida manifestação de poder para a construção da hegemonia e servindo como uma das diversas ferramentas utilizadas pelo controle social para produzir as mais variadas formas de dominação e exploração de determinados grupos e dimensionar sua relação com o poder. O interesse de classes imprime a cada sistema penal a marca da concretização histórica e somente com o completo aniquilamento das classes

é que se permitirá a criação de um sistema penal imune a todo elemento antagônico. O direito penal, desta forma, pertence à superestrutura jurídica na medida em que encarna uma modalidade dessa forma fundamental que está subordinada a sociedade moderna: a troca de equivalentes e todas suas consequências. Ou, em outros termos, o direito penal é uma forma de relação entre sujeitos egoístas isolados, portadores de interesses privados autônomos, sendo que os conceitos de crime e castigo são definições necessárias ao funcionamento deste tipo de forma jurídica¹¹.

Reconstruir, pois, as vicissitudes relevantes desta sociedade equivale a recorrer a história dos problemas de ordem e controle social deste mesmo tecido social. Até porque o delito, e mais em geral as questões sobre as diversas alterações e desobediências à ordem social, estão sempre presentes em todas as partes de cada sociedade.

As funções históricas do cárcere na produção e no controle dos grupos marginalizados (classe operária), e na criação do universo disciplinar de que a moderna sociedade industrial tem necessidade, são elementos indispensáveis a uma epistemologia materialista, a uma economia política da pena, uma vez que sob o viés institucional, o sistema capitalista pressupõe uma maior exigência de disciplina e de repressão, com a finalidade primordial de conter a incontrolável tensão das massas marginalizadas¹².

Quarto, o objetivo fundamental de tais lutas não é outro que poder viver com dignidade, o que, em termos materiais, significa generalizar processos igualitários (e não hierarquizados *a priori*) de acesso aos bens materiais e imateriais que levam a dignidade.

Quinto, se temos o poder político e legislativo necessários para estabelecer sistemas de garantias (econômicas, políticas, sociais e, sobretudo, jurídicas) que comprometam as instituições nacionais e internacionais ao cumprimento daquilo conquistado por essas lutas pela dignidade de todos e todas.

Pela nossa definição dos direitos humanos como processos sociais, normativos, econômicos e políticos que abrem ou consolidam espaços de luta pela dignidade humana, entendida como o conjunto de atitudes e aptidões necessárias para poder lutar contra os processos de divisão do trabalho que nos impedem o acesso aos bens materiais e imateriais de um modo igualitário e não-hierarquizado por alguma ideologia abstrata e funcional às desigualdades e desequilíbrios existentes no mundo contemporâneo.

.....
¹¹ PASHUKANIS, Evgeny. *La teoría general del derecho y el marxismo*. Traduzido por Peter Maggs. Londres: Bierne y Sharlet, 1980, p. 99.

¹² BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 193.

E, a depender de nossa visão social do mundo (ou ideologia), os direitos humanos podem ser definidos de forma funcional ou crítica frente a tais situações de desigualdade, exclusão e exploração. As definições gozarão de um maior ou menor grau de “verdade” dependendo de sua capacidade (ou incapacidade) de reagir as mencionadas causas.

Assim, em sede de conclusão, podemos afirmar, que a teoria crítica e compromissada dos direitos humanos nos auxilia na criação de vias de ações capazes de colocar em marcha processos culturais como prática social, como expressão axiológica, normativa e institucional que, em cada contexto, abram e consolidem espaços de luta por uma vida mais digna. Trata-se da emancipação do *homo sacer* criminal em sua condição de alienado e subordinados aos processos de divisão social típicos do funcionamento do sistema capitalista, da sua reconciliação com a natureza não repressora e com o processo histórico.

O discurso justificacionista da punição colocado em prática pelo Supremo Tribunal Federal e pelo TRF-4 no julgamento do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, enquanto instituição judicial do sistema penal, revela a atuação do aparelho canalizador da vingança instrumentalizado pelo Estado. Assim, o critério de valor (ainda que encobertos pelo “poder de nomeação” inerente a própria instituição enquanto “reveladora” do direito) utilizado pelos ministros do STF para determinar a execução antecipada da pena criminal obedece aos fundamentos da própria lógica econômica atual, direcionando suas baterias punitivas à neutralização das “classes perigosas”. O resultado da adoção desse critério de valor é nitidamente regulador e repressivo, não representando, em momento algum, avanço no reconhecimento da dignidade humana da multidão oprimida.

PARA AS TREVAS QUE NOS CONDUZEM

*Tarso Genro*¹

A intervenção militar na Segurança Pública do Rio de Janeiro, decidida por um Governo civil ilegítimo, para cuja missão as nossas Forças Armadas não estão constitucionalmente destinadas, nem tecnicamente preparadas; a condenação sem provas do Presidente Lula, após o oligopólio da mídia ter instado o golpe institucional que derrubou a Presidenta Dilma; e a articulação de boa parte do Sistema de Justiça -sem pudor- destinada a inviabilizar a candidatura de Lula (o líder popular mais importante do país) muda a curva “suave” da nossa decadência democrática, para uma vertical ascendente de crise. Sem solução de curto prazo. A soma da crise política com a fragmentação social e o aumento da pobreza, poderá levar a uma ruptura total da confiabilidade mínima no sistema liberal-representativo, logo, da própria Constituição, que lhe molda e lhe dá sentido.

A interpretação da Constituição, nestas circunstâncias, passa a ser o elemento político central da disputa pela hegemonia, para a condução deste processo, onde a política foi criminalizada em bloco e, logo após, plenamente judicializada. Como o constituinte originário – o povo empírico como diz Friedrich Müller- não dá sinais de movimentação suficiente, para obter um compromisso dos Poderes com a letra e sentido democrático e libertário da Constituição, caberá aos órgãos do Sistema de Justiça, dizer “livremente” o que a Constituição fala. “Livremente”, no caso, quer dizer “livre” de toda a influência de uma opinião pública formada numa controvérsia com paridade de armas, que não existe: quem faz a opinião da maior parte do povo, do Judiciário e do Ministério Público, hoje, é oligopólio da mídia. Ele inclusive que já participa de diligências policiais e, frequentemente, adianta

.....
¹ Tarso Genro é ex-Governador do Estado do Rio Grande do Sul, ex-Prefeito de Porto Alegre, ex-Ministro da Justiça, da Educação e das Relações Institucionais do Brasil.

condenações de réus e exige ritos processuais, sem a menor consideração com as garantias constitucionais inscritas na lei maior.

A suspensão da ordem jurídica já começou a ser aplicada no Brasil, “quase” nos mesmos termos da emergência proclamada pelo “Decreto para a Proteção do Povo e do Estado”, após o incêndio do Reichstag, na Alemanha de 1933. Este diploma permitia a autoridade “suspender a lei”, amparada no “direito de proteger sua própria existência”. Por que se diz “quase” nos mesmos termos? Primeiro, por uma questão de graduação, na violência estatal, que aqui se torna concreta e sem limites, apenas para determinadas facções políticas e para determinados setores sociais, alocados em determinados territórios. Lá na Alemanha hitlerista – embora o Decreto tenha sido fundado na luta contra os comunistas – ele acabou rapidamente estendido toda a forma de oposição, de qualquer matriz política, o que aqui ainda não ocorre. A “emergência” é uma exceção” concentrada e a “exceção” é uma emergência “permanente”.

O segundo motivo do nosso “quase” é que a emergência, na Alemanha, foi precedida pela violência privada de bandos paramilitares e grupos civis de ação direta, contra as esquerdas e os judeus – declarados em conjunto inimigos do povo alemão – violência esta, depois, assumida de forma institucional e massiva, pelo novo Poder Executivo, já sob o comando de Hitler. Aqui no nosso país, todavia, as violências e as ilegalidades -exceções e emergências pastosas que se convertiam uma na outra – ao contrário do que correu na Alemanha, começaram contra facções, personalidades e partidos, na Primeira Instância dos órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público, para após irem se consolidando – gradativamente- através de novas leituras da Constituição pelas instâncias superiores, que – independentemente da vontade dos seus Juízes – estimularam a emergência da violência marginal de grupos fascistas, ainda hoje minoritários.

É evidente que há uma diferença, também, no potencial de violência das situações “excepcionais” – até agora – entre as ocorridas na Alemanha nazista e aquelas que estão ocorrendo depois do golpe institucional brasileiro. A escassa legitimidade, que ainda possa ter o Governo Temer, está amparada na espetacular manipulação da opinião pública -processada pela mídia tradicional– que engendrou um golpe suave”. Este pretendia legitimar-se através da organização de uma forte bancada de oportunistas, corruptos e neoliberais de toda a ordem, que violentaram a Constituição, aparentando estarem lutando contra a corrupção, dentro dos marcos jurídicos vigentes. Já a utilização do Decreto do Reich alemão, para a emergência – foi fundamental para implementação da ditadura – não precisava de nenhum disfarce democrático, pois o programa nazista propunha que o caminho

da grandeza alemã só poderia ser pavimentado pelo fim da democracia liberal, o suplício dos judeus, comunistas, sociais-democratas, ciganos, religiosos não-nazistas e liberais de toda a cepa.

