

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

VIVIANE APRIGIO PRADO E SILVA

**HERMENÊUTICA DE EXCEÇÃO NA LAVA JATO: o uso político do direito
processual penal pelo Poder Judiciário**

**SÃO LEOPOLDO
2022**

Viviane Aprigio Prado e Silva

**HERMENÊUTICA DE EXCEÇÃO NA LAVA JATO: o uso político do direito
processual penal pelo Poder Judiciário**

Tese de doutoramento apresentada como requisito parcial para aprovação no Doutorado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2022

S586h Silva, Viviane Aprigio Prado e
Hermenêutica de exceção na Lava Jato: o uso político do
direito processual penal pelo Poder Judiciário. / Viviane Aprigio
Prado e Silva. -- 2022.
422 f. ; 30cm.

Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio
dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2022.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

1. Direito público. 2. Linguagem. 3. Autoritarismo. 4. Solipsismo.
5. Hermenêutica - Exceção. I. Título. II. Streck, Lenio Luiz.

CDU 342

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “**HERMENÊUTICA DE EXCEÇÃO NA LAVA JATO: o uso político do direito processual penal pelo Poder Judiciário**”, elaborada pela doutoranda **Viviane Aprigio Prado e Silva**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTORA EM DIREITO.

São Leopoldo, 28 de março de 2022.


Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Sebastião Lázaro Pereira _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Danilo Pereira Lima _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Giancarlo Montagner Copelli _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Miguel Tedesco Wedy _____ *Participação por Webconferência*

A meu querido Dione
A minha amada Valentina

AGRADECIMENTOS

O ponto de chegada traz em si a marca de cada passo da caminhada. E a cada passo Deus assentou “anjos”, que com o seu inestimável apoio e generosidade caminharam comigo ao longo da estrada. Eles fazem parte destas páginas de modo que é preciso agradecer-lhes nominalmente.

Ao Todo-Poderoso, meu Pai, por me manter “debaixo de Suas asas”¹, por ser o meu “Refúgio”, minha “Rocha”, meu “Escudo” e minha “Fortaleza”.² Toda honra Àquele que “abre portas em minha vida que ninguém consegue fechar”³ e que fecha outras tantas que jamais se conseguirá abrir.

Em especial, ao meu orientador, Professor Dr. Lenio Luiz Streck, pelas valiosas contribuições ao desenvolvimento da Tese e pelas instigantes e desafiadoras aulas de Hermenêutica Jurídica. Sua genialidade e sagacidade singulares me constroem.

Aos meus pais, Laerte e Benedita, meus grandes amores, que me sustentam e me apoiam; meu referencial de amor, retidão, trabalho, eticidade, fraternidade, companheirismo e espiritualidade. Qualquer agradecimento é ínfimo diante do amor e de tantas renúncias ao longo dessa travessia pelos seus três filhos, Adriana, Viviane e Alexandre. Agradeço por sempre primarem pela nossa educação. Hoje percebo quão profundas são as raízes que me sustentam e que me permitiram chegar a este momento especial da minha caminhada.

Ao meu marido, Dione, por caminhar de braços dados comigo em todos os momentos, por sorrir os meus sorrisos e derramar as minhas lágrimas, meu amor e a minha fidelidade são teus.

À minha filha, Valentina, o ser humano mais incrível que tive a oportunidade de conhecer, o melhor e maior presente que recebi. Valentina, sua vivacidade, doçura, empatia e gentileza me fazem crer na redenção da humanidade.

Aos meus irmãos, Adriana e Alexandre, que viveram todas as travessuras da infância a meu lado e me presentearam com Isabella, Manu e Heitor.

¹ LIVRO de Salmos. *In*: A Bíblia. Português. **A Bíblia sagrada**. Tradução King James. Rio de Janeiro: Art Gospel, 2018.

² LIVRO de Salmos. *In*: A Bíblia. Português. **A Bíblia sagrada**. Tradução King James. Rio de Janeiro: Art Gospel, 2018. Salmo 18, v.2.

³ LIVRO de Apocalipse. *In*: A Bíblia. Português. **A Bíblia sagrada**. Tradução King James. Rio de Janeiro: Art Gospel, 2018.

Ao Dr. Giancarlo Montagner Copelli, membro do Núcleo de Estudos Hermenêuticos-*Daisen*, pelos diálogos durante a construção dessa pesquisa que me permitiram sedimentar a “tese da tese”. Sua generosidade e disposição serão rememorados.

Ao Reitor da Universidade de Rio Verde, Prof. Me. Alberto Barella Netto, pelo apoio e incentivo no momento decisivo de finalização desta pesquisa. Meu profundo agradecimento pela manutenção do programa deste doutorado em tempos tão desafiadores e pela confiança em nosso trabalho.

À Universidade de Rio Verde-UniRV, minha casa há mais de 20 anos, por investir na minha formação acadêmica. Especialmente, ao Professor Dr. Sebastião Lázaro Pereira, que em um momento de indecisão, diante da recente maternidade, encorajou-me a prosseguir, revelando-se um grande amigo e incentivador.

À Universidade Vale Rio dos Sinos – Unisinos, pela oportunidade de cursar um programa de doutoramento de excelência. Em especial, à Dra. Juliana Ballin Suzin, que me fez repensar o conceito de “profissionalismo” e “competência”.

A Laiza, Maria Izabel, Vithor, Maiane e Herica, meus amigos da Procuradoria Geral da Universidade de Rio Verde, sinto-me honrada em dividir a defesa da nossa universidade ao lado de vocês.

À minha amiga da vida e companheira de quarto no Hotel 10 em São Leopoldo, Lina Dayana Lopes Machado. Obrigada por tornar meus dias leves. As apresentações e trabalhos em grupo foram infinitamente mais felizes na sua companhia.

À minha amiga Conceição Pinheiro, por ser um “clarão reluzente”⁴ nesta jornada. Aos professores do Programa de Doutorado da Universidade Vale Rio dos Sinos, especialmente, ao prof. Dr. Wilson Engelmann, um dos seres humanos mais notáveis que tive a oportunidade de conhecer, e à Prof^a. Dra. Clarissa Tassinari, que durante a minha qualificação e a construção desta tese aclarou os caminhos da hermenêutica de exceção.

Àqueles que me antecederam, percorrendo caminhos conhecidos e desconhecidos para que hoje eu possa desbravar horizontes na justiça, meus avós maternos, Benedito e Olímpia, e paternos, Evaristo e Laurinda, todos *in memoriam*, sou grata por ser parte dessa família Aprigio e Prado e honro vocês por meio do que eu sou e represento nesse mundo.

⁴ LIVRO de Hebreus. *In*: A Bíblia. Português. **A Bíblia sagrada**. Tradução King James. Rio de Janeiro: Art Gospel, 2018.

Não se chega a este momento da caminhada sem a contribuição de muitas pessoas. Agradeço imensamente a todos que contribuíram para este momento memorável de minha trajetória.

Só os apaixonados contestam, protestam, procuram a transformação. As paixões não cegam; elas iluminam, utopicamente, o destino do ser apaixonado.

A paixão é o alimento da liberdade.

Não pode, portanto, existir pragmática da singularidade humana, sem seres apaixonados que a realizem.

A paixão é o que nos diferencia dos seres inanimados, que simulam viver olhando, indiferentemente, o mundo à espera da morte. Só os seres apaixonados têm condições de procurar viver em liberdade, de procurar vencer as tiranias culturais.

Luis Alberto Warat

RESUMO

A delimitação do tema de pesquisa é: Hermenêutica de Exceção na Lava Jato: o uso político do sistema processual penal pelo Poder Judiciário. A partir da Operação Lava Jato e de todo o espetáculo proporcionado pelos próprios agentes públicos e veiculado pela mídia, muitos juristas apontaram ilegalidades, dentre eles, Streck, que partindo da Crítica Hermenêutica do Direito, denunciou o autoritarismo presente nas decisões. De tal premissa se deu a construção do problema de pesquisa: As decisões proferidas pelo Poder Judiciário, no contexto da Lava Jato, notadamente, a do desembargador Federal Rômulo Pizzolatti Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4 no processo n.º 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, evidenciaram uma espécie de suspensão do direito, utilizando-se da linguagem privada para suspender a aplicação de direitos fundamentais, provisoriamente, reduzindo-se a aplicação do direito, no processo de tomada de decisão do julgador de um caso concreto, a uma mera técnica de legitimação do poder por meio de uma aparente legalidade? O objetivo geral da tese é: Definir a hermenêutica de exceção, que tem invadido o Poder Judiciário brasileiro, expressando o uso político do direito processual penal, identificando as características desse mecanismo jurídico de legitimação do poder, a partir de decisões no contexto da Operação Lava Jato. A tese é justificável. Sua importância reside no fato de que ao apresentar e descrever a existência de uma hermenêutica de exceção no direito brasileiro, revela-se de maneira cristalina a crise dogmática jurídica brasileira, em que autoritarismos e inobservância a direitos fundamentais são revestidos de aparente legalidade. Assim, os resultados da pesquisa permitirão contribuir para o respeito à integridade do direito, apresentando os meios pelos quais o Estado Democrático de Direito deve ser respeitado na teoria da decisão judicial, já que as instituições jurídicas, não deveriam ter a característica instrumental, tal particularidade é um importante mecanismo para o desmonte democrático. O referencial teórico utilizado é o formulado por Lenio Luiz Streck, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). O método de abordagem que conduz a pesquisa é o Fenomenológico-Hermenêutico. O delineamento da pesquisa: bibliográfica, documental e por meio de estudo de caso. Conclui-se que as respostas dos julgadores, nas decisões descritas no capítulo segundo, não observaram a cadeia de integridade do direito na vertente da Crítica Hermenêutica do Direito, ferindo o Estado Democrático de Direito reduzindo o indivíduo a *homo sacer*. O resultado da pesquisa

é a definição da hermenêutica de exceção: Hermenêutica de Exceção pode ser definida como o procedimento realizado pelo julgador no desempenho da função jurisdicional, que se utiliza da linguagem privada, em um caso específico e de maneira provisória, a fim de atribuir sentido inautêntico ao que possui linguagem pública, ou seja, sem qualquer mediação real pelo direito, transformando-a em instrumento para atingir fins políticos. A escolha de sentidos é realizada pelo julgador no processo de tomada de decisão a fim de suspender, em casos específicos e por ele deliberado, a aplicação da Constituição e justificar solipsisticamente a suspensão de direitos fundamentais.

Palavras-chave: linguagem; autoritarismo; solipsismo; Direito; político.