A identidade mais explícita -entre ambas as situações de emergência e exceção – está, porém, no fato de que elas se erguem, aqui como lá – antes e agora – sobre mentiras vergonhosas, meias-verdades que não são verdades, manipulação dos baixos instintos de determinados setores sociais, e coesão dos ricos e privilegiados, contra os pobres e os diferentes. Mentiras no Brasil: que a Presidenta Dilma foi derrubada para dar lugar ao combate à corrupção e que o PT é o principal Partido da “corrupção”, no Brasil. Mentiras na Alemanha: que a decadência da terra de Göethe, Schiller e Mozart, tinha raízes nas ideias socialista do proletariado alemão e na suposta mesquinha e maldade dos judeus, como “seres inferiores”. Mentiras, lá e aqui, repetidas à exaustão, para imbecilização da política e para a repressão coletiva ou seletiva, que se realiza segundo as necessidades dos novos grupos que controlam o Estado. E há uma outra identidade, nos caminhos análogos que nos conduzem às estradas da exceção e das emergências: é que no fim destes caminhos, sempre estão e estiveram, as trevas, o ódio e a insanidade.

LULA E O AMOR QUE DEIXA MARCAS: PICASSO E FLÁVIO JOSÉ

*Tarso Genro*¹

Um país que até há poucos anos era um exemplo de democracia social “mínima”, respeitado pelas nações mais importantes do mundo – independentemente do seu regime econômico – hoje rasteja na “exceção”. É um país cujo Sistema de Justiça coloca no cárcere, de forma inconstitucional, o seu maior Presidente dos últimos tempos, dilapida o patrimônio público com a destruição da Petrobrás e congela o seu Orçamento em Saúde e Educação, no mais brutal ataques aos pobres desde o “arrocho salarial”, na época do regime militar. Um Governo gerenciado por um grupo de denunciados e processados por corrupção.

Trata-se de um novo tipo de poder autoritário, construído pela mídia oligopólica e pelos empresários neoliberais oportunistas, que depois de orientarem o seu programa reformista de barbarização social, começam a devorar seus domadores designados, através dos leões da especulação financeira. De olho nas eleições, este novo sistema de poder precisa manter Lula fora do jogo, de preferência matá-lo – politicamente ou fisicamente se preciso for – pela humilhação e pela desonra. O roteiro do golpismo precisa excluir a soberania popular do sistema político, para que a madrugada suja do fascismo, se necessário, possa irromper.

A música de Flávio José, “Espumas ao vento” – linda e comovente confissão brega de traição e reconciliação amorosa – tem duas mensagens sibilinas para o momento político atual. Aqueles que vivem a política ou controlam os cordéis de uma consciência pública exausta e tristonha – pelas perdas ou pelo ódio- deveriam atentar para estas vozes do acaso, fora do mercado. Os golpistas as receberão nos faustos do poder que usufruem de forma ilegítima, mas Lula as receberá no fundo

.....
¹ Tarso Genro é ex-Governador do Estado do Rio Grande do Sul, ex-Prefeito de Porto Alegre, ex-Ministro da Justiça, da Educação e das Relações Institucionais do Brasil.

do cárcere, onde está por ter sacado da miséria 40 milhões de brasileiros que, para pensarem livremente, precisavam primeiro comer e vestir. Estes não o esquecerão.

A mensagem que os golpistas deveriam adotar é aquela parte da canção que diz, “sei que errei, tô aqui para te pedir perdão”. Não o farão. Preferem prestar contas ao mercado abstrato onde as pessoas concretas não os ouvem e bajular os comandantes mentais do oligopólio da mídia do que ter a humildade histórica de reconhecer seus erros destrutivos. A mensagem que Lula deverá receber, porém, é aquela que virá dos porões do transatlântico neoliberal, hoje transformado num barco-fantasma, que singra o oceano do medo: “o amor deixa marcas que não dá pra apagar”.

A primeira mensagem vai cair no coração vazio do arbítrio dos juízes da exceção, mas a segunda vai perfurar docemente o coração quente de Lula e se aninhar nele como um pássaro que se recolhe ao calor vital da sua origem. As marcas deixadas por Lula, no coração do povo pobre do Brasil, no ar seco caatinga, nas mães com o leite ressecado pela fome do Brasil profundo, nos velhos agricultores que viram a luz elétrica pela primeira vez, nos milhões de jovens das famílias de salário-mínimo do Prouni não serão esquecidas, pois são marcas do amor, deixadas nos trabalhadores que viram seus filhos crescerem sem fome, estáveis em espaços iluminados da memória que a exceção não apaga, a prisão não bloqueia, a manipulação midiática não extingue.

É verdade que ainda há um certo amortecimento na consciência popular, em virtude hipnose fascista promovida, massivamente, pelos meios de comunicação mais conhecidos contra Lula, o PT e a esquerda. Mas isto vai passar e será superado. Mais cedo ou mais tarde. Picasso, numa carta escrita em 18 de abril de 1917, ao seu amigo Guillaume Apollinaire (originária de Nápoles) lhe diz não sem certa ironia esperançosa, a respeito de um assunto pessoal em aguardo: “estou com a ‘troupe’, à espera de que os leões comam o domador”. Nós não estamos esperando, mas os leões do golpe já estão lambendo os lábios para comer – ali adiante – Temer e os seus domadores de opereta, que os próprios leões colocaram no poder.

ESPECTROS DE PORTO ALEGRE

Thomas Bustamante¹

Na decisão pelo TRF-4 da Apelação de Lula, contra a sentença condenatória de primeira instância, a narrativa da Operação Lava Jato sofre uma importante mutação em relação à sentença de Sérgio Moro.

Na primeira instância, o PT era apontado como beneficiário de atos indeterminados decorrentes de uma espécie de “conta-corrente” de propina que mantinha com a OAS. Mas culpa de Lula não era de gerir esse esquema, autorizar e chefiar as fraudes em licitações etc. Lula foi condenado por Moro em razão de supostamente ter recebido um apartamento da OAS, ou melhor, recebido um apartamento melhor e mais valioso do que aquele que havia sido por ele adquirido de uma incorporadora posteriormente adquirida pela OAS.

Como não se comprovou nenhum “ato de ofício” de Lula conferindo qualquer vantagem à OAS, Moro sustenta que esses “atos de ofício” são dispensáveis e que a responsabilidade de Lula deriva do fato de ele ter aceito o apartamento em troca da quitação de dívidas espúrias que a OAS tinha com o seu partido.

Essa narrativa é frágil por várias razões. Primeiramente, Lula não era Presidente da República desde 2010 e, por isso, não poderia ter praticado qualquer ato de governo capaz de conferir à OAS um benefício que justificasse essa benesse. Em segundo lugar, a própria “conta de propina” não estava provada no processo, uma vez que foi indeferida perícia contábil e inexistente prova do denominado “caminho do dinheiro”, ou seja, a origem e o destino dos recursos oferecidos pela OAS. Finalmente, ainda que houvesse uma prova de que a OAS “reservou” o apartamento triplex para Lula, não estava provado que Lula tivesse aceito o apartamento e definitivamente não estava provado que Lula recebeu o apartamento ou tenha

.....
¹ Thomas Bustamante é professor de Filosofia do Direito da UFMG.

qualquer outro tipo de acréscimo patrimonial. Pelo contrário, a prova que se tem é de que o apartamento permanece até os dias atuais na propriedade da OAS.

O acórdão do TRF, no entanto, aprofunda a violação ao princípio do Estado de Direito. Na nova narrativa, Lula seria responsável não apenas por ter recebido para si uma vantagem – o apartamento no Guarujá – mas por ser o “grande gerente do esquema de propina” montado na Petrobras. Gibran, Paulsen e Laus consideram Lula responsável por todos os malfeitos de todos os diretores da Petrobras, simplesmente por tê-los nomeado ou mantido nos seus cargos depois de iniciado o esquema de propina para favorecimento em licitações. O apartamento no Guarujá passa a ser apenas um detalhe, uma espécie de sobra que Lula pega para si após ter se beneficiado do esquema por mais de uma década.

Qual o problema dessa segunda narrativa?

O mais grave problema, provavelmente, está no fato de que essa mirabolante narrativa não tem lastro probatório nos autos. Mesmo se tomarmos como incontroverso que houve um esquema criminoso entre os diretores da Petrobras e as empresas participantes dos consórcios vencedores, teria que estar provado que Lula participou desse esquema, nele interveio ou deixou propositalmente de atuar para terminar com ele depois que tomou ciência de sua existência. O TRF-4 adota, dessa vez de maneira muito mais expressa do que Moro, a denominada “teoria do domínio do fato”. Lula é pessoalmente responsável, do ponto de vista criminal, por tudo o que Paulo Roberto Costa, por exemplo, fez de errado na direção da Petrobras. O problema dessa narrativa é que ela pressupõe essa conclusão como uma verdade dada, não se preocupando em provar a veracidade dessa história “mais além de qualquer dúvida razoável” (*beyond reasonable doubt*).