ABSTRACT

The delimitation of the research theme is: hermeneutics of exception in Lava Jato: The political use of the criminal justice system by the Judiciary. Starting from Operation Lava Jato and the entire spectacle provided by the public agents themselves and broadcast by the media. Many jurists pointed out illegalities, among them Streck, who, starting from the Hermeneutic Critique of Law, pointed to authoritarianisms. From such assumptions, the research problem was constructed: The decisions handed down by the Judiciary, in the context of Lava Jato, notably, that of the Federal Appeals Court Judge Rômulo Pizzolatti, Federal Regional Court of the 4th Region - TRF4 in case n.º 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, would evidence a kind of suspension of the law, using private language to temporarily suspend the application of fundamental rights, reducing the application of the law in the decision-making process of the judge in a concrete case, to a technique of legitimizing power through an apparent legality? The general objective of the thesis is: To define the hermeneutics of exception, which has invaded Brazilian Judiciary, expressing the political use of criminal justice law, identifying the characteristics of this legal mechanism of legitimation of power, from decisions in the context of Operation Lava Jato. The thesis is justifiable. Its importance lies in the fact that when presenting and describing the existence of a hermeneutic of exception in Brazilian law, the Brazilian legal dogmatic crisis is clearly revealed, in which authoritarianism and the disregard of fundamental rights are coated with apparent legality. Thus, research results will contribute to the respect for the integrity of law, presenting the means by which the Democratic State must be respected in judicial decision theory, since the legal institutions, shouldn't have an instrumental feature, which is an important mechanism for democratic dismantling. The theoretical framework used is the one formulated by Lenio Luiz Streck, based on the Hermeneutic Critique of Law (CHD). The method of approach that drives the research is the Phenomenological-Hermeneutic. The research delineation: bibliographic, documentary and through case study. It is concluded that the judges' responses, in the decisions described in the second chapter, did not observe the chain of integrity of the law in terms of the Hermeneutic Critique of Law, injuring the Democratic State, reducing the individual to homo sacer. The result of the research is the definition of hermeneutics of exception: Exception hermeneutics can be defined as the procedure carried out by the judge who uses private language, in a specific case and in a

provisional way, in order to attribute an inauthentic meaning to what has public language, that is, without any real mediation by law, transforming it into an instrument to achieve political ends. The choice of meanings is accomplished by the judge in the decision-making process in order to suspend, in specific cases and deliberated by him, the application of the Constitution and solipsistically justify the suspension of fundamental rights.

Keywords: language; authoritarianism; solipsism; law; politician.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 A CRISE DOGMÁTICA JURÍDICO-PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA	24
2.1 DOGMÁTICA JURÍDICA: NOTAS INTRODUTÓRIAS	24
2.2 RECONSTRUÇÃO DA HISTÓRIA INSTITUCIONAL DA DEMOCRACIA BRASILEIRA: DA FORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	51
2.3 O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: A TRADIÇÃO AUTORITÁRIA REFLETIDA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	118
2.3.1 O sistema acusatório versus inquisitivismo: a imprescindível retomada do Estado Democrático de Direito	130
3 ESTUDO DE CASO: DECISÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DA 4ª REGIÃO	138
3.2 A OPERAÇÃO LAVA JATO	145
3.2.1 Da 24ª fase da Operação Lava Jato: Aletheia	154
3.3 DA REPRESENTAÇÃO CONTRA A CONDUTA DO JUIZ FEDERAL DA 13ª VARA FEDERAL DE CURITIBA	163
3.3.1 Do recurso à decisão do Corregedor Celso Kipper ao Tribunal Federal da 4ª Região	174
3.3.2 A reclamação da Presidente Dilma Rousseff sobre o levantamento do sigilo das conversas telefônicas entre Lula e a presidente	190
3.3.3 Da condução coercitiva do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva	194
3.3.3.1 Da inconstitucionalidade da condução coercitiva	204
3.4 DA OPERAÇÃO SPOOFING	209
3.5 O DESFECHO DA LAVA JATO: DA DECISÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DA 13ª VARA FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CURITIBA E DA DECISÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DA PARCIALIDADE DE MORO	220
3.5.2 Da decisão pelo Supremo Tribunal Federal da incompetência do Juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba	221
3.6 DA SUSPEIÇÃO	226
3.7 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PARCIALIDADE E DO AGIR ESTRATÉGICO DO JUIZ “ACUSADOR”	246

4 HERMENÊUTICA DE EXCEÇÃO COMO TÉCNICA DE USO POLÍTICO DO DIREITO.....	261
4.1 ESTADO DE EXCEÇÃO: AUTORITARISMO TRANSVESTIDO DE DISCURSO DE LEGALIDADE.....	261
4.2 O PROCESSO PENAL DO ESPETÁCULO DURANTE A LAVA JATO: O FUNDAMENTO PARA A EXCEÇÃO	285
4.2.1 A manipulação midiática durante a Lava Jato.....	292
4.2.2 O espetáculo da Lava Jato: a fabricação de consenso abre passagem ao realismo jurídico.....	308
4.3 PODER JUDICIÁRIO E O USO POLÍTICO DO DIREITO PENAL – <i>LAWFARE</i> – NO DIREITO BRASILEIRO	321
4.4 A DEFINIÇÃO DA HERMENÊUTICA DE EXCEÇÃO	347
5 CONCLUSÃO	349
REFERÊNCIAS.....	369
ANEXO I – DECISÃO	402
ANEXO II – RELATÓRIO.....	410
ANEXO III – VOTO VISTA.....	415

1 INTRODUÇÃO

Houve e há questionamentos sobre o direito, a construção dos sentidos e dos conteúdos dos institutos jurídicos, em uma parte importante da estrutura jurídica, não escapa à constituição oriunda do senso comum dos juristas, adstrita portanto a uma “verdade” criada por subjetivismos, típica da matriz cartesiana, para a qual o núcleo fundante possui como baldrame a dicotomia – instituidora da moderna filosofia da consciência – entre o indivíduo (o sujeito que conhece) e a natureza (mundo a ser conhecido, exterior), um dualismo evidente na separação entre pensar e o ser e que deu base ao realismo jurídico.

No entanto, a superação do entendimento da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, ocasionou a superação da hermenêutica de matriz filológica-gramatical para a sua compreensão ontológica, de constituição da própria existência. Significando considerar que a linguagem, bem longe de ser simples mediadora da comunicação humana, é elemento fundante da relação do ser humano com a realidade que o permeia. É possível citar como autores importantes para filosofia da linguagem, dentre outros, Schleiermacher, Dilthey, Saussure, Heidegger, Wittgenstein, Gadamer, Ricoeur e Habermas.

Estes autores são utilizados pelos juristas como a base fundante da hermenêutica jurídica, a qual busca interpretar e dar sentido às normas de direito. No entanto, as bases filosóficas para a hermenêutica jurídica passam a ter maior importância com o pós-positivismo, já que o positivismo jurídico como concebido não consegue dar respostas à complexidade das demandas sociais.

Assim, a denominada virada paradigmática se coaduna com a denominada constitucionalização da ordem jurídica, trata-se do processo histórico com origem no pós-segunda guerra mundial e que transforma a concepção do Estado de Direito, constitui uma reação contra o positivismo jurídico e seus dois aspectos sucessivos, inicialmente o da escola da exegese e, posteriormente, da escola funcional ou sociológica⁵.

A transformação é de um Estado Legal de Direito (positivista) para um Estado Constitucional de Direito (pós-positivista), ou do império da lei para o império da constituição. Destarte, é preciso compreender que, nesta ocasião da história, o Direito

⁵ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 91.

adota um caráter hermenêutico, tendo como implicação um efetivo aumento no grau de deslocamento do polo de tensão entre os Poderes Executivo e Legislativo em direção à jurisdição constitucional, pela impossibilidade de o legislativo (a lei) prever todas as hipóteses de aplicação.⁶

A guinada ontológica-linguística, oriunda da inclusão do mundo prático na filosofia torna impossível a defesa da separação entre direito e moral, bem como a atuação discricionária dos juízes, já que em um Estado Democrático de Direito e discricionariedade são inconciliáveis. Portanto, debater a discricionariedade significa discutir as condições de possibilidade da permanência ou superação do esquema sujeito-objeto.⁷

A afirmação de que o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto nem de longe pode significar a possibilidade de este estar autorizado a atribuir sentidos de forma discricionária/arbitrária, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma). Como diz Gadamer, quando o juiz almeja adequar a lei às necessidades do presente, tem declaradamente o desígnio de resolver uma tarefa prática (*praktische Wissenschaft*). Isso não quer dizer que o texto da lei deva ser uma tradução arbitrária, fruto de um intérprete solipsista,⁸ ou seja, o intérprete não é livre para criar uma linguagem privada e atribuir sentido inautêntico à norma.

No entanto, esse solipsismo, visível no direito, escancara a crise da dogmática jurídica e é resultado da própria modernidade, ou seja, derivado do paradigma metafísico que encontrou na subjetividade do homem o ponto de fundamentação derradeira para todo o conhecimento sobre o mundo. Trata-se de um *fundamentum incocussun absolutum veritatis*, “um fundamento definitivo e indubitável que sustenta todo o conhecimento possível, encontrando a sua morada, a partir das *Meditationes de Prima Philosophia* de Descartes, na subjetividade individual do sujeito”.⁹

É a partir da hermenêutica que se retira o espaço de raciocínios que levam à discricionariedade judicial, precisamente pelo fato de ter ultrapassado o problema filosófico que aí se instaura, o solipsismo. Destarte, a hermenêutica filosófica de Gadamer, a teoria integrativa de Dworkin e a Crítica Hermenêutica do Direito, cada

⁶ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 98.

⁷ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.103.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4. ed. Saraiva, 2011. p. 43.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 273.

uma a sua maneira, buscam conter esse voluntarismo e essa subjetividade solipsista a partir da força da tradição, do círculo hermenêutico e da incindibilidade entre interpretação e aplicação. Por tal motivo, a atitude antirrealista, característica comum nesses dois autores, é a possibilidade para superação do solipsismo e o ponto de partida para encontrar sempre decisões íntegras e coerentes em Direito.¹⁰

A partir das premissas acima esboçadas, é preciso visualizar no direito o que Heidegger chama de o “ser-falso”, aquele que engana, “no sentido de encobrir: colocar uma coisa na frente de outra (deixar e fazer ver) e assim propô-la como algo que ela não é”¹¹, a fim de verificar e demonstrar a hermenêutica de exceção¹², a atuação discricionária e solipsista dos julgados, contaminado pela política, ou seja, a utilização instrumental da linguagem. No “estado de exceção hermenêutico” para o direito o juiz é o protagonista, que decide os casos a partir de raciocínios e argumentos finalísticos, ou seja, sem qualquer mediação real pelo direito. Trata-se, pois, de uma tese anti-hermenêutica e que coloca em segundo plano a produção democrática do Direito¹³.

É como se o julgador abrisse um espaço dentro do Estado Democrático de Direito, no qual a ordem jurídica estaria suspensa, com a finalidade primordial de atingir o *homo sacer* – o fora do direito –, não se trata, portanto, de uma negação do Estado Democrático de Direito, mas de uma que exceção habita dentro da democracia, configurando uma suspensão da ordem jurídica em determinada situação e afim de atingir uma finalidade, representando um sistema político-jurídico com aptidões para ser utilizado para a realização de propósitos autoritários.

Os pressupostos acima que foram descritos de forma sintética têm a finalidade de demonstrar o caminho de observações teóricas que foram realizadas para a delimitação do tema de pesquisa, qual seja: HERMENÊUTICA DE EXCEÇÃO NA LAVA JATO: o uso político do direito processual penal pelo Poder Judiciário.

O Estado Democrático de Direito, sabe-se, deve-se se orientar por valores democráticos, no entanto, pode-se dizer, que as decisões proferidas no contexto da Lava Jato contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, notadamente àquela de 22 de setembro de 2016, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, do desembargador

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 276.

¹¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo** – parte I. Petrópolis: Vozes, 1989. p. 63.