Raras vezes, no Brasil, se leu uma decisão tão preocupada em discorrer considerações teóricas sobre a prova, mas raras vezes se viu também uma decisão tão pouco preocupada em manter-se fiel aos rigorosos *standards* de prova que ela prometeu aplicar.

A decisão afirma estar aplicando o critério da prova inequívoca, que não admite qualquer dúvida razoável, mas se contenta apenas em estabelecer uma versão que seja coerente com os indícios encontrados nos depoimentos de co-réus e em notícias de jornal citadas na sentença de primeiro grau.

Ao tentar se justificar para o público externo, a corte enfaticamente sustenta: “estamos julgando fatos, não pessoas”; ou então: “uma convicção há que estar provada mais além de qualquer dúvida”, não sendo lícito ao juiz decidir apenas com base nas suas impressões. No entanto, contenta-se com uma espécie de “reconstrução coerentista” que é aceita como suficiente para oferecer a prova para suas convicções.

Nessa perspectiva, basta ao juiz apresentar uma versão dos denominados “fatos primários” (aqueles capazes de levar à tipificação da conduta na norma) que seja coerente com os “fatos secundários” (aqueles de fato verificados no processo com base em parâmetros objetivos).

O *standard* da “prova mais além de qualquer dúvida” não se sustenta com a possibilidade (ou mesmo uma probabilidade!) da versão narrada na denúncia estar correta. Ele exige muito mais. Só se cumpre esse critério probatório se não for possível imaginar nenhum “mundo possível” (*possible world*) em que os fatos secundários sejam verdadeiros, mas os fatos primários sejam falsos.

Traduzido em termos concretos, o tribunal deveria ter formulado a seguinte pergunta: “é possível imaginar, diante da prova apresentada, uma explicação da realidade em que sejam verdadeiros os fatos secundários, mas não os primários?” Ou ainda: “é possível imaginar um cenário em que as propinas pagas à Petrobras tenham existido, mas não tenham beneficiado a Lula ou este não tivesse conhecimento e controle sobre elas?”

Repare que aqui não basta que seja possível, ou coerente, ou até mesmo provável que Lula soubesse dos acertos de propina e tivesse controle sobre eles. Exige-se mais: que não seja possível uma explicação alternativa para os fatos, na qual Lula não configure como o grande gerente desse esquema de propinas.

No processo, não há nada que leve a essa conclusão. Aliás, uma análise cuidadosa deixa perguntas que dificilmente um defensor da tese do Tribunal conseguiria responder: “por que, então, Paulo Roberto Costa recebeu para si centenas de milhões de dólares de propina, enquanto Lula ficaria apenas com uma reforma em um apartamento de classe média?” Ou então: “por que Lula só receberia sua fração em 2014, quatro anos depois de seu mandato ter acabado?”

Se Lula era o grande articulista, talvez fosse possível imaginar duas hipóteses: 1) ou Lula queria beneficiar a si próprio e a seus parceiros com essa propina, ou 2) Lula queria manter o seu partido no poder e financiar campanhas eleitorais.

Na primeira hipótese, a pergunta seria então: “por que Lula não recebeu mais nada durante o mandato?” “Se ele era o grande chefe, por que Paulo Roberto Costa, que seria o seu subordinado, recebeu centenas de milhões de dólares?”

Na segunda hipótese, a pergunta seria: “por que Lula deixou Paulo Roberto Costa receber centenas de milhões de dólares enquanto o seu partido político ficava com menos do que isso?” Se estivéssemos diante de um pragmatismo absurdo, de alguém que coloca o seu partido político acima do Estado de Direito e da lei, que é tão instrumentalista a ponto de achar que a sua permanência no poder é mais importante do que a preservação do patrimônio do povo que ele pretende

governar, “por que deixar alguém que estaria roubando os recursos que seriam do próprio partido político que ele resolve proteger mesmo à custa de tanto risco e tanta ilegalidade”?

Essas perguntas poderiam ser feitas, mas em nenhum momento são sequer cogitadas. E pior, a hipótese de que Lula seria o “grande gerente” que comandaria o esquema de propinas é tão coerente com os fatos provados nos autos quanto a hipótese de que os diretores da Petrobras, líderes partidários e gerentes de empresas beneficiadas com o esquema estariam enganando a Lula e colhendo benefícios para si próprios sem o seu consentimento. O que leva, então, o tribunal a optar pela primeira hipótese?

Não se poderia dizer, por exemplo, que Lula simplesmente perdeu o controle sobre seus aliados, como é típico no “presidencialismo de coalizão”? Não foi exatamente isso (perder o controle sobre seus aliados) que fez com que Dilma Rousseff fosse cassada por um *impeachment* questionável? Ora, a prática ensina que no presidencialismo de coalizão é fácil perder o controle sobre uma enorme base aliada. Lula não poderia ter simplesmente perdido o controle moral e jurídico sobre essa base, da mesma forma que Dilma perdeu o controle político sobre sua base, levando a uma insurgência contra ela? Por que pressupor, *a priori*, que essa hipótese é impossível? Lula não poderia simplesmente estar sendo enganado pelas pessoas que ele indicou?

De modo semelhante, no que concerne ao apartamento no Guarujá, a hipótese do primeiro depoimento de Léo Pinheiro é de que o apartamento não era de Lula (apesar de ter sido montado para tentar seduzi-lo com a possibilidade de compra) e este não sabia da existência de qualquer esquema de propinas em sua empresa, enquanto a hipótese do segundo depoimento de Léo Pinheiro é de que o apartamento seria de Lula e a ele teria sido dado como uma forma de pagamento pelos créditos que o PT adquiriu junto à OAS em vista dos alegados esquemas espúrios de corrupção.

A pergunta que se faz é: por que acreditar no segundo depoimento de Léo Pinheiro, mas não no primeiro depoimento?

Seguramente, o segundo depoimento é coerente com a tese que o MP adota (de que Lula era o grande gerente do esquema de corrupção), mas será mesmo que existe prova “acima de qualquer dúvida razoável disso”? É realmente impossível a existência de qualquer outra explicação para o fato de a OAS ter reservado esse apartamento para Lula?

Lembre-se que o custo total das obras de reforma do apartamento foi um valor absolutamente ínfimo e insignificante, quando comparado aos valores bilionários

dos contratos ou às centenas de milhões de dólares recebidas de propina pelos diretores da Petrobras. Como acreditar então que Lula comprometeria tantos recursos do seu povo, correria tantos riscos, com tantos benefícios para pessoas que não exerciam funções-chave em seu projeto de governo, para ganhar tão pouco?

O que vemos nesse processo é uma espécie de “justiça *fast-food*”, onde as conclusões já veem prontas e o juiz se comporta como um roteirista que pretende criar uma história bonita que agrada a imprensa, ou acalme os mercados e os seus colegas quando a Justiça é acusada de politizar-se. É uma opção por um corporativismo que coloca em xeque o Estado de Direito e vende nossas garantias constitucionais a preço de banana.

O que mais me escandaliza na decisão é que eu tive a impressão de que esses Desembargadores são completamente diferentes de Sérgio Moro. Moro é um juiz que declara seu ódio ao PT, aparece em foto se confraternizando com réu do PSDB, manda fazer condução coercitiva espalhafatosa contra Lula, manda conduzir coercitivamente blogueiros e jornalistas de esquerda, enquanto tolera que audiências protegidas pelo segredo de justiça sejam transmitidas ao vivo para sites de direita, faz interceptações telefônicas ilegais e depois manda para a imprensa, na véspera do julgamento de um *impeachment* de Presidente da República, com o objetivo de desestabilizar o país. Mas assistindo ao julgamento, não me passou pela cabeça em nenhum momento que os Desembargadores estivessem em um complô malévolo para destruir o PT ou inviabilizar eleitoralmente a esquerda brasileira, como muitos estão alegando por aí. A impressão que eu tive é mais grave: é de que eles agem assim de forma natural, agem com base no arbítrio, na discricionariedade livre, no “achismo” e na narrativa mais coerente com as verdades ditadas pela grande imprensa e pela onda malévola de punitivismo mesmo quando pensam não estar agindo por preconceitos políticos. Ou seja, o espectro que nos ronda depois desse julgamento é o medo de que a forma como julgaram Lula seja a única maneira pela qual podemos esperar que eles julguem qualquer outra pessoa, como eu e você.

O CASO LULA E AS GARANTIAS JUDICIAIS DOS SISTEMAS INTERAMERICANO E GLOBAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

*Tiago Resende Botelho*¹

*Gustavo de Faria Moreira Teixeira*²

Entre as várias controvérsias relativas ao julgamento do caso Lula na 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região³ ganha destaque a preliminar suscitada pela defesa do ex-Presidente referente à nulidade do processo e, por consequência, da sentença condenatória proferida pelo Juízo de primeira instância da 13ª Vara Federal de Curitiba.