¹² Lenio Luiz Streck também utiliza a expressão “estado da natureza hermenêutico” ou “estado de exceção interpretativo”.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4. ed. Saraiva, 2011. p. 359.

Federal Rômulo Pizzolatti que determinou o arquivamento da Reclamação contra o ex-magistrado Sergio Fernando Moro, apresenta um refúgio retórico de que uma crise política e o combate à corrupção legitimariam tomadas de decisão excepcionais, que suspendem o direito e a própria Constituição, naquela hipótese específica.

Nesse caso, atividade jurisdicional ignorou procedimentos próprios da ordem jurídica vigente, em atitudes solipsistas, decidindo pela suspensão de parte da Constituição. Assim, é paradigmática a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4 no processo n.º 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, pois evidencia uma hermenêutica de exceção, não respeito, pois, à integridade do direito, fundamentou-se explicitamente em um estado de exceção, à margem da ordem jurídica vigente, não oferecendo a resposta correta à Constituição.

Pretende-se analisar a decisão do desembargador Federal Rômulo Pizzolatti no contexto da Operação Lava Jato que, suspendeu garantias fundamentais, contribuindo para esse viés autoritário, que reconhece a insuficiência dos meios previstos no ordenamento jurídico para dar conta da anormalidade, utilizando-se da exceção, como meio para enfrentar esse “estado de necessidade”, contribuindo para a instabilidade democrática.

Para fins de delimitação, não se pretende enfrentar especificamente o problema da discricionariedade tão criticada por Dworkin e Streck, nem a questão do ativismo judicial, tampouco a crise funcional que incide sobre os poderes de Estado, os quais, paulatinamente, vêm perdendo a exclusividade de suas atividades, haja vista a manifesta invasão das funções legislativas, judiciárias e executivas por órgãos que tradicionalmente não as titularizam, desfigurando o postulado da separação e da harmonia entre os poderes.¹⁴

Pretende-se analisar o estado de exceção hermenêutico, investigando, notadamente, o uso político do direito processual penal pelo Poder Judiciário para obter resultados políticos específicos, sobretudo aqueles considerados *homo sacer* de toda uma ordem política.

Para o filósofo Giorgio Agamben, democracia na contemporaneidade tem sido reduzida a apenas uma técnica de governo vinculada à lógica jurídica, política e econômica, manifestando, sobretudo, a vontade do soberano travestida de compromisso social, como uma forma prática administrativa de legalização do poder,

¹⁴ BOLZAN DE MORAES, José Luís. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 50-53.

revelando um deslocamento de um Estado de Exceção¹⁵, vigente em situações emergenciais e excepcionais, para tornar-se técnica permanente de governo, como paradigma político do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Assim, o avanço prometido pela hermenêutica jurídica tradicional, representado no Direito pela certeza e previsibilidade, não consegue dar conta das novas demandas produzidas pela sociedade, pois a rigidez do método não atinge a variabilidade das situações fáticas produzidas pelo contexto social, exigindo fórmulas flexíveis e adaptáveis, a fim de viabilizar a plena realização das necessidades do ser humano.

Diante deste contexto, tem-se proliferado em decisões judiciais pelo Brasil que evidenciam uma hermenêutica de exceção, uma suspensão da própria ordem jurídica, evidenciado uma forma legal daquilo que não pode ser legal.

Considerando que a filosofia hermenêutica em Heidegger surge como um espaço destinado à atribuição de sentido. “Qualquer dado que se possa levantar se dá neste espaço e, a partir daí, também, toda a determinação de significado será dada”.¹⁶ E, ainda, ao desenvolver a chamada hermenêutica da faticidade, permite uma aproximação em que a hermenêutica pode ser considerada um meio para revelar e acessar o viver fático do ente homem.

Nesse contexto, alicerçado na Crítica Hermenêutica do Direito como condição de possibilidade para o desvelamento do SER cunhado no discurso processual penal e a promoção de um verdadeiro senso crítico e amparados na concepção de Estado de Exceção, indaga-se:

As decisões proferidas pelo Poder Judiciário, no contexto da Operação Lava Jato, notadamente, a do desembargador Federal Rômulo Pizzolatti Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4 no processo n.º 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, evidenciariam uma espécie de suspensão do direito, utilizando da linguagem privada para suspender a aplicação de direitos fundamentais, provisoriamente, reduzindo a aplicação do direito no processo de tomada de decisão do julgador de um caso concreto, a uma técnica de legitimação do poder por meio de uma aparente legalidade?

Trata-se de problema prescritivo, já que não se restringe meramente a retratar o objeto de pesquisa, mas extrair o caráter prático, as consequências sociais

¹⁵ Estado de Exceção para Giorgio Agamben ou Estado de Natureza para Thomas Hobbes.

¹⁶ STEIN, Ernildo Jacob. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 60.

decorrentes da análise, respostas prescritivas são advindas a partir de critérios normativos, decorrem da validade do direito em um dado ordenamento jurídico¹⁷.

A hipótese é que tal decisão constitui uma hermenêutica de exceção. De fato, em 22 de setembro de 2016, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por meio do Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti, determinou o arquivamento da representação contra a conduta do Juiz Federal Sergio Moro por não ter vislumbrado qualquer infração disciplinar. Em sua fundamentação, alegou que normas jurídicas só são aplicáveis em casos de normalidade, não se aplicando a situações excepcionais, senão veja:

Ora, é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada "Operação Lava-Jato", sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro. Em tais condições, **neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns.** [...] 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.**¹⁸ (grifos nossos)

A afirmação do magistrado da corte é que as situações da “lava-jato” escaparam ao regramento genérico e que há “uma ameaça permanente à continuidade das investigações”. Assim, em nome de uma operação inédita que está em curso tudo será possível, de acordo com o relator, a excepcionalidade desse processo respaldaria a excepcionalidade da exceção às regras.

Uma espécie de “carta branca” conferida ao ex-juiz Sergio Moro, que agiu de forma ilegal ao deixar de preservar o sigilo de gravações de interceptações judiciais, e ao divulgar para a imprensa comunicações telefônicas de autoridades com privilégio de foro, cujas conversas não se relacionavam com o objeto da investigação, em especial gravação envolvendo à época a presidente da república Dilma Rousseff e o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

A decisão proferida no contexto da Operação Lava Jato evidencia que o Poder Judiciário brasileiro agiu de forma arbitrária, solipsista, no sentido que não se trata de

¹⁷ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina. **Metodologia jurídica**: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti. 22 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

uma decisão efetivamente jurídica, mas de uma “escolha¹⁹” política, uso de uma linguagem privada em detrimento à integridade da Constituição Federal.

Com efeito, com os aportes teóricos da Crítica Hermenêutica do Direito, partindo-se do círculo hermenêutico, pela pré-compreensão, responsável pela antecipação do sentido das coisas, reconstruiu-se a situação concreta de uma hermenêutica de exceção possibilitando dar significatividade²⁰ (*Bedeutsamkeit*) à decisão proferida pelo magistrado.

É paradigmática a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4 no processo n.º 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, pois evidencia uma hermenêutica de exceção, desrespeitando à integridade do direito. Reconhecendo a ineditude na condução do magistrado, o relator do TRF4 não determinou a abertura do PAD e para justificar a atuação do magistrado Sergio Moro, fundamentou sua decisão explicitamente em um estado de exceção, suspendendo a ordem jurídica vigente, não oferecendo a resposta correta à Constituição.

O uso político do sistema penal elimina os fundamentos que identificam um Estado Social e Democrático de Direito, ou seja, a tendência contemporânea de apostar no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos falhou, pois voltamos ao lugar de onde nunca saímos, o positivismo e as consequências nefastas da discricionariedade.

Sob ponto de vista da Crítica Hermenêutica do Direito, a hermenêutica de exceção não resulta de um processo interpretativo, mas de uma atribuição inautêntica de sentido (Heidegger), pois o texto é pressuposto hermenêutico para toda atividade interpretativa e, neste caso, a ordem jurídica foi suspensa com o objetivo de atingir o inimigo (*homo sacer*). As consequências para o direito é que a exceção autoritária não constitui uma negação do Estado Democrático de Direito; pelo contrário, a exceção habita dentro da democracia, configurando verdadeiros espaços de exceção em plena vigência democrática, evidenciando como um sistema político-jurídico democrático pode ser facilmente utilizado para a realização de propósitos autoritários.

¹⁹ “[...] é preciso deixar claro que existe uma diferença entre Decisão e Escolha. Quero dizer que a decisão jurídica – não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher”. E conclui “Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade e, quiçá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade.” STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Livraria do Advogado, 2013. p. 107.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Livraria do Advogado, 2013. p. 113.

Partindo da problemática e da hipótese apresentada nos parágrafos anteriores, o objetivo geral da tese é: Definir a hermenêutica de exceção, que tem invadido o Poder Judiciário brasileiro, expressando o uso político do direito penal, identificando as características desse mecanismo jurídico de legitimação do poder, a partir de decisões no contexto da Operação Lava Jato.

Os objetivos específicos são:

a) Evidenciar a crise da dogmática jurídica brasileira, com ênfase no processo penal. Utilizando, para tanto, da reconstrução da história institucional das constituições brasileiras, a fim de compreender a imbrincada relação entre autoritarismo e Estado Democrático de Direito.

b) Proceder a estudo de caso, com a finalidade específica de descrever decisões que escapam à integridade do direito, notadamente a decisão proferida pelo desembargador Federal Rômulo Pizzolatti Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4 no processo n.º 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, no âmbito da Operação Lava Jato.

c) Apresentar as bases que delineiam a existência de uma hermenêutica de exceção no direito brasileiro, ante aos influxos de um discurso instrumentalizador, fundamentado pela linguagem privada, ainda, corrompido pela dicotomia schmittiana amigo/inimigo, transformando o réu do processo penal em *homo sacer* (Agamben), fazendo uso de uma aparente legalidade para fins autoritários; a fim de realizada tal construção, definir a hermenêutica de exceção.

Assim, a partir dos três objetivos específicos, a tese foi dividida em três capítulos.

O primeiro, “A crise dogmática jurídico-processual penal brasileira” tem como objetivo específico analisar a crise da dogmática jurídica brasileira, com especial ênfase no âmbito processual penal, a fim de nortear o estudo de caso no segundo capítulo e a aplicação da Crítica Hermenêutica Jurídica como solução da crise (apresentada na conclusão), e as bases autoritárias da hermenêutica de exceção.

O segundo capítulo, “Estudo de caso: decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região”, descreve a Operação Lava Jato e as principais circunstâncias que se assentaram a decisão do Desembargador. Ademais, apresenta outras circunstâncias que também evidenciaram a suspensão do direito.

O último capítulo, “Hermenêutica de exceção como técnica de uso político do direito”, tem a finalidade de apresentar a definição da hermenêutica de exceção. Para

tanto, realiza uma discussão de bases conceituais apresentadas no primeiro capítulo e no segundo, somando com as discussões jurídicas e filosóficas pertinentes.

A tese é justificável. Com efeito, sua importância reside no fato de que apresentar e descrever a existência de uma hermenêutica de exceção no direito brasileiro revela de maneira cristalina a crise dogmática jurídica brasileira, pela qual autoritarismos e inobservância à direitos fundamentais são revestidos de aparente legalidade. Assim, os resultados da pesquisa permitirão contribuir para o respeito à integridade do direito, apresentando os meios pelos quais o Estado Democrático de Direito deve ser respeitado na teoria da decisão judicial, já que as instituições jurídicas, não deveriam ter a característica instrumental, tal particularidade é um importante mecanismo para o desmonte democrático.