Isto porque uma pergunta necessariamente paira sobre o caso: qual a relação entre os crimes atribuídos a Lula decorrentes da suposta aquisição de um imóvel triplex no Guarujá, Estado de São Paulo e o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, no Paraná? A Procuradoria da República no Estado do Paraná responde: 1) o Juízo Federal de Curitiba é competente para julgar as condutas relacionadas ao crime de lavagem de dinheiro decorrentes de contratos da Petrobras, praticado pelo doleiro Alberto Youssef, através do Posto Lava Jato, situado no Paraná; 2) as vantagens indevidas de Lula em São Paulo tem relação com valores obtidos pela empresa OAS em três contratos específicos da Petrobras; 3) logo, Lula deve ser julgado pelo Juízo Federal de Curitiba, tendo em vista que o art. 109 da Constituição Federal resta claro que em sendo a Petrobras uma sociedade de economia mista, a competência é taxativamente da Justiça Federal.

.....
¹ Tiago Resende Botelho é Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra, mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT, professor da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD e advogado. trbotelho@hotmail.com

² Gustavo de Faria Moreira Teixeira Mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Advogado no Estado de Mato Grosso. Professor de Direito Constitucional e Internacional na Universidade de Cuiabá – UNIC. gustavofmteixeira@hotmail.com

³ Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, TRF 4ª Região, j. 24/01/2018.

Ocorre que o próprio juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba, ao manifestar-se em embargos declaratórios, expressamente declara: “Este Juízo jamais afirmou, na sentença ou em lugar algum, que os valores obtidos pela Construtora OAS nos contratos com a Petrobras foram utilizados para pagamento de vantagem indevida para o ex-Presidente”⁴.

Ora, se o próprio magistrado responsável pelo caso reconheceu que as condutas praticadas pelo réu no Guarujá, São Paulo, não estão vinculadas a valores obtidos em contratos com a Petrobras, significa dizer que o mérito do caso não condiz com competência do foro da 13ª Vara Federal de Curitiba e, portanto, todos os atos praticados pelo Juízo de primeira instância, do recebimento da denúncia até a sentença condenatória, são, nos termos dos artigos 70 e 564, inciso I, do Código de Processo Penal, absolutamente nulos.

É importante lembrar que o devido processo legal é uma conquista do Estado Democrático de Direito e jamais deve ser relativizado, nem mesmo para atender as necessidades das operações megalomaníacas que tomaram conta do país. Ademais, a Constituição Federal em seu rol dos direitos e garantias fundamentais, art. 5º, inciso LIII, deixa claro que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Portanto, ainda que Moro esteja investido pelo poder jurisdicional, não possui legitimidade para analisar todas as demandas, vez que a competência processual não é ilimitada. Como afirma Gustavo Badaró a competência de um juiz está vinculada ao “[...] âmbito legítimo da jurisdição conferida a cada órgão jurisdicional”⁵.

Realça-se que no processo penal a conexão ou a continência se apresentam entre infrações penais e nunca entre processos, devendo-se levar em consideração o titular do bem jurídico lesionado, jamais a qualidade do autor do delito. “O Código de Processo Penal não pode ampliar e nem derrogar a competência prevista na Lei Maior, salvo quando ela expressamente o admite, como nos crimes eleitorais, pois ela menciona expressamente os “crimes eleitorais e comuns conexos”⁶.

Por isso, a nulidade só estaria afastada caso o Juízo de primeira instância conseguisse demonstrar que ao caso concreto estivéssemos diante de uma das regras

⁴ Notas taquigráficas da Sessão de 24/01/2018, referente ao julgamento da Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, TRF 4ª Região, p.11.

⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. RJ: Elsevier, 2014, p. 146.

⁶ JARDIM, Afrânio Silva. *Juiz Sérgio Moro, de forma inconstitucional, escolheu julgar ex-presidente Lula*. CONJUR, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-28/afra-nio-jardim-moro-forma-inconstitucional-escolheu-julgar-lula>> acessado em: 02/02/2018.

de conexão estabelecidas pelo art. 76, do Código de Processo Penal⁷. No entanto, nem o Juízo de primeira instância tampouco a 8ª Turma do TRF da 4ª Região se preocuparam em demonstrar tais conexões, optando por afirmações genéricas, deixando ainda mais nítida a incompetência do juiz de primeira instância no processo que condena Lula à prisão.

Contrariando o teor da própria denúncia que lhe foi apresentada, o juiz de primeira instância justifica a competência da 13ª Vara Federal de Curitiba sob o seguinte argumento: “*Nem a corrupção, nem a lavagem, tendo por crime antecedente a corrupção, exigem ou exigiram que valores pagos ou ocultados fossem originários especificamente de contratos da Petrobras*”⁸. Ora, é óbvio que os tipos penais corrupção (art. 317 e 333, do CP) e lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98) não exigem vinculação com contratos da Petrobras. Mas também é óbvio que o Juízo Federal de Curitiba não tem competência para julgar o mérito relativo a condutas praticadas em São Paulo!

Os julgadores na segunda instância, por sua vez, foram ainda mais contraditórios. Os desembargadores da 8ª Turma do TRF da 4ª Região, em seus votos sobre tal preliminar, abordaram questões de mérito, chegando a afirmar que “não se exige (...) que as vantagens indevidas cristalizadas no triplex (...) tenham advindo, precisamente dos contratos (...) da Petrobras”⁹. Após tal afirmação, o mesmo Órgão Julgador em Acórdão publicado em 30/01/2018 dispõe o seguinte: “A competência do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR firmou-se em razão de inequívoca conexão dos fatos denunciados na presente ação penal com o grande esquema criminoso de corrupção e lavagem de dinheiro no âmbito da empresa Petróleo Brasileiro S/A”¹⁰.

Em suma, os Juízos da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR e do TRF da 4ª Região estabeleceram um raciocínio escandalosamente ilógico: 1) asseguram que a Justiça Federal do Paraná é competente para julgar o caso em decorrência da “inequívoca

.....
⁷ CPP. Art. 76. A competência será determinada pela conexão: I – se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras; II – se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas; III – quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

⁸ Referência ao processo originário, evento 981, voto do Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus, Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, TRF 4ª Região, j. 24/01/2018, p. 32

⁹ Voto do Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus, Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR TRF 4ª Região, j. 24/01/2018, p. 32

¹⁰ Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, TRF 4ª Região, j. 24/01/2018, Acórdão publicado em 30/01/2018, p.2.

conexão” entre os fatos ocorridos em São Paulo e a corrupção no âmbito da Petrobras; 2) reconhecem, no entanto, a ausência de qualquer vínculo entre os atos praticados em São Paulo com contratos da Petrobras; 3) e ainda assim, concluem que são competentes para julgar o mérito do caso!

Esse escandaloso vício implica, por si só, em violações 1) ao art. 70, do Código de Processo Penal, que determina que a competência de foro é fixada pelo lugar em que se consumou a infração penal e, no caso de tentativa, pelo lugar em que foi praticado o último ato de execução; 2) ao artigo 5º da Constituição Federal, que em seu inciso LIII determina que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; 3) ao artigo 109, C.F, que estabelece a competência dos juízes federais; 4) e a elementos relativos às garantias judiciais asseguradas por dispositivos de tratados internacionais tais como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica de 1969.

Entre os dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos relativos às garantias judiciais destacam-se três princípios que delas emanam: 1) o devido processo legal; 2) a tutela judicial efetiva; 3) e o princípio de igualdade perante a lei e vedação da discriminação.

A aplicação do princípio do devido processo legal tem como trunfo a possibilidade real de obstruir ações estatais que tenham descumprido algum requisito legal previamente estabelecido. Nesse sentido, expressões do artigo 8.1 da Convenção Americana tais como “toda pessoa tem direito a ser ouvida”, “dentro de um prazo razoável” e por “juiz ou tribunal competente, independente e imparcial” acabam por consolidar elementos do devido processo legal como garantia de audiência, ampla defesa e do juiz natural.

O princípio da tutela efetiva igualmente assegurada pelos artigos 8º e 25 da Convenção é basicamente estruturado por elementos do artigo 25.1 como o “direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro efetivo” reconhecido pelo direito interno – “seja pela Constituição seja pela lei” – ou pela Convenção Americana capaz de proteger toda pessoa “contra atos que violem seus direitos fundamentais”.