Destarte, a pesquisa proposta na presente tese de doutoramento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, se adequa à linha de pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”, especialmente com a finalidade de aprofundar as críticas que vêm sendo elaboradas aos modelos hermenêuticos tradicionais” [...] a “linha de Pesquisa suporta o debate crítico reflexivo desde a perspectiva da centralidade da Constituição e do Constitucionalismo em ambiente de crescente complexidade e fragmentação”.²¹ Parte-se da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck – pesquisador integrante do programa de pós-graduação da Unisinos e orientador da doutoranda – que tem por base uma visão hermenêutico-filosófica do Direito.

O referencial teórico utilizado é o formulado por Lenio Luiz Streck, que demonstra a necessidade de incluir no discurso jurídico a reflexão filosófica de matriz heideggeriana e gadameriana: a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). De acordo com esta formulação teórica, é possível compreender qual seria a decisão correta dos juízes da Lava Jato, que evidentemente é oposta à hermenêutica de exceção.

O método de abordagem que conduz a pesquisa é o Fenomenológico-Hermenêutico, cuja metodologia consiste na ruptura com as tradicionais estruturas metodológicas da modernidade, uma teoria hermenêutica fincada na matriz da ontologia fundamental, superando o procedimentalismo e sua busca incessante por métodos ou técnicas de interpretação, evidenciando que o processo interpretativo não

²¹ UNISINOS. Pós-Graduação. **Linhas de Pesquisa:** hermenêutica, constituição e concretização de direitos. São Leopoldo. Disponível em: <http://www.unisinos.br/mestrado-e-doutorado/direito/presencial/sao-leopoldo/linhas-de-pesquisa>. Acesso em: 15 ago. 2019.

é fracionado, método no contexto de um “ambiente hermenêutico” será sempre precário e provisório. Permitindo reconstruir o problema jurídico a partir da sua história institucional, visando ao desvelamento do “ser”, que não representa uma simples realidade, mas sempre está ligado a uma determinada possibilidade.

Sobre o método de abordagem, é relevante algumas considerações sobre a metodologia que sustenta a pesquisa propriamente dita: o “método” fenomenológico-hermenêutico. Nesse sentido, não se fará uma análise externa, como se o sujeito e o objeto estivessem cindidos. Pelo contrário, o sujeito está diretamente relacionado, com o objeto de estudo, a Hermenêutica de Exceção e o uso político do Direito Processual Penal, o qual interage com ele e sofre as consequências dos seus resultados (suas descobertas e potencialidades).

Por fim, quanto ao delineamento da pesquisa, ela será bibliográfica, documental e por meio de estudo de caso (especialmente da decisão proferida pelo TRF da 4ª Região, na maneira a permitir o seu conhecimento amplo e detalhado), com efeito, o estudo de caso se caracteriza como um tipo de pesquisa cujo objeto é uma unidade que se analisa profundamente, visando ao exame detalhado de um ambiente, de um simples sujeito ou de uma situação em particular.²²

²² QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina. **Metodologia jurídica**: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 71.

2 A CRISE DOGMÁTICA JURÍDICO-PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA

O capítulo que dá início à pesquisa tem como objetivo específico analisar a crise da dogmática jurídica brasileira, com especial ênfase no âmbito processual penal, a fim de nortear o estudo de caso no segundo capítulo e a aplicação da Crítica Hermenêutica Jurídica como solução da crise, discussão que é realizada no último capítulo.

A fim de alcançar o objetivo proposto, esse primeiro capítulo foi dividido em quatro tópicos. O primeiro, Dogmática Jurídica: Notas Introdutórias, busca delinear qual a compreensão sobre a dogmática jurídica a fim de perceber a crise enfrentada dentro do direito brasileiro.

Posteriormente, tendo em vista que direito está intimamente ligado com o tipo de Estado e o regime político adotado, realiza-se uma reconstrução da história institucional da democracia brasileira, iniciando da formação do Estado brasileiro até a Constituição Federal de 1988, a fim de clarear os horizontes e refletir de que maneira a construção político-social brasileira influencia as escolhas dos agentes do Poder Judiciário.

O terceiro tópico busca compreender a tradição autoritária brasileira e seus reflexos no Código de Processo Penal vigente e no sistema de justiça criminal. Decorrente dessa construção teórica e, por fim, o último tópico visualiza o embate existente entre o sistema acusatório e o inquisitivismo e a necessária observância dos limites previstos na Constituição Federal a fim de garantir e preservar a democracia brasileira.

2.1 DOGMÁTICA JURÍDICA: NOTAS INTRODUTÓRIAS

Antes de se iniciar a discussão acerca da crise dogmática jurídico-processual penal brasileira, é necessário conceituar a dogmática jurídica, a qual “é um conjunto de raciocínios destinados a organizar sistematicamente, com a utilização de conceitos, institutos e princípios jurídicos, as leis e os casos julgados em um determinado ordenamento jurídico, nacional ou transnacional”, tendo como parâmetro a resolução de casos reais pelas cortes com competência jurisdicional. Isso se dá tendo em vista que as normas são produzidas tanto pelos legisladores, quanto

pelos órgãos julgadores, sejam eles nacionais ou não.²³ Apesar de tal conceito, a dogmática possui conteúdo polissêmico e por vezes se confunde com ciência do direito.

Destarte, “na autoimagem da Dogmática Jurídica, isto é, na caracterização do modelo pelos juristas dogmáticos, ela é identificada com a ideia de ciência do direito que, tendo por objeto o direito positivo vigente em um dado tempo e espaço” e por emprego metódica (imanente) a edificação de um “sistema” de conceitos e definições formados por meio da interpretação de normas vigentes, de acordo com fórmulas intelectuais (lógico-formais) “de coerência interna, tem por finalidade ser útil à vida”, ou seja, à aplicação concreta do Direito.²⁴

De fato, há suma importância em compreender a Dogmática Jurídica e a ciência do direito, mormente diante da divergência existente sobre o tema, bem como da relevância para a concretização do Estado Democrático de Direito. Destarte, “no pensamento jurídico, quando se menciona a ciência²⁵ do direito, faz-se referência à

²³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema, *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo, PÜSCHEL, Flavia Portella, MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (org.). **Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21.

²⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A dogmática jurídica é uma ciência? Em torno a acúmulos e défices de um debate secular. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano. **Direito da sociedade policontextural**. Curitiba: Appris, 2013. p. 358.

²⁵ Acerca da afirmação de ser a dogmática jurídica identificada com a ciência do direito, interessante lição de Carlos Santiago Nino: “Ahora, algo acerca de la dogmática jurídica. De lo que hemos visto surge con claridad que si se abandona el dogma de la "esencia" o "naturaleza" de las ciencias que hay que aprehender, el angustioso problema acerca de si la dogmática es o no una ciencia se reduce a una cuestión de palabras que, de acuerdo a los usos, no puede resolverse unívocamente dada la vaguedad del término "ciencia". Se podrían dar todas las definiciones estipulativas que se quiera tanto para incluir como excluir a la dogmática del ámbito de las ciencias. No creemos que éste sea un procedimiento ni leal ni conveniente. Si se quiere remarcar la importancia de la dogmática jurídica, desde aquí se la concedemos sin recurrir a ninguna técnica de persuasión. La dogmática jurídica es importante aunque no sólo sea —y ésta no es la principal razón— por una proposición del funcionalismo sociológico que afirma que toda institución de marcada vigencia satisface alguna necesidad social. Ni la caza de "esencias", ni la persuasión acerca de la jerarquía de la dogmática justifican, pues, la polémica sobre la cientificidad de la misma. ¿Debe abandonarse, entonces, toda preocupación en este sentido? Creemos, sin embargo, que no. Detrás de la pregunta "¿es la dogmática una ciencia?" se esconde una inquietud legítima y sensata. Los que se ocupan en una actividad institucionalizada no pueden eludir la necesidad intelectual de esclarecer en qué se parece y en qué se distingue esa actividad de otras prima facie semejantes. Con respecto a las ciencias se quiere saber si hay algunos principios comunes aplicables a todas ellas, si hay reglas de inferencia que tienen aplicación generalizada y, en especial, si las conclusiones de una pueden ser utilizadas por algunas de las restantes. El jurista tiene derecho a que se le responda si su actividad—cualquiera sea su carácter— opera, en algún aspecto, en forma semejante a, por ejemplo: las matemáticas, la física o la sociología. También quiere saber si el estudio de la estructura de las actividades, indudablemente científicas, es útil para la caracterización de la dogmática. Asimismo, si podrá aprovechar algunas de las conclusiones de esas ciencias y si podrá contribuir en algo, a su vez, al desarrollo de las mismas, si las contribuciones de la metodología científica son aplicables a su actividad, etcétera”. SANTIAGO NINO, Carlos. **Consideraciones sobre la dogmática jurídica** - con referencia particular a la

dogmática jurídica. Este é o conceito tradicional”.²⁶ Apesar dessa afirmação, há quem defenda a não convergência entre ciência do direito e dogmática.

De fato, Miguel Reale aduz que a ciência do direito e a dogmática não se confundem, apesar disso, é a Dogmática Jurídica tão-somente uma quadra, embora necessária e conclusiva, do desiderato científico do jurista. Assim, “se a Dogmática é a interpretação da realidade ou da experiência jurídica de um povo em dada época, tal como decorre dos preceitos vigentes; se ela se desdobra no fino labor interpretativo das normas, na construção dos institutos” como homogeneidades da doutrina e se ascende à organicidade dos sistemas, não há como diminuir seu papel, “que por si só poderia justificar a grandeza de nosso mister de advogados e juízes”.²⁷

Para Miguel Reale, portanto, não é possível dizer que a ciência do direito se consuma na dogmática ou que com ela se misture. Apesar de existirem juristas que façam essa identificação, todavia, uma apreciação das genealogias do “problema parece demonstrar que não é menos Ciência do Direito aquele complexo de exigências e categorias lógicas e axiológicas que condiciona o aparecimento mesmo da Lei”, designada a ser acolhida pela dogmática como “um ‘dado’, um pressuposto de suas construções normativas”.²⁸

Assim, Warat citando Bielsa (o último entendendo a coincidência entre dogmática e ciência do direito), para quem, a dogmática jurídica partiria do ponto inicial de que seria “possível descrever a ordem legal sem nenhum tipo de referências de caráter sociológico, antropológico, político e econômico”, seria, destarte, uma construção teórica objetiva e rigorosa, uma construção conceitual “do direito vigente sem nenhuma indagação acerca de sua instância ideológica e política; uma mera ciência lógico-formal dedicada ao estudo exclusivo das normas legais”.²⁹

As conjecturas da dogmática jurídica integram um sistema axiomático, “elabora-se um sistema de conceitos, noções, princípios, aforismos e instituições com os quais se pretende completá-lo e fechá-lo”. Requer, pois, técnica e lógica e o

dogmática pena. México: Unam, 1989. p. 15-16.

²⁶ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: SafE, 2002. p. 15.

²⁷ REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 308-309.

²⁸ REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 309.

²⁹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: SafE, 2002. p. 15-16.

resultado seria “uma interpretação clara das regras legais integrantes do direito positivo”, o que também recebe o nome de método técnico-jurídico ou lógico-abstrato, o qual, segundo a dogmática, seria o único método possível no estudo da ciência jurídica.³⁰

A dogmática jurídica, destarte, é a responsável por dar o sentido de um instituto jurídico, como o contrato, por exemplo. Com efeito, “o pensamento dogmático organiza o material jurídico com o objetivo de fornecer balizas decisórias às instâncias jurisdicionais”. Mas essa não é a única função da dogmática, a qual em outro nível de avaliação, possui o emprego sistematizante, e tem como escopo “central efetivar o princípio da igualdade perante a lei, e não apenas resolver conflitos de maneira eficaz”.³¹

Isso se dá tendo em vista que a sistematização do direito não é um fim em si mesmo, também não um “imperativo de eficácia, mas uma maneira de garantir que casos semelhantes sejam tratados de forma semelhante, sem que sejam criadas exceções ou situações de privilégio”. A racionalidade dogmática confere ao direito eficácia e legitimidade de oferecer soluções apropriadas às demandas sociais.³²

Em um primeiro momento, a fim de compreender a dogmática jurídica, o autor utilizado é Warat. A escolha é justificável, uma vez que decorre do fato de ser o autor argentino o responsável por desvelar o senso comum dos juristas à comunidade acadêmica, liberando as condições de possibilidade para a crítica que aqui se projeta, sobre a crise da dogmática jurídica no Brasil

Warat esclarece que, historicamente, a dogmática tradicional delinea três etapas de aplicação do método técnico-jurídico.

A primeira abrange o período de conceituação dos textos jurídicos, há um pressuposto de que não existe outro direito, senão aquele estabelecido pelas leis validamente ditadas e em vigor. Nesse sentido, a dogmática jurídica está ligada ao positivismo, limitando sua função à interpretação do direito, por meio do chamado

³⁰ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: SafE, 2002. p. 16-17.

³¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema, *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (org.). **Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica**, São Paulo: Saraiva, 2012.

³² RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (org.). **Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica**, São Paulo: Saraiva, 2012.

método exegético, razão pela qual essa primeira etapa também é denominada de exegética.³³

Essa percepção da dogmática acarreta o formalismo, tornando-se apenas uma disciplina, que se limita a reproduzir e explicar o conteúdo da lei vigente, cuja legitimidade e justificativa não se questionam. Busca, destarte, tão somente decodificar o sentido exato, que se supõe único e passível e ser estabelecido como tal, por meio da conceituação. O alcance desse conceito significaria uma categoria conceitual inabalável de significado fechado. Nas palavras de Warat, “[...] a dogmática jurídica é então autenticada pela lógica jurídica. Nesta primeira fase, a dogmática jurídica caracteriza-se principalmente pela conceptualização do discurso jurídico” e, por tal razão, também denominada de “disciplina dos conceitos jurídicos”.³⁴

A segunda etapa, continua Warat, é a da dogmatização jurídica, “a fixação dos dogmas jurídicos, a elaboração das preposições, categorias e princípios obtidos a partir dos conceitos jurídicos, extraídos dos textos jurídicos. Obtêm-se os princípios gerais”, quais sejam: os dogmas que denotam a direção, que ordena o funcionamento do conjunto de normas jurídicas vigentes para as relações jurídicas existentes, por meio dos institutos ou construções jurídicas.³⁵

Nessa etapa, o ordenamento jurídico posto obtém completude, mas também é restringido a categorias intelectuais. A justificação declina à condição “de validade jurídica e à demonstração lógica da mesma. Os princípios gerais do direito, produto da dogmática jurídica, que permitem a realização de construções jurídicas, são vistos por alguns autores como pautas retóricas”, caracterizados como estereótipos, ou como preferem outros, como diretrizes retóricas, pode-se dizer que uma ou outra denominação “são fórmulas vazias, sem sentido básico, pelas quais se introduzem secretamente critérios axiológicos cuja participação na interpretação da lei nega a dogmática”.³⁶

Em razão de sua inclusão, é que a dogmática jurídica impõe coesão às normas vigentes e atribui-lhes significado legítimo. Observe também que a alteração ou substituição de um princípio no processo de interpretação permite obter formas diferentes de redefinir os significados de palavras constantes na lei.³⁷

³³ WARAT, Luis Alberto. Sobre la dogmática jurídica. **Sequência**, ano I, 2º Semestre 1980. p. 34.

³⁴ WARAT, Luis Alberto. Sobre la dogmática jurídica. **Sequência**, ano I, 2º Semestre 1980. p. 34-35.

³⁵ WARAT, Luis Alberto. Sobre la dogmática jurídica. **Sequência**, ano I, 2º Semestre 1980. p. 34-35.

³⁶ WARAT, Luis Alberto. Sobre la dogmática jurídica. **Sequência**, ano I, 2º Semestre 1980. p. 35.

³⁷ WARAT, Luis Alberto. Sobre la dogmática jurídica. **Sequência**, ano I, 2º Semestre 1980. p. 35.

A terceira etapa da dogmática jurídica, de acordo com Warat, caracteriza-se pela sistematização, recusando o escopo do positivismo, o qual buscava uma “constituição de uma disciplina específica, objeto de conhecimento, em um sistema. As construções jurídicas são unificadas. Uma série de conceitos e princípios são estabelecidos”, os quais delineiam descrições de universalidade e invariabilidade e presenças estruturais comuns a todos os institutos ou construções jurídicas. Assim, “o resultado desta terceira instituição seria uma dogmática geral, ou teoria geral do direito. A teoria geral do direito é a culminação da sistematização da dogmática”.³⁸ Resta tão somente a norma e “seu enfoque técnico-jurídico, que se reduz à demonstração lógica da validade das normas jurídicas. O conteúdo da lei se identifica com a norma. A realidade jurídica torna-se uma norma, uma categoria de conhecimento”, não há vinculação com a realidade fática, assim, o fato jurídico não é significativo, “mas apenas a norma, que a constitui.”³⁹

As três etapas acima apresentadas foram produzidas historicamente e são tidas como etapas individualizáveis do denominado método dogmático de interpretação do direito, ou método técnico-jurídico ou lógico-abstrato.⁴⁰

Com efeito, a dogmática jurídica atua como instrumento para a “interpretação/sistematização/aplicação do Direito”, a qual se constitui como um “conjunto de técnicas de ‘fazer crer’, com as quais os juristas conseguem produzir a linguagem oficial do Direito que se integra com significados tranquilizadores, representações” que possuem o condão de evitar questionamentos e reflexões sobre a “realidade sociopolítica”.⁴¹

Há, conforme se denota, uma superioridade da lei, o dogma positivista de que a lei é suficiente para responder adequadamente aos anseios sociais, assim, a sistematização do direito passa a ser um fim em si mesmo. Tal maneira de “pensar superdimensiona um dos aspectos da dogmática jurídica e, por isso mesmo, [...] pode vir a comprometer a reprodução do sistema jurídico”. É o que José Rodriguez entende ser a dogmática praticada em sua forma perversa.⁴²

³⁸ WARAT, Luis Alberto. Sobre la dogmática jurídica. **Sequência**, ano I, 2º Semestre 1980. p. 35.

³⁹ WARAT, Luis Alberto. Sobre la dogmática jurídica. **Sequência**, ano I, 2º Semestre 1980. p. 35.

⁴⁰ WARAT, Luis Alberto. Sobre la dogmática jurídica. **Sequência**, ano I, 2º Semestre 1980. p. 35.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas. **Pensar**. Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 627, jul./dez. 2011.

⁴² RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo, PÜSCHEL, Flavia Portella, MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (org.). **Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica**, São Paulo: Saraiva, 2012.

Enrique Zuleta Puceiro apresenta as configurações do paradigma da dogmática jurídica a partir das seguintes apresentações: a) como conceito histórico; b) como pressupostos epistemológicos; c) dogmática e o positivismo jurídico; d) racionalidade e construção; e) como um problema hermenêutico.⁴³

Puceiro esclarece que a busca pelo que se deve compreender como dogmática no campo do direito é entendida desde sua base, segundo alguns autores, especialmente, sobre as questões referentes à argumentação jurídica, à natureza e aos objetivos do saber jurídico, temas que possuem heranças no positivismo ou na busca de uma teoria científica do direito.⁴⁴

Apesar da percepção de que a Escola Histórica do Direito, fundada especialmente por Savigny, opõe-se às escolas filosóficas, bases do jusnaturalismo tardio, é possível observar que o próprio Savigny designa como ciência do direito, primeiro, uma ciência histórica e, posteriormente, uma ciência filosófica e “que ambas as coisas devem unificar porque a ciência do direito tem de ser a um tempo e, integralmente, histórica e filosófica”.⁴⁵

Assim, a dogmática teria uma concepção lógico-racional, retirada das ciências matemáticas e trasladada ao direito. Seria, portanto, um saber descritivo, caracterizado por um conjunto de procedimentos abstratos, os quais se obtêm a partir de materiais provenientes do positivismo jurídico. Trata-se de uma sistematização, em que a ciência jurídica teria a finalidade precípua de aclarar e sistematizar o conteúdo das normas jurídicas que constituem um sistema jurídico em vigor em determinado espaço e tempo. Tal concepção é ancorada no positivismo jurídico e possui

⁴³ PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciência del derecho**. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho. Madrid, 1981. p. 68. Disponível em: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54002/1/5322940823.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁴⁴ PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciência del derecho**. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho. Madrid, 1981. p. 68. Disponível em: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54002/1/5322940823.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁴⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 11.

fundamentos no formalismo de Jhering⁴⁶, com vistas a dar cientificidade à Escola Histórica de Savigny.⁴⁷

O paradigma dogmático da ciência jurídica também é compreendido a partir de sua análise epistemológica. De fato, o conhecimento jurídico deve ser entendido na teoria geral da ciência.⁴⁸

E, neste ponto, a questão primeira é se o direito pode ser considerado uma ciência, especialmente, diante do fato de que o conteúdo das normas jurídicas é diferente no espaço, o que retiraria a característica de generalidade, universalidade, típica das ciências naturais.

A percepção de uma ciência do direito é tão controvertida que vários juristas o tratam como “o problema da ciência jurídica”, especialmente, o conceito do direito e seu conteúdo.⁴⁹ Julius von Kirchmann afirmou que as bibliotecas de direito poderiam ser queimadas, especialmente, porque a ciência jurídica possui como objeto algo mutável no tempo (o direito positivo do legislador), razão pela qual os juristas deveriam buscar um objeto de estudo semelhante ao das ciências naturais, ou seja, um conjunto de normas que permanecem inalteradas em todo o mundo.⁵⁰

A partir da concepção racionalista, destarte, a expressão da mentalidade iluminista, abstrata e matemática é caracterizada por duas afirmações fundamentais: 1) o mundo é um sistema ordenado, governado por leis universais e necessárias (racionalismo objetivo ou metafísico); 2) o homem é um ser razoável, isto é, dotado de

⁴⁶ Jhering, ao explicar o que é o direito, dispõe que “[...] para reproduzir exatamente um objeto é necessário uma dupla qualidade: representá-lo e traduzi-lo fielmente, ou, em outros termos, o dom da observação e o talento da representação. É preciso, pois, no que concerne ao direito, que aquele que expõe saiba encontrar sua verdadeira quintessência sob a embalagem multifacetada das relações concretas da vida, da qual se deve extrair a regra. Na natureza exterior que nos rodeia, passamos todos os dias sem perceber ao lado dos fenômenos importantes, sendo o acaso, com frequência, que atrai sobre eles a atenção do observador e leva-o a descobertas interessantes. O mesmo ocorre no mundo moral, embora em grau superior, porque nesse campo nada se percebe senão com os olhos da inteligência”. JHERING, Rudolf von. **A dogmática jurídica**. Trad. José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2013. p. 16.