O termo “recurso” utilizado pela Convenção Americana deve ser entendido no seu sentido amplo de meio ou instrumento jurídico adequado à defesa de um direito e não apenas em seu sentido estrito de ‘recurso propriamente dito’ contra uma decisão já proferida. Assim, deve o “direito a um recurso simples e rápido” ser entendido como o dever estatal de assegurar o acesso irrestrito à jurisdição. Em relação à necessidade do recurso ser “efetivo” em *Palmeras v. Colômbia* a Corte Interamericana se manifestou no sentido de que ao Estado cabe o dever de não

apenas dispor de recursos ou mecanismos jurídicos mas sim, de garantir que estes sejam eficazes e úteis na tutela dos direitos fundamentais.¹¹

O princípio da igualdade perante a lei e proibição da discriminação é assegurado pelo artigo 1.1 da Convenção que impõe aos Estados-partes o dever de garantir os direitos estabelecidos na Convenção “a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”. O artigo 1.1 é complementado ainda pelo artigo 24 que estabelece a igualdade perante a lei a todos, sem discriminação.

No âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, nos termos do art. 46.1, alínea *a*, da Convenção Americana, esgotados os recursos de jurisdição interna e persistindo a infração a dispositivos da Convenção, poderá a vítima de tais violações, dentro de um prazo prescricional de seis meses, acionar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A regra do esgotamento dos recursos internos, no entanto, comporta exceções. Assim, não haverá necessidade por esperar pelo esgotamento dos recursos internos, nos termos do art. 46.2 da Convenção Americana se: a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; c) e se houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

A Corte Interamericana inseriu ainda três outras exceções à regra do esgotamento dos recursos internos: d) comprovação de falta de recursos econômicos da vítima em arcar com as custas processuais; e) fundado temor dos advogados em oferecer assistência legal¹²; f) e renúncia tácita do Estado demandado em valer-se do artigo 46.1, alínea *a*, da Convenção Americana, deixando de alegar na fase das exceções preliminares a falta de esgotamento de recursos internos¹³.

Além das exceções à regra do esgotamento dos recursos internos o sistema interamericano de direitos humanos dispõe do mecanismo de solicitação de adoção de Medidas Cautelares que, por sua vez, não tem o intuito de obter qualquer

.....
¹¹ Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Sentença de 6 de dezembro de 2001. Serie C N° 90, pars.56; 64-65.

¹² Corte IDH, Opinião Consultiva Exceções ao esgotamento de recursos internos, OC 11/90, 10 de agosto de 1990, par. 31.

¹³ Art. 42 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

pré-julgamento do mérito da questão, mas sim, a intenção de aplicar medidas temporárias indicadas pelo peticionário ou pela Comissão Interamericana para sanar com maior celeridade ameaças ou efetivas violações de direitos humanos¹⁴.

Especificamente no caso Lula, o acionamento do sistema interamericano de direitos humanos mostra-se, em princípio, prejudicado. Isto porque o artigo 47, alínea *d*, da Convenção Americana, comporta uma regra de proibição de litispendência internacional ao dispor que é inadmissível a aceitação de petições à Comissão Interamericana que sejam “substancialmente reprodução de petição ou comunicação anterior, já examinada (...) por outro organismo internacional”. *In casu*, a defesa do ex-Presidente optou por não acionar o sistema interamericano, estruturado pela Convenção Americana e sob a égide da Organização dos Estados Americanos – OEA, mas sim o sistema global de proteção aos direitos humanos, estruturado pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966, sob a égide da Organização das Nações Unidas – ONU.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos elenca uma série de direitos de cunho individual (arts. 3º a 27) a serem protegidos e, visando o seu efetivo cumprimento por seus Estados-partes, regulamenta o funcionamento de um complexo sistema de monitoramento regido pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (arts. 28-51). O Pacto conta ainda com um Protocolo Facultativo que adota um sistema de monitoramento por petição individual que permite ao Comitê de Direitos Humanos receber e examinar comunicações provenientes de indivíduos que aleguem ser vítimas de uma violação de qualquer dos direitos enunciados no Pacto¹⁵.

Nesse sentido, encontra-se sob exame do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas desde julho de 2016¹⁶, petição do ex-Presidente Lula reportando violações às seguintes garantias judiciais asseguradas pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: a) proteção contra a prisão ou detenção arbitrária (arts. 9.1 e 9.2); b) o direito a um tribunal independente e imparcial (art. 14.1); c) direito de ser presumido inocente até que se prove a culpa por lei (art. 14.2); d) proteção contra interferências arbitrárias ou ilegais na privacidade, família, lar ou correspondência, e contra ofensas ilegais à honra ou reputação (art. 17). Tais

¹⁴ Art. 63.2, da Convenção Americana e art. 25 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁵ O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e políticos foi ratificado pelo Brasil 24/01/1992 e promulgado pelo Decreto n.º 592 de 06/07/1992. O seu Protocolo Facultativo foi aprovado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 311/09 de 16/09/2009 e sua adesão deu-se em 25/09/2009.

¹⁶ Ver: <https://www.theguardian.com/world/2016/jul/28/brazil-ex-president-un-petition-luiz-inacio-lula-da-silva>, último acesso em 10/02/2018.

violações decorrem, entre outras, das seguintes práticas perpetradas pelo Estado brasileiro contra o peticionário: 1) detenção arbitrária decorrente de condução coercitiva sem prévia intimação do acusado em 04/03/2016, contrariando o que determina o art. 260, do CPP brasileiro; 2) interceptações telefônicas e divulgação ilegal de conversas de âmbito privado e familiar em 13/05/2016, violando os arts. 9º e 10 da Lei brasileira sobre interceptação telefônica (Lei 9296/96); 3) e constantes vazamentos de depoimentos sob sigilo de Justiça desfavoráveis ao acusado, porém sem valor probatório por não cumprirem requisitos em especial do art. 7º, da Lei sobre colaboração premiada (Lei 12.850/13), sem que as autoridades judiciais tenham tomado qualquer providência para coibir tal prática¹⁷.

Os artigos 2º e 5.2 do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos apresentam, no entanto, um grande obstáculo à análise do mérito do caso Lula pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. Ao contrário do sistema regional de proteção aos direitos humanos da Organização dos Estados Americanos – OEA, que inclusive dispõe do procedimento de Medidas Cautelares propiciando a adoção de medidas temporárias não vinculadas a qualquer antecipação da análise de mérito, o sistema das Nações Unidas comporta bem menos exceções à regra do esgotamento dos recursos internos.

O art. 2º do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos determina que as petições individuais somente poderão ser apresentadas ao Comitê de Direitos Humanos após o esgotamento de todos os recursos internos disponíveis. O seu art. 5.2, por sua vez, prevê que a regra do esgotamento dos recursos internos não será observada desde que se demonstre que a “aplicação desses recursos é injustificadamente demorada”.

Sabidamente os recursos de jurisdição interna ainda não se encontram esgotados no caso Lula. Ainda resta a possibilidade de recursos previstos no ordenamento jurídico brasileiro ao próprio TRF da 4ª Região e a instâncias superiores, notadamente, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal¹⁸.

A defesa do ex-Presidente, por sua vez, alega ao Comitê de Direitos Humanos que a exceção prevista no art. 5.2 do Protocolo Facultativo é aplicada ao caso Lula haja vista que os recursos conferidos pelo direito interno brasileiro não oferecem-lhe procedimentos disponíveis em um prazo razoável ou eficaz. Como exemplo, o peticionário aponta que o pedido de suspeição, no ordenamento jurídico brasileiro “só

.....
¹⁷ Comunicação no âmbito Direitos Civis e Políticos (ICCPR) do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Reclamante: Luiz Inácio Lula da Silva, p. 36-39.

¹⁸ Artigo escrito em 10/02/2018.

pode ser protocolado junto” ao “mesmo juiz (que é, obviamente, parte interessada)”¹⁹. Dispõe ainda que “uma Exceção de Incompetência do Juízo da Comarca de Curitiba (ou seja, o Juiz Moro) foi protocolada e rejeitada pelo juiz Moro” e que “esse “remédio” é absolutamente ineficiente para garantir um julgamento com um juiz imparcial, uma vez que depende da decisão do próprio juiz a quem se opõe”²⁰.

Realça-se que, entre as arbitrariedades praticadas pelo juiz de primeira instância, a insólita decisão do referido magistrado em divulgar áudios de interceptações telefônicas de conversas do acusado de âmbito privado e familiar e, portanto, de conteúdo estranho ao objeto do processo, foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, nenhuma sanção foi imposta pelo Estado brasileiro contra o referido magistrado que ainda assim, continuou a conduzir o processo contra o réu²¹. Ademais, o Juízo do TRF da 4ª Região, concluiu que as arbitrariedades praticadas pelo juiz de primeira instância, por si só, não são suficientes para caracterizar qualquer inimizade entre o magistrado e o réu, tampouco quaisquer hipóteses de suspeição previstas no art. 254, o Código de Processo Penal brasileiro²².