⁴⁷ PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciencia del derecho**. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho. Madrid, 1981. p. 68. Disponível em: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54002/1/5322940823.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁴⁸ PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciencia del derecho**. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho. Madrid, 1981. p. 68. Disponível em: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54002/1/5322940823.pdf>. Acesso em 10 abr. 2021.

⁴⁹ VILLA, Vitório. **Il problema della scienza giuridica**, em G. PINO, A. SCHIA VELLO y V. VILLA, *Filosofia de/ diritto. Introduzione critica a/ pensiero giuridico ea/ dirittopositivo*, Giappichelli, Turín, 2013. pp. 374-398.

⁵⁰ KIRCHMANN Julius Von, "El carácter a-científico de la llamada Ciencia dei Derecho", en P. MANCHEGO (ed.). **Discusión sobre el cardcter anti-científico del derecho**, Grijley, Lima, 1999. pp. 125-155.

uma faculdade que coloca para entender essas leis (racionalismo subjetivo e metodológico)⁵¹. E tais concepções deveriam ser aplicadas ao direito.

As proposições acima apresentadas, ao mesmo tempo em que colocaram o direito real, o direito posto, como elemento para o descrédito de uma ciência do direito, deu força a um direito ideal – o direito natural – construído com base no racionalismo. Assim, o direito natural constituiu-se na “verdadeira” ciência do direito. O direito natural segue os princípios fundamentais estabelecidos pela concepção racionalista, em dois pressupostos: 1) existem leis necessárias e universais que regulam a conduta do homem, isto é, as leis naturais como todas as outras leis que governam o universo; 2) a ciência do direito natural tem a tarefa de descobrir e enunciar essas leis, das quais devem derivar as demais normas, ou seja, tais regras são imutáveis e expressam comportamentos da vida social do homem e os princípios de uma sociedade ideal.⁵²

É certo, pois, que a dogmática jurídica possui como objeto o direito posto, positivado, excluindo de sua aplicação “qualquer norma jurídica não vigente, externa ou metajurídica”, caso contrário, permitiria o ingresso da ideologia e da axiologia, por exemplo. Apesar de tal premissa, em busca da coesão e unidade do sistema jurídico, os dogmáticos se veem obrigados a aceitar concepções jusnaturalistas “em busca de critérios de significação jurídica”. Assim é que muitas vezes o “método técnico-lógico, abstrato, desvinculado de todo o componente metajurídico e fático” se torna insuficiente na busca da unicidade e coesão do sistema jurídico.⁵³

Seguindo a configuração da dogmática jurídica apresentada por Puceiro, a dogmática e o positivismo jurídico são relevantes, eis que a ciência possui paradigma dogmático, o qual condiciona a forma de compreensão do mundo e, por conseguinte, do direito.

De fato, o positivismo jurídico é considerado mais do que uma teoria, mas uma luta da modernidade jurídica pela reconceituação e reestruturação do sistema jurídico.⁵⁴ Um ponto primordial na percepção do positivismo jurídico é a codificação,

⁵¹ BOBBIO, Norberto. *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*. In: **Riv. Trim**, de Diritto e Procedura Civile, v. 2 (1950). p.342-367, agora em SCARPELLI, Uberto (ed.). *Diritto e analisi dellinguaggio*. Milán, 1976. pp. 287-234, espec. 290-296.

⁵² BOBBIO, Norberto: *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*. In: **Riv. Trim**, de Diritto e Procedura Civile, 2 (1950). pp.342-367, agora em SCARPELLI, Uberto (ed.). *Diritto e analisi dellinguaggio*. Milán, 1976. pp. 287-234, espec. 290-296.

⁵³ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: SafE, 2002. p. 20.

⁵⁴ SCARPELLI, Uberto. **Cos'è il positivismo giuridico**. Milano, 1965, p.9-10. Si leggano anche le prime pagine di BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942.

eis que a experiência jurídica gira em torno da importância da lei, a qual é oriunda de um poder soberano. Nesse contexto, o positivismo jurídico está intimamente ligado ao surgimento do Estado moderno e daí torna-se “legalismo”, uma percepção de prática jurídica em que o importante é a certeza, a segurança, a ideia tranquilizadora de que a lei existe, e basta uma atitude meramente cognitiva para poder compreendê-la e usá-la.⁵⁵

Bobbio distingue três aspectos do positivismo jurídico: a) como método para o estudo do direito; b) como teoria do direito e c) como ideologia do direito. Esclarece Bobbio que as distintas acepções são importantes, eis que não existem implicações entre elas, bem como a origem de tais distinções se deve a sua aplicação crítica.⁵⁶

Como ideologia, o positivismo se caracterizaria como a crença em determinados valores expostos na lei como fenômenos efetivos. Por tal razão, ou seja, a de estar inscrito na lei, o direito adquire um valor positivo e autônomo, “independentemente de se correlacionar ou não com determinados esquemas axiológicos que o transcendem”.⁵⁷

O positivismo jurídico como ideologia, segundo Bobbio, para sua caracterização “é necessário distinguir a versão forte ou extremista da versão fraca ou moderada do positivismo ético”⁵⁸. De fato, a maioria das críticas feitas pelos antipositivistas são válidas para a versão extremista do positivismo jurídico e não são aplicáveis à moderada.⁵⁹

Destarte, no que diz respeito ao positivismo ético extremista, é preciso ponderar que raramente houve sustentação de suas extremas consequências pelos filósofos (mesmo na concepção de Hobbes). Também, na história não se depara “um acordo permanente entre positivismo jurídico e positivismo ético extremista (salvo o caso de alguns juspositivistas alemães da segunda metade do século XIX, que adotaram a concepção hegeliana do Estado)”; mas é errada a assertiva de que tal percepção seja

⁵⁵ GIANNINI, Massimo Severo. “Positivismo Giuridico.” In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1956. v.6, p.681-736.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 234-235.

⁵⁷ PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciência del derecho**. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho. Madrid, 1981. p. 55. Disponível em <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54002/1/5322940823.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 235.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 234-235.

reencontrada em Jhering: “o filão ítalo-francês e o anglo-saxônico do positivismo jurídico são totalmente independentes dessa concepção ética”.⁶⁰

Já no que diz respeito ao positivismo ético moderado é o oposto, pois é “historicamente correto dizer que é estreitamente conexo com o positivismo jurídico, mas, neste caso, são injustificadas as críticas que da extremidade jusnaturalista foram a ele dirigidas, pois a versão moderada da ideologia” positivista não é o caminho para a estatolatria e para o totalitarismo político. Pelo contrário, assevera Bobbio, estas acusações podem ser invertidas, visto que “considerar a ordem, a igualdade formal e a certeza como os valores próprios do direito representa uma sustentação ideológica a favor do Estado liberal”, a qual não é do Estado totalitário ou tirânico.⁶¹

Tais valores foram pleiteados pelo movimento iluminista contrariamente ao “Estado autoritário do *Ancien Régime*, e foram realizados pelo Estado liberal-democrático do século XIX. A ideologia jurídica do nazismo era, por outro lado, nitidamente contrária ao princípio juspositivista, segundo o qual o juiz deve” julgar tão-somente baseado na lei, amparando, de maneira antagônica, que o julgador devia deliberar baseado no “interesse político do Estado em particular, em oposição ao princípio *nullum crimen, nullum poena sine lege*, a ideologia nazista sustentava” que precisariam ser tidos como crimes todos os atos conflitantes “ao ‘são sentimento popular’ — *gesundes Volksempfinden* — mesmo se não previstos como crimes pela lei”.⁶²

Sobre isso, mormente na Itália⁶³, “o princípio de legalidade — segundo o qual o direito deve fundar-se na lei, isto é, em normas gerais abstratas e não em comandos individuais, princípio que já o pensamento grego” qualificava como inerente à democracia, determinada precisamente como governo de leis em oposição ao

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 236.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 236.

⁶² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 236.

⁶³ “Foi antes referido que um dos pressupostos políticos do legalismo era a existência de um Estado-Nação que os cidadãos reconhecessem como portador dos valores jurídicos da comunidade. Acontece que certas nações europeias, algumas das quais – como a Alemanha e a Itália – ocupavam lugares centrais no panorama do saber jurídico europeu, não conheceram um Estado nacional até o terceiro quartel do século XIX. Nestes casos de privação da identidade política, a consciência nacional não apenas se manifestou de forma mais intensa, cunhando muito fortemente todas as áreas da cultura, como reagiu contra a ideia de que o Estado e o seu direito (legislado) pudessem ser a única forma de manifestar a identidade política e jurídica de uma nação”. HESPANHA. António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia**. 2 ed. Lisboa. Fórum da História, 1998. p. 182.

governo de homens — é um postulado defendido pelos juspositivistas “não para sustentar o fascismo, mas para opor um obstáculo às suas arbitrariedades. Dizer que a lei deve ser obedecida significava, sob o regime passado, defender a liberdade individual” prejudicada pelas violações do poder político, que não acatava “a lei (já que o dever de obedecer à lei diz respeito não só aos cidadãos, mas também aos órgãos do Estado)”.⁶⁴

O positivismo jurídico como teoria, de acordo com o que apresenta Bobbio, é baseado em seis concepções fundamentais, as quais foram submetidas à crítica, com a elaboração de inúmeras antiteorias e, portanto, foram recusadas: a) a teoria coativa do direito; a teoria legislativa do direito; a teoria imperativa do direito; b) a teoria da coerência do ordenamento jurídico; a teoria da completitude do ordenamento jurídico; a teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito.⁶⁵

Todavia, Bobbio adverte que “as críticas às primeiras três teorias não são consistentes e, de qualquer maneira, tais teorias permanecem intactas na sua essência, mesmo depois que se deu conta das objeções a elas dirigidas”. No que diz respeito às últimas três teorias, as críticas possuem fundamento.⁶⁶

Destarte, o primeiro fundamento válido para a crítica é que “um ordenamento jurídico não é necessariamente coerente, porque podem coexistir no âmbito do mesmo ordenamento duas normas incompatíveis e serem ambas válidas (a compatibilidade não é um critério de validade)”. O segundo fundamento é que “um ordenamento jurídico não é necessariamente completo, porque a completitude deriva da norma geral exclusiva, ou norma de clausura, que na maior parte dos casos — excluído o direito penal — não existe”. O terceiro fundamento se baseia no fato de que “a interpretação do direito feita pelo juiz não consiste jamais na simples aplicação da lei com base num procedimento puramente lógico. Mesmo que disto não se dê conta, para chegar à decisão ele deve sempre introduzir avaliações pessoais”, realizar opções que estão atreladas ao desenho legislativo que ele deve observar.⁶⁷

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 236.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 237.