Ao que tudo indica a defesa do ex-Presidente Lula tenta dispor ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas que os recursos internos disponíveis no direito interno brasileiro são inócuos haja vista que as autoridades e órgãos do Judiciário brasileiro estão a negar, de forma deliberada, a aplicação de garantias judiciais em favor do réu, descumprindo normas de tratados internacionais e do próprio direito interno. De fato, a inércia do Estado brasileiro em punir ou reconhecer a suspeição um magistrado que reconhecidamente praticou contra o réu uma série de ilegalidades e o fato deste réu estar sob julgamento em um Juízo que não é competente revelam gravíssimas violações ao devido processo legal, à tutela judicial efetiva e ao princípio de igualdade perante a lei. Tais garantias por serem essenciais à dignidade humana são amparadas por sistemas regionais e global de proteção aos direitos humanos impondo aos Estados que compõem a sociedade internacional o dever destes se comprometerem com tais mínimos marcos civilizatórios.

.....
¹⁹ Comunicação no âmbito Direitos Civis e Políticos (ICCPR) do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Reclamante: Luiz Inácio Lula da Silva, p. 37.

²⁰ Idem.

²¹ Reclamação 23.457, Paraná, Rel. Min., Teori Zavaski, 13/06/2016.

²² “O rol do art. 254 do CPP constitui *numerus clausus*, e não *numerus apertus*, sendo taxativas as hipóteses de suspeição. Precedentes; desta Corte e do STF (Exceção de Suspeição Criminal nº 5052962-04.2016.404.0000, Des. Federal Cláudia Cristina Cristofani, por unanimidade, juntado aos autos em 16/12/2016)”. Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, TRF 4ª Região, j. 24/01/2018, Acórdão publicado em 30/01/2018, p.4.

A OMISSÃO DO TRF4 FRENTE À INCOMPETÊNCIA E SUSPEIÇÃO DO JUÍZO DA 13ª VARA FEDERAL DE CURITIBA-PR NO PROCESSO QUE CONDENA À PRISÃO UM PROJETO DE DEMOCRACIA E LULA

*Tiago Resende Botelho*¹

*Pedro Pulzzato Peruzzo*²

A presente análise compõe uma coletânea de textos de juristas de todo o Brasil a respeito do processo que condenou em primeira e segunda instância o ex-presidente Lula. Mais especificamente, trataremos do acórdão do TRF4 que manteve a condenação com aumento de pena.

Considerando tratar-se de uma análise que integra um conjunto geral de múltiplas abordagens, bem como considerando que a transformação do processo judicial em processo de perseguição política não de um ex-presidente, mas de um projeto de governo, torna o caso extremamente complexo (apesar da grande mídia nacional se esforçar para fazer parecer o contrário), os autores deste texto optaram por eleger um ponto do caso judicial que evidencia seu viés político altamente persecutório.

O ponto do acórdão analisado pelos autores é a preliminar de suspeição do juízo que: 1- fica clara como o sol na medida em que se relaciona com todas as outras preliminares sobre o cerceamento do contraditório e da ampla defesa e 2- fica ainda mais clara pela forma superficial e negligente com que o TRF-4 se pronunciou a respeito desse ponto específico do recurso apresentado pela defesa do ex-presidente Lula.

.....
¹ Tiago Resende Botelho é Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra, mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT, professor da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD e advogado. trbotelho@hotmail.com

² Pedro Pulzzato Peruzzo Doutor e mestre em Direito pela Universidade de São Paulo – USP, professor pesquisador na linha de cooperação jurídica internacional da PUC – Campinas e advogado. peruzzopp@hotmail.com.

A suspeição do juízo é algo extremamente grave na medida em que o que está em jogo não é apenas uma pena privativa de liberdade a ser aplicada a um indivíduo que cometeu um crime (o que já seria grave), mas uma pena privativa de liberdade cuja consequência será impedir um indivíduo cuja culpabilidade ainda permanece sob a penumbra de participar de um pleito eleitoral em que figura em primeiro lugar nas pesquisas de intenção de voto, superando ao triplo o segundo colocado. Impossível não lembrar de Beccaria (2015, p. 30) quando afirma que não cabe ao magistrado o direito “[...] de prender discricionariamente os cidadãos, de tirar a liberdade ao inimigo sob pretextos frívolos, e, por conseguinte de deixar livres os que eles protegem, mau grado todos os indícios do delito.”

Em suma, não resta dúvida sobre a suspeição do juízo que se orgulha de sua mega operação repleta de showzinhos, vícios e ilegalidades e sobre essa preliminar deveria pairar todo o zelo e responsabilidade judicial na medida em que todos conhecemos os estragos que a utilização política do Direito Penal pode causar a toda coletividade. Como diria Carnelutti “A solenidade, para não dizer à majestade, dos homens em toga se contrapõe o homem na jaula”.

A instrumentalização do Judiciário para consolidar o golpe contra a ex-presidenta Dilma, impedida de seguir com um projeto de governo legitimamente escolhido nas urnas, para que a aristocracia nacional implemente as reformas orçamentárias, trabalhistas e previdenciárias que fazem jus ao nosso histórico econômico escravagista é algo que afunda ainda o Brasil na miséria institucional que vigora desde a chegada do invasor colonial.

A defesa de Lula alegou, na primeira preliminar, a incompetência do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR e, na sequência, a suspeição do Juízo de primeiro grau. Como ficará demonstrado, todas as outras preliminares têm a ver com o fato de o juiz Sérgio Moro ter claramente se colocado na posição de “juiz acusador”, extrapolando, e muito, o papel de recato, tecnicidade e zelo que lhe impõe (e não sugere) a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Indo além, o Código de Ética da Magistratura no Capítulo III, Art. 8º deixa claro que juiz imparcial “[...] é aquele que busca nas provas 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”.

A única preliminar que aparentemente não teria a ver com a suspeição do juízo é a que alega a suspeição dos Procuradores da República. No entanto, trata-se apenas de uma ausência aparente de relação entre preliminares, uma vez que ficou descaradamente evidente as relações político-ideológicas entre membros do

Ministério Público Federal e o magistrado do processo em questão. Não é demais lembrar que o procurador Deltan Dalagnol utilizou até mesmo culto religioso para fazer propaganda do seu projeto contra o ex-presidente Lula.³

Apesar de ser problemática a postura mais inquisitorial do que assecuratória da legalidade por parte dos membros do *Parquet* Federal, apesar do fato de o Procurador Regional da República ter sustentado que matérias do jornal O Globo tenham mais valor probatório do que um depoimento ou até mesmo as reflexões de juristas e acadêmicos, essa preliminar não é tão grave quanto a suspeição do juiz. Isso pelo fato de que o Ministério Público atua naturalmente como órgão acusador, interessado na tese acusatória, enquanto o juiz, por sua vez, tem o dever constitucional da imparcialidade, da discricção, do respeito às partes e, no processo penal, do zelo pela busca da verdade real e não da verdade que um partido político ou outro faz valer a qualquer custo para destruir um projeto de governo.

Pois bem, vamos às preliminares.

O TRF4 afastou a preliminar de suspeição do juiz Sérgio Moro com base no argumento de que as suspeições no processo penal têm previsão expressa no rol taxativo do artigo 254 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, o TRF4 simplesmente chancelou: (i) ilegalidade da condução coercitiva, (ii) arbitrária quebra de sigilo telefônico, (iii) divulgação seletiva de diálogos, (iv) monitoramento da estratégia de defesa com a quebra de sigilo telefônico de advogados, (v) convicção da responsabilidade criminal do apelante na decisão de recebimento da denúncia, (vi) animosidade para com os defensores do apelante, (vii) prejulgamento em informações prestadas ao STF, (viii) criação na rede social 'Facebook' de página intitulada 'Eu MORO com ele #rosangelawolfmoro', (ix) entrevista concedida ao portal da Folha de São Paulo no dia 30/07/2017, na qual se manifesta expressamente sobre o processo, (x) participação em eventos políticos e/ou com públicos manifestamente antagônicos ao apelante e (xi) aspectos relacionados à titularidade do domínio do apartamento triplex no Guarujá/SP, cuja transferência nunca poderia ter ocorrido. Esses motivos não foram bastantes para demonstrar a suspeição do juiz.

De início, poderíamos afirmar que até assiste razão ao TRF4 quando sustenta que as razões de decidir não provocam a suspeição do julgador. Isso porque, como todos sabemos, as razões de decidir na Justiça Penal no Brasil desde sempre foi revestida de um pesado manto de preconceito e espetáculo, salvo raríssimas exceções. O fato de um juiz criminal pré-julgar, abusar dos institutos legais como a condução coercitiva e tratar os defensores com animosidade não é um privilégio do processo

.....
³ Vide o tempo 1:07:00 do vídeo <<https://www.youtube.com/watch?v=nUYHlHsF-8M>>

do ex-presidente Lula. Quando no banco dos réus estão sentados jovens negros de periferia, isso tudo se repete e podemos afirmar com tranquilidade que o tom inquisitorial, seletivo e elitista da Justiça Penal no Brasil é a regra.

A quebra arbitrária de sigilo telefônico (inclusive de conversa entre o réu e a Presidenta da República em exercício, o que seria de competência do STF), a divulgação seletiva de diálogos, o monitoramento da estratégia de defesa com a quebra de sigilo telefônico de advogados, a manifestação de convicção da responsabilidade criminal do réu na decisão de recebimento da denúncia (antes do contraditório e da ampla defesa) e a animosidade para com os defensores do ex-presidente nada mais são do que ilegalidades que mancham a maioria dos processos penais em curso no Brasil.