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 237.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 237.

Assevera que as três primeiras (a teoria coativa do direito; a teoria legislativa do direito; a teoria imperativa do direito) possuem “a mesma importância no sistema da teoria juspositivista”, compõem as colunas de tal teoria, “enquanto as três últimas têm uma importância somente secundária”. As primeiras representam uma teoria juspositivista em sentido estrito, e reunião de todas as seis concepções da teoria juspositivista em sentido amplo.⁶⁸

Assim, no positivismo teórico o sistema de fontes do direito é proveniente do Estado moderno, o qual se desenvolve a partir da centralidade da função legislativa, e o papel do juiz é de subordinação. O positivismo como teoria, portanto, mantém sua “justificativa limitada, especialmente porque o horizonte do Estado moderno ainda não parece ter acabado completamente”.⁶⁹

Por fim, o positivismo jurídico como método, Bobbio considera o único⁷⁰ compatível com uma atitude descritiva ou “científica” do direito. Destarte, o “jurista, se não quiser substituir o legislador, deve abordar as regras tomando-as pelo que são, e não substituir seus valores e desejos pelos que estão depositados no ato legislativo”.⁷¹ Assim, tendo em vista que a ciência versa na descrição “avaliatória da realidade, o método positivista é pura e simplesmente o método científico e, portanto, é necessário adotá-lo se se quer fazer ciência jurídica ou teoria do direito”. Caso isso não ocorra, “não se fará ciência, mas filosofia ou ideologia do direito”.⁷²

Dando seguimento às configurações do dogmatismo jurídico apresentadas por Puceiro, a próxima se trata da racionalidade e construção. De fato, a junção entre a noção de positivismo como ideologia e a ideia de direito como manifestação do processo de racionalização das estruturas sociais forma um dado fundamental para a análise do paradigma dogmático.⁷³

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 237.

⁶⁹ GIANNINI, Massimo Severo. “Positivismo Giuridico.” In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1956. v.6, p. 721.

⁷⁰ “Concluindo: dos três aspectos nos quais se pode distinguir o positivismo jurídico, me disponho a acolher totalmente o método; no que diz respeito à teoria, aceitarei o positivismo em sentido amplo e repelirei o positivismo em sentido estrito; no que concerne à ideologia, embora seja contrário à versão forte do positivismo ético, sou favorável, em tempos normais, à versão fraca, ou positivismo moderado”. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 237.

⁷¹ GIANNINI, Massimo Severo. “Positivismo Giuridico.” In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè Editore, 1956. v.6, p. 721.

⁷² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 237.

⁷³ PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciencia del derecho**. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho. Madrid, 1981. p. 68. Disponível em:

É Max Weber quem destaca a primazia da ideia de racionalidade instrumental como ponto de largada da ciência jurídica moderna.⁷⁴ Weber apresenta um segundo tipo de ensino jurídico, desvinculado do empirismo e voltado a uma formação jurídica racional. Os conceitos dele decorrentes “[...] têm caráter de normas abstratas que, pelo menos em princípio, são construídas de modo rigorosamente formal e racional, mediante a interpretação lógica do pensamento jurídico”. Um exemplo de ensino de direito racional é o oferecido pelas escolas de sacerdotes, pois partem de um direito sagrado, oriundo de um livro sacro ou de uma tradição oral, vinculado, pois, à sabedoria sacerdotal; “[...] é formalista no sentido especial de que tem que manter praticamente aplicáveis, mediante interpretações modificadas, as normas tradicionais, para ela intocáveis, diante das necessidades variáveis dos interessados no direito.”⁷⁵

Nesse sentido, para Weber⁷⁶, um direito pode ser considerado racional em inúmeros sentidos, comumente “dependendo das várias formas de racionalização seguidas pelo pensamento jurídico. Em primeiro lugar, ‘racional’ pode ser entendido como referindo-se à ‘generalização’, expressão que se refere ao método” de diminuir os fundamentos que geram a resolução do caso concreto a um ou mais princípios jurídicos.⁷⁷

Com tal fundamento, é possível compreender um segundo momento “racionalizante, típico daquele processo pelo qual ocorre uma fase de construção sintética ou jurídica nessa fase analítica, em que se determinam os elementos juridicamente relevantes de uma ação comunitária ou consensual” que se encaminha de forma habitual e, também, a partir da lógica que autoriza conjecturar esses “elementos de forma coordenada e na forma de ‘relações’ ou ‘instituições’”. Com base no material produzido por esta função construtiva da ciência jurídica”, é possível

<https://eprints.ucm.es/id/eprint/54002/1/5322940823.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁷⁴ PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciencia del derecho**. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho. Madrid, 1981. p. 68. Disponível em: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54002/1/5322940823.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁷⁵ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva; tradução de Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbos. Brasília: Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. p. 89.

⁷⁶ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva; tradução de Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbos. Brasília: Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. p. 89.

⁷⁷ PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciencia del derecho**. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho. Madrid, 1981. p. 68. Disponível em: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54002/1/5322940823.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

observar as possibilidades estruturais da construção, pela ciência, da sistematização do direito, o qual possa ter um corpo geral, coerente e carente de lacunas.⁷⁸

Esse sistema proporciona uma regra geral de reconhecimento da legalidade, atribuindo, pois, racionalidade⁷⁹ e coerência ao direito, às decisões e às conclusões científico-jurídicas. A função racionalizadora da dogmática, de formalização lógica operada pela ciência, é significativa para uma teoria da decisão. A racionalidade da decisão poderá ser formal e material.

De fato, o nexó entre racionalidade e formalidade é profundo, assim, a racionalidade formal de uma decisão está relacionada à aplicação ao caso concreto de regras rigorosamente abstratas. Já no que diz respeito à “racionalidade material, a decisão responde a normas cujo conteúdo consiste em imperativos efetivos, regras utilitárias ou de conveniência, ou postulados políticos”. No entanto, diante das

⁷⁸ PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciência del derecho**. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho. Madrid, 1981. p. 68. Disponível em: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54002/1/5322940823.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁷⁹ “O direito racional do Estado ocidental moderno, segundo o qual decide o funcionalismo especializado, origina-se em seus aspectos formais, mas não no conteúdo, no direito romano. Este foi, inicialmente, um produto da cidade-estado romana, que nunca viu chegar ao poder a democracia, no sentido da cidade grega, e, junto com ela, sua justiça. Um tribunal grego de heliastas exercia uma justiça decádi; as partes impressionavam os juízes com efusões emocionais, lágrimas e insultos do adversário. Este procedimento era adotado em Roma, como mostram os discursos de Cícero, também no processo político, mas não no processo civil, no qual o pretor instituía um iudex, dando-lhe instruções estritas referentes aos pressupostos da condenação do réu ou ao indeferimento da queixa. A burocracia bizantina, sob Justiniano, pôs então ordem neste direito racional, em virtude do natural interesse dos funcionários em dispor de um direito sistematizado, definitivamente fixado e, por isso, fácil de ensinar. Com a decadência do Império Romano no Ocidente, o direito chegou às mãos dos notários italianos. Estes, e em segundo lugar as universidades, são responsáveis pela ressuscitação do direito romano. Os notários conservaram as antigas fórmulas contratuais do direito romano, adaptando-as às necessidades atuais; paralelamente, foi-se constituindo nas universidades um ensino jurídico sistemático. Mas o decisivo do desenvolvimento foi a racionalização do processo. Como todos os processos primitivos, também o antigo processo germânico era um procedimento estritamente formal. A parte que falava uma única palavra errada na fórmula perdia o processo, porque ela tinha um significado mágico. O formalismo mágico do processo germânico combinava com o formalismo do direito romano e foi submetido a uma nova interpretação no sentido deste último. Nesta mudança, participou inicialmente a realeza francesa mediante a criação da instituição dos intercessores (advogados), cuja tarefa consistia, sobretudo, em falar corretamente as fórmulas judiciais; e, depois, especialmente o direito canônico. A grandiosa organização administrativa da Igreja precisava para seus fins disciplinários, diante dos leigos e para sua própria disciplina interna, de formas fixas. Assim como a burguesia, a Igreja não conseguiu familiarizar-se como juízo de Deus do direito germânico. Do mesmo modo que a primeira não podia admitir que a disputa de direitos mercantis fosse decidida por um duelo, e por isso solicitava por toda parte a garantia da liberdade, em face da obrigação ao duelo e, em geral, ao juízo de Deus, também a Igreja, depois de vacilar inicialmente, chegou à conclusão de que semelhantes meios processuais eram pagãos senão deviam ser tolerados, dando ao processo canônico, na medida do possível, uma forma racional. Esta dupla racionalização do processo, por parte secular e eclesiástica, estendeu-se sobre todo o mundo ocidental.” WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva; tradução de Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbos. Brasília: Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. p. 518-519.

possibilidades, a única que pode ambicionar à justificação racional em um sentido técnico e científico é a racionalidade formal. “Esta é, em essência, a ideia de racionalidade que opera no paradigma dogmático e com ela condiciona, como se verá, toda a sua teoria da decisão e da interpretação jurídica”.⁸⁰

Puceiro cita como encontrou em Weber a ideia dogmática do primado da racionalidade formal: “a) Toda decisão jurídica concreta representa uma ‘aplicação’ de um preceito abstrato a um ‘fato’ concreto”; b) Cada caso concreto é passível de se “apoiar nos preceitos gerais vigentes, graças ao uso da lógica”; c) O direito objetivo vigente é um sistema “sem lacuna” de normas legais - ou integra o sistema em estado latente ou, ao menos, “deve ser tratado como tal para efeitos de aplicação dele mesmo em casos singulares”; d) Todo direito que não seja passível de construção racional não possui relevância jurídica; e) Os comportamentos sociais só podem ser concebidos em termos de “aplicação”, “execução” ou “infração” de normas legais.⁸¹

A questão da racionalidade no pensamento jurídico possui importância para a caracterização do paradigma dogmático. Assim, é possível estabelecer os níveis de análise: “a) Uma racionalidade ontológica do direito, que aluda à própria racionalidade da realidade, concebida como estruturada por um ‘logos ontológico’, que segregava em si uma estrutura jurídica objetiva”; trata-se da ordem imanente da realidade; “b) A racionalidade interna do sistema jurídico, referindo-se à coerência, completude e não contradição; c) A racionalidade externa do sistema jurídico, que pode ser entendida em dois principais sentidos”: a adaptação de um determinado sistema a um direito “objetivo” ou “ontológico”, ou a adaptação de um dado sistema com relação ao que se acredita ser seu propósito⁸², seja ele social, histórico ou metafísico.⁸³

⁸⁰ PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciencia del derecho**. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho. Madrid, 1981. p. 68. Disponível em: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54002/1/5322940823.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁸¹ PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciencia del derecho**. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho. Madrid, 1981. p. 73. Disponível em: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54002/1/5322940823.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁸² “Une seconde voie d'analyse, celle que nous privilégions dans la suite, fournit un questionnement de nature plus philosophique qui se nourrit des problématiques épistémologique et psychanalytique. Il s'agit d'interroger le dérapage dogmatique qui affecte la rationalité juridique, phénomène d'absolutisation, d'hypostase, d'idéalisation que nous qualifions de "dérive mythologique" pour suggérer l'idée qu'une telle clôture du discours qu'une telle logique, donc- traduit un certain jeu du désir. Désir individuel du sujet, désir collectif des masses auquel nous tenterons de rapporter l'émergence des figures éminentes- telle celle du législateur rationnel qui jalonnent l'histoire de la pensée juridique”: OST, François; LENOBLE, Jacques. **Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique**. Thèse. Docteur en Droit. Université Catholique de Louvain, 1980. p. 243.