A diferença é que desde o início do não cumprido processo de redemocratização (1988) esses abusos, em regra, ocorriam em razão da origem social ou da cor da pele do réu, em homenagem e apego à cultura jurídica colonial. Com o processo contra o ex-presidente Lula, o que salta aos olhos é a seletividade ideológica, seletividade esta que esteve presente durante a ditadura civil-militar e que agora parece retornar com força total.

Exatamente por isso o que mais espanta nas alegações de suspeição são: i) entrevista concedida ao portal da Folha de São Paulo no dia 30/07/2017, na qual o juiz se manifesta expressamente sobre o processo, (ii) participação em eventos políticos e/ou com públicos manifestamente antagônicos ao apelante⁴, (iii) uma página no facebook criada pela esposa do juiz do caso intitulada “Eu MORO com ele #rosangelawolfmoro” e iv) o prejulgamento em informações prestadas ao STF.

Esses pontos causam estranhamento, pois o TRF4 se furtou da apreciação necessária dos pontos do recurso, dizendo apenas que: A determinação de diligências ou mesmo a condução coercitiva de investigados ou decretação de prisões na fase pré-processual fazem parte do cotidiano jurisdicional. A externalização pelo juiz de suas impressões sobre os fatos, como dito, apenas integram o dever de fundamentar, sem que tal proceder se confunda com comportamento tendencioso ou manifestação de interesse.

Ora, o que se discutia no recurso não era a condução coercitiva como instituto processual, mas a condução coercitiva ilegal. O que se discutia não eram as razões de decidir externadas na fundamentação da sentença, mas as entrevistas a

.....
⁴ <<https://www.pragmatismopolítico.com.br/2017/03/moro-acusacao-aecio-furnas-partidarismo.html>>;
<<http://www.jornalgrandebahia.com.br/2016/10/defesa-do-ex-presidente-lula-quer-que-justica-esclareca-relacao-do-juiz-sergio-moro-com-prefeito-eleito-pelo-psdb-joao-doria/>>

jornais de grande circulação sobre o processo, a participação em eventos políticos organizados por partidos de oposição ao partido do réu e a página de Facebook criada pela esposa do julgador para exaltar o fato de serem casados, chegando o caso a ter conotação de coluna social de socialites.

O direito a um juiz imparcial é mandamento internacional previsto no Art. 14 do Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU (promulgado no Brasil pelo Decreto 592/92). Lula, assim como qualquer outro cidadão, tem o direito a ser tratado igualmente perante os tribunais e as cortes de justiça. Não cabe ao Poder Judiciário brasileiro adotar qualquer seletividade e celeridade processual pelo simples fato de ser o acusado o maior líder popular de esquerda da América Latina. Lula tem o direito de se ver julgado por um tribunal competente, independente e imparcial.

O TRF4 chega ao absurdo de afirmar que “é certo que há uma busca pela politização do processo judicial, seja com a promoção de mobilizações sociais, seja levando o debate a foros internacionais.” Além de desconsiderar que levar o caso a palcos de cultos religiosos também é politizar e que as mobilizações sociais são autorizadas pela Constituição, o fato de levar um caso a instâncias internacionais às quais o Brasil se vincula por força de tratado não é politizar nada.

O Brasil é signatário do respectivo Pacto e apesar de ter aprovado o Protocolo Facultativo (Decreto Legislativo 311/09) que reconhece a competência do Comitê de Direitos Humanos respectivo sem promulgação presidencial, o que vincularia a jurisdição interna, existe uma responsabilidade internacional do Estado brasileiro perante os outros Estados signatários desses tratados. Ou seja, o recurso aos organismos internacionais cuja competência é reconhecida nos termos da Constituição e da jurisprudência do STF não se trata de politização do processo, mas simplesmente de acesso à Justiça no século XXI.

Por tudo o que assistimos na grande mídia, pela forma como os julgadores do caso se posicionaram em relação ao processo, ou seja, visando mais as eleições do que as regras do processo penal, a suspeição do juízo salta aos olhos como um fator negligenciado na condenação do Lula que, certamente, terá reflexos nefastos em todo o processo penal de todo e qualquer cidadão que destoe do projeto colonial, escravocrata e patriarcal que nos foi imposto desde 1500. Exatamente por isso, não foi condenado apenas o Lula, mas ao projeto de democracia no Brasil.

O GOLPE E O JULGAMENTO DO RECURSO DE LULA. LA SANGRE TODAVÍA NO HA LLEGADO AL RÍO

Wilson Ramos Filho¹

Ricardo Nunes de Mendonça²

Quando tivemos a oportunidade de analisar a decisão do juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba, dissemos que a sentença era “(...) o ponto alto de uma sórdida campanha político judicial de ataque à maior liderança política da esquerda brasileira, o ex-presidente Lula (...)”³.

Não, não estávamos enganados. Aquela sentença não foi fruto da ação isolada e “independente” de um juiz de piso. Derivou de um golpe de Estado que tem no Judiciário um de seus atores preponderantes. Um Judiciário burguês – ressalvadas as muitas e valiosas exceções – que não aceita, e não aceitará, que a classe operária se meta a besta, que queira tomar as rédeas de suas próprias vidas e muito menos que interfira em seus planos de ser o “Poder do Século XXI”⁴.

E assim como fizemos ao comentarmos a sentença proferida pelo mais afamado e midiático juiz brasileiro, também não teceremos longas digressões técnico-jurídicas a respeito do acórdão proferido pelo tribunal regional federal da 4ª Região (sim, em

.....
¹ Wilson Ramos Filho é doutor em Direito, professor da UFPR (doutorado, mestrado e graduação) e no Master/Doctorado em Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo (UPO/Espanha).

² Ricardo Nunes de Mendonça é graduado em Direito pela UFPR, Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR, Mestre em *Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo* pela UPO/Espanha, Doutorando em *Ciencias Jurídicas y Políticas* pela UPO/Espanha, professor licenciado do Complexo de Ensino Superior do Brasil – UNIBRASIL, Advogado trabalhista.

³ RAMOS FILHO, Wilson. MENDONÇA, Ricardo Nunes de. *O auge do processo de lawfare desencadeado contra Lula. O Direito morreu. E foi de morte matada*. In *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. PRONER, Carol [et al.] (orgs.). Bauru, Canal 6, 2017. p. 470.

⁴ O Ministro Ricardo Lewandowski, em aula magna do curso de Direito, proferida no dia 31 de julho de 2016, no Centro Universitário UNIBRASIL, afirmou que o “século XIX foi o século do Poder Legislativo, o século XX, o do Poder Executivo, e o século XXI será o século do Poder Judiciário”.

minúscula). Haverá, no livro a que se destina este artigo, análises técnicas muito mais acuradas que as que seríamos capazes de fazer, e sendo assim, deixaremos para os expertos em Direito Penal e Processual Penal a tarefa de evidenciar as atecnias e os erros de julgamento cometidos pelos desembargadores da 8ª Turma do predito tribunal.

De toda maneira, para não nos acusarem de diversionismo e de que sequer falamos das flores, afirmamos, à luz dos paradigmas jurídicos modernos, que o acórdão reafirmou as ofensas aos princípios, conceitos, regras e categorias elementares do Direito liberal como: i) o devido processo legal; ii) o contraditório e a ampla defesa; iii) o respeito ao juiz natural; iv) a vedação aos tribunais de exceção; v) a imparcialidade do julgador; vi) a presunção de inocência; vii) distribuição de ônus da prova; viii) a não utilização do processo como ferramenta de perseguição política e prática de *lawfare*; dentre outros.

E não há nisso nenhuma surpresa, pois, como escreveu Rafael Valim, na Lava Jato a ação coordenada do Ministério Público Federal e do Poder Judiciário não fica adstrita à primeira instância. Logo, o resultado do julgamento era esperado. Nas palavras do professor da PUC/SP: “(...) *Outro problema gravíssimo que se apresenta, de maneira paradigmática, no processo penal em desfavor de Lula é a infame e, por óbvio, inconstitucional relação que se estabelece em muitos casos entre os juízes e os membros do Ministério Público. Há, sobretudo nas forças-tarefa, de modo aberto e declarado, uma ‘parceria’ entre esses órgãos, (...) Demonstrações públicas de apreço entre juízes e membros do Ministério Público, conversas reservadas ou almoços conjuntos nos intervalos de julgamento não são meros detalhes ou ‘implicância’, mas sim a prova cabal de que há uma profunda falha no sistema de justiça brasileiro e uma evidente disparidade de armas entre acusação e defesa. (...) O caso tríplice é uma prova eloquente do que estamos a dizer. Tanto em primeira quanto em segunda instância, os órgãos julgadores e os membros do Ministério Público se portaram como aliados, enquanto a defesa foi, em diversas ocasiões, desrespeitada com truculência (...)*”.⁵

Isso nos faz lembrar que, na distante China, em outros tempos, os Mandarins, por terem sido aprovados em concursos, achavam-se pessoas especiais. Havia hierarquia entre eles, identificadas nos barretes que utilizavam para esconder calvícies ou dominar madeixas. Uns, de maior dignidade auto atribuída ou em decorrência das carreiras, dispunham de muitos assessores que os endeusavam,

.....
⁵ VALIM, Rafael. O caso Lula e o fracasso da Justiça brasileira. In JINKINGS, Ivana (org.). *A verdade vencerá: o povo sabe por que me condenam*. São Paulo: Boitempo, 2018. 1ª ed. p. 179-180.

elogiavam, paparicavam a tal ponto que, vaidosos, sinceramente se convenciam de seus méritos incomuns.

Outros, além do séquito, faziam questão de jamais cortarem as unhas das mãos. Quanto mais longas, maior o tempo de mandarinato. Cresciam retorcidas, algo escurecidas, a ponto de inviabilizar qualquer trabalho manual, por mais simples de fosse.

Com elas demonstravam seu poder. Tinham quem lhes limpasse os venerandos traseiros, tarefa impossível com tamanhos gadavanhos. A nobre função era aspirada por Mandarins de piso, e pelos asseclas que gravitavam em seus entornos. Não eram coisa pouca, como as unhas atualmente exibidas por alguns cobradores de ônibus. Eram longas gafas a indicar aos incautos e aos ignorantes que o portador do gatázio se dedicava somente ao labor intelectual.

À quase totalidade não lhes ocorria que talvez não fossem tão excepcionais. O cosmos os havia predestinado ao Mandarinato, obtido por mérito segundo os desígnios da ordem do universo, como prescreviam o Confucionismo, o Taoísmo, o Budismo, e todos os esoterismos que importavam.

Havia mesmo um imperativo moral na defesa do Mandarinato. Era a ordem natural das coisas. Seus privilégios não decorriam de suas augustas vontades, estavam previstas em leis sobre as quais não caberiam críticas ou cogitações sobre a oportunidade ou justiça intrínsecas.

Assim era na China há muitos anos atrás. Havia sido e haveria de ser assim até o final dos tempos em respeito ao mérito, aos antepassados e à ordem universal. Quem haveria de contrariar o destino?

Ao nosso tempo, na ordem capitalista, a burguesia também cultivou os seus mandarins.

Como bem alertaram Marx e Engels, a história da humanidade sempre foi a história da luta de classes. Na era burguesa: a luta entre os burgueses e o operariado.

Os mandarins modernos repercutem os valores e se beneficiam dos privilégios atávicos ao mandarinato burguês. São burgueses, afinal. De origem ou por mérito.

E por mérito, não admitirão, custe o que custar, inclusive a democracia e o direito liberal, que um operário possa frustrar os seus planos.

Esse é o contexto em que se inseriu o julgamento que houve no tribunal regional federal da 4ª Região. Não havia dúvida que essa veia corporativa e classista saltaria e dominaria as ações dos desembargadores da 8ª Turma.

Não condenaram Lula. Condenaram o que ele simboliza. Um operário que ousou defender os interesses de sua classe contra os interesses de uma burguesia tacanha e cansada das sucessivas derrotas eleitorais.

Confirmaram a sentença – do amigo⁶, “*talentoso e brilhante*” – que, nas palavras do desembargador Victor Laus, foi o ponto alto da “*feliz reunião de talento, entusiasmo, interesse, competência e qualificação profissional*” dos “*policiais, peritos, membros do MP, delegados e brilhantes advogados*”⁷, que se dedicaram à Operação Lava Jato.

Agiram com o propósito de alvejar o inimigo de classe e condecorar os companheiros de trincheira. Eles precisavam vencer, afinal, é guerra, e na guerra, não se vacila.

E aí de quem ousar criticar suas ações. Aí de quem arriscar afirmar que agem como atores políticos e não juízes de direito. Aí de quem se atrever a afirmar que não se trata de um julgamento consoante os termos, regras e garantias do Direito burguês, mas sim de um julgamento político, guiado por interesses alheios aos da Justiça. Aí de quem disser que os atores do MPP e do Judiciário são parte indissociável do golpe.

Esses merecerão, em coro, constrangimento. De preferência em público, para que seja pedagógico. Um exemplo do que se afirma é a fala do procurador regional da República, Maurício Gotardo Gerum, que, em sustentação oral no caso do triplex, transmitida ao vivo pelos grandes meios de comunicação brasileiros, repreendeu os inimigos de classe e fez questão de manifestar que era uma ofensa a ele – assim como aos desembargadores – a acusação de que o julgamento em curso era político.

Disse que era um desrespeito para com ele, um procurador da República, para com os desembargadores federais e para com a memória das vítimas de processos políticos – igualando-se a elas, portanto – qualquer crítica que assemelhasse o processo em pauta aos processos políticos que vitimaram estes últimos⁸.

Ora, a ofensa e o desrespeito não residem na honra subjetiva do ilustre Procurador da República, mas na flagrante violação aos direitos e garantias judiciais do acusado que está pagando por sua origem e sua ousadia de enfrentar a classe dominante.

.....
⁶ Conforme matéria publicada em <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/10/20/desembargador-que-ira-julgar-suspeicao-de-moro-declarou-amizade-crescente-em-livro/>, em que se afirmou que “(...) O desembargador do TRF 4 (Tribunal Regional Federal da 4ª Região) João Pedro Gebran Neto, que deverá julgar nas próximas semanas um pedido de suspeição do juiz Sérgio Moro feito pela Defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, declarou em um livro de sua autoria ser amigo pessoal do magistrado em questão, com quem mantém “uma amizade que só faz crescer”.

⁷ As afirmações foram feitas em sessão de julgamento, consoante noticiou o site <https://www.jota.info/justica/apelacao-de-lula-no-trf-4-contr-condenacao-na-Lava-Jato-23012018>, acesso em 21 de março de 2018.

⁸ Idem, *ibidem*.

Condenaram um pobre que não cometeu crime. Sinalizaram, com isso, aos magistrados que iniciaram suas carreiras há dez ou doze anos um norte, um rumo, um sentido. Estimularam julgamentos condenatórios sem que tenha havido crime, sem que existam provas, por mera convicção ideológica. E se creem imunes às críticas.

O dia do julgamento no tribunal regional federal sem dúvida será memorizado como o do “ponto de não retorno” para as instituições e para a normalidade democrática brasileira, embora não tenha sido o último ato da perseguição implacável ao ex-presidente Lula. A sanha de destruí-lo ainda não está saciada.

No *Callejon de la inquisicion*, em Sevilha, do lado de lá do rio Guadalquivir, Joaquín Herrera Flores explicou o contexto em que surgiu a expressão sevilhana para situações que ainda não atingiram a gravidade máxima: “*la sangre no ha llegado todavia al río*”. Referia-se ao sangue que escorria pelo callejon, decorrente dos severos métodos de obtenção “da verdade” utilizados pelos inquisidores.

No Brasil, o golpe é um grande acordo, com o “Supremo, com tudo”. Por isso, não nos enganemos: “*la sangre todavia no ha llegado al río*”.

AUTORES

Adriana Ancona de Faria
Alexandre Gustavo M. F. de Moraes Bahia
Aline Carvalho Nóbile
Alvaro de Azevedo Gonzaga
Angelita da Rosa
Aury Lopes Jr
Beatriz Vargas Ramos
Carol Proner
Claudia Maria Barbosa
Daniela Portugal
Diogo Bacha e Silva
Djefferson Amadeus
Eder Bomfim Rodrigues
Eloísa Machado de Almeida
Fernando Hideo I. Lacerda
Flávio Croce Caetano
Gabriela Shizue Soares de Araujo
Gisele Cittadino
Gisele Ricobom
Glaucio Salomão Leite
Gustavo de Faria Moreira Teixeira
Gustavo Ferreira Santos
João Paulo Allain Teixeira
João Ricardo W. Dornelles
Jorge Bheron Rocha
José Eduardo Cardozo

Larissa Ramina
Lenio Luiz Streck
Leonardo Godoy Drigo
Leonardo Isaac Yarochevsky
Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira
Marcelo Labanca Corrêa de Araújo
Marcelo Nobre
Márcio Augusto Paixão
Maria Luiza Quaresma Tonelli
Mariella Pittari
Marília Lomanto Veloso
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Paulo Petri
Pedro Pulzzato Peruzzo
Pierpaolo Cruz Bottini
Pietro Alarcón
Rafael Faria
Ricardo Nunes de Mendonça
Roberto Tardelli
Ruben Rockenbach Manente
Sergio F. C. Graziano Sobrinho
Tarso Genro
Tatyana Scheila Friedrich
Thomas Bustamante
Tiago Resende Botelho
Wilson Ramos Filho

PATROCÍNIO



APOIO