⁸³ PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciencia del derecho**. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho. Madrid, 1981. p. 73. Disponível em:

Há, ainda, a busca de uma construção jurídica que esclareça a proposta metodológica da dogmática, eis que há reconhecimento de dogmática na exegese das normas jurídicas, outras que se tratam de interpretação que visa dar unidade ao sistema. Um ponto é incontroverso, a dogmática possui uma perspectiva a partir da linguagem jurídica e, como tal, deve ser analisada. Assim, Puceiro apresenta três níveis principais: a) como linguagem natural, que possui a finalidade de expressar os acontecimentos da realidade fenomênica, a qual o direito visa regular; b) a linguagem normativa, em que se apresentam as normas jurídicas, visa compor as proposições da realidade jurídica; c) a linguagem científico-jurídica, obtida a partir das generalizações oriundas das normas.⁸⁴

Todavia, é importante ponderar que apesar do positivismo lógico tentar identificar a ciência com a linguagem, partindo de uma posição reducionista, que raciocina “a linguagem como uma estrutura textual autossuficiente, encontrando a significação no interior do próprio sistema criado e esquecendo as outras cenas significativas, como a produção social dos sentidos”, ou seja, há uma imposição – arrogante nas palavras de Warat – , a qual busca optar pela razão, em vez da história e isso ocasiona uma relação de alienação, eis que, “na verdade, as linguagens não se esgotam nas informações transmitidas, pois elas engendram uma série de ressonâncias significativas e normalizadoras das práticas sociais.”⁸⁵

Nessa linha, Puceiro adverte que as fontes do direito são um instrumento de técnica jurídica, cuja relevância para análise e construção está sujeita aos propósitos de sistematização científica. O centro de gravidade da nova atitude científica não está mais no particular e irreiterável dos casos submetidos à sua avaliação, mas na necessidade de universalidade e generalidade imposta à ciência do direito, tendo em vista sua concepção como uma totalidade sistemática.⁸⁶

A dogmática jurídica como um problema hermenêutico, segundo a classificação apresentada, parte do ponto de que a questão hermenêutica oferece abordagens para a análise da resposta dogmática aos problemas da razão prática. De fato, um ponto

<https://eprints.ucm.es/id/eprint/54002/1/5322940823.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁸⁴ PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciencia del derecho**. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho. Madrid, 1981. p. 75-76. Disponível em: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54002/1/5322940823.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁸⁵ WARAT, Luis Alberto. **Direito e sua linguagem**. 2. ed. aum. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995. 2 v, p. 15.

⁸⁶ PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciencia del derecho**. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho. Madrid, 1981. p. 70. Disponível em: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54002/1/5322940823.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

de consenso sobre a hermenêutica é o que reconhece que a interpretação assume o sentido e o lugar sistemático que lhe corresponde dentro do paradigma dogmático, uma vez consumada a interpretação. O entendimento sobre a unidade interna entre *intelligere* e *explicare*.⁸⁷ Destarte, é “forçoso reconhecer, antes, que toda compreensão está intimamente penetrada pelo conceitual e rechaçar qualquer teoria que se negue a aceitar a unidade interna de palavra e coisa.”⁸⁸

Com efeito, o corolário vital dessa nova postura metodológica é a supressão do “momento de aplicação do horizonte das preocupações científicas. Com isso, a hermenêutica jurídica, tradicionalmente indissociável da ideia de saber jurídico como saber sobre os problemas práticos, desaparece com a teoria da compreensão”.⁸⁹ Destarte, o paradigma que surge com o giro linguístico assimila a linguagem como o “médium universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação”.⁹⁰

É preciso ponderar que o direito, posteriormente ao historicismo, não tem tido êxito em obter solução eficiente ao problema de tensão entre a teoria e a prática e esta questão incide de forma substancial na configuração do paradigma dogmático. Também, a defesa de uma ciência do direito livre de valores interfere na dogmática como um ideal metodológico – conforme já apresentado anteriormente –.⁹¹

Todavia, uma ciência do direito livre de valores⁹² deve ser compreendida, tão somente, nos termos de sua objetividade e para fins de alcançar um ideal das ciências,

⁸⁷ PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciencia del derecho**. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho. Madrid, 1981, p. 81. Disponível em: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54002/1/5322940823.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁸⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 587.

⁸⁹ PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciencia del derecho**. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho. Madrid, 1981, p. 81-82. Disponível em: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54002/1/5322940823.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 565.

⁹¹ PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciencia del derecho**. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho. Madrid, 1981. Disponível em: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54002/1/5322940823.pdf>. Acesso em 10 de abril de 2021.

⁹² Essa pureza metodológica que a ciência jurídica almejou é decorrente do positivismo científico, caso contrário, o direito seria fruto de concepções sentimentais e irracionais, segundo Comte: “[...] homogeneizando-se todas as nossas concepções fundamentais, a filosofia constituir-se-á definitivamente no estado positivo. Sem nunca mais poder mudar de caráter, só lhe resta desenvolver-se indefinidamente, graças a aquisições sempre crescentes, resultantes inevitáveis de novas observações ou de meditações mais profundas. Tendo adquirido com isso o caráter de universalidade que lhe falta ainda, a filosofia positiva se tornará capaz de substituir inteiramente, com toda a superioridade natural, a filosofia teológica e a filosofia metafísica, as únicas a possuir realmente hoje essa universalidade. Estas, privadas do motivo de sua preferência, não terão para os nossos sucessores além de uma existência histórica. [...] Não é aos leitores desta obra que

o que não pode ser estendido ao caso prático; o fenômeno subjetivo, deve então, ter aspectos valorativos. Assim, o paradigma dogmático da interpretação é constituído⁹³ dos seguintes elementos: a) consenso sobre os conteúdos de sentido, obtido entre os participantes da sociedade; b) a coerção, ou seja, a força a que se está sujeito em caso de violação ou inobservância do direito.⁹⁴

Tal constituição tem implicação quanto ao problema da verdade (qual é o sentido verdadeiro?), bem como ao problema do poder, o que acaba dissolvendo a tradição da filosofia prática.⁹⁵ Com efeito, a concepção sobre a verdade, ou seja, de uma validade objetiva e autônoma dos sentidos que se apresentam na decisão, é um problema com o qual a ciência não se preocupa, eis que a busca desta é a validade formal da decisão, com a descrição de possibilidades normativas diante de comportamentos avaliados pelos tribunais.⁹⁶

A possibilidade de conceber um papel legítimo para a razão⁹⁷ no campo das questões práticas está historicamente conexas ao reconhecimento da legitimidade e da

acreditaria dever provar que as ideias governam e subvertem o mundo, em outros termos, que todo o mecanismo social repousa finalmente sobre opiniões. Sabem eles sobretudo que a grande crise política e moral das sociedades atuais provém, em última análise, da anarquia intelectual. Nosso mais grave mal consiste nesta profunda divergência entre todos os espíritos quanto a todas as máximas fundamentais, cuja fixidez é a primeira condição duma verdadeira ordem social. Enquanto as inteligências individuais não aderirem, graças a um assentimento unânime, a certo número de ideias gerais capazes de formar uma doutrina social comum, não se pode dissimular que o estado das nações permanecerá, de modo necessário, essencialmente revolucionário, a despeito de todos os paliativos políticos possíveis de serem adotados — comportando realmente apenas instituições provisórias. É igualmente certo que, se for possível obter essa reunião dos espíritos numa mesma comunhão de princípios, as instituições convenientes daí decorrerão necessariamente, sem dar lugar a qualquer abalo grave, posto que a maior desordem já foi dissipada por este único feito. É, pois, para aí que deve dirigir-se principalmente a atenção de todos aqueles que percebem a importância dum estado de coisas verdadeiramente normal". COMTE, Auguste. Curso de Filosofia Positiva. *In: Os Pensadores*. Tradução de José Arthur Giannotti. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 5-17.

⁹³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁹⁴ PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciência del derecho**. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho. Madrid, 1981. Disponível em: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54002/1/5322940823.pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2021.

⁹⁵ "A filosofia, enquanto teoria de uma ciência, pode servir, assim como qualquer outra doutrina, como instrumento para qualquer fim desejado, mas com respeito a isso ela possui apenas um valor condicionado – alguém que almeja este ou aquele produto deve ir trabalhar nisso ou naquilo e quando alguém procede nisso de acordo com princípios, então ela também pode ser chamada filosofia prática e possui o seu valor igual a qualquer outra mercadoria ou trabalho que pode ser negociado. Mas filosofia no sentido literal do termo, enquanto doutrina da sabedoria, tem um valor incondicionado; porque ela é a teoria do fim terminal da razão humana, que pode ser apenas um, do qual todos os outros fins se derivam ou ao qual devem estar subordinados, e o perfeito filósofo prático (enquanto um ideal) é aquele que satisfaz em si mesmo essa exigência" O conceito de filosofia em kant: Uma tradução e um comentário* Adriano PerinJoel Thiago Klein.

⁹⁶ PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciência del derecho**. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho. Madrid, 1981, p. 68. Disponível em: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54002/1/5322940823.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁹⁷ "A questão acerca da verdade e da razão prática ocupa um lugar central na filosofia prática de

possibilidade, decorrente de uma abertura da ciência para uma metafísica do social. Assim, em busca de uma fonte do significado normativo de todos os fatos que constituem a ordem legal, são categorias a norma fundamental kelseniana⁹⁸ ou, em outro plano, a norma de fundamental empírica postulada por Hart (regra de reconhecimento)⁹⁹.

Aristóteles. O fato de o uso prático da razão alcançar uma verdade que lhe é própria é o que fundamenta a distinção entre uso prático e teórico da razão, pois, ainda que Aristóteles geralmente faça menção a essa diferença sem tratar da verdade que é própria a cada uso da razão, por se tratar do *ἔργον* da razão, a verdade é aquilo que caracteriza sua atividade, de modo que o reconhecimento de uma verdade que é própria ao uso prático da razão é o que permite reconhecer um uso prático da razão que não possa se reduzir em nenhum sentido ao uso teórico da razão.” *In*: SOUSA, Vítor Gonçalves de. **Verdade e razão prática**: um estudo sobre o papel da razão prática como causa de ação em Aristóteles. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Departamento de Filosofia. Área de concentração: Filosofia, São Paulo, 2018. p. 15.

⁹⁸ Alexy explica que “uma norma fundamental é uma norma que fundamenta a validade de todas as normas do sistema jurídico, salvo a sua própria”, *In*: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. 1. ed. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 114.

Nas palavras de Kelsen: “Com a sua teoria da norma fundamental, a Teoria Pura do Direito de forma alguma inaugura um novo método do conhecimento jurídico. Ela apenas consciencializa aquilo que todos os juristas fazem - quase sempre inconscientemente - quando não concebem os eventos acima referidos como fatos causalmente determinados, mas pensam (interpretam) o seu sentido subjetivo como normas objetivamente válidas, como ordem jurídica normativa, sem reconduzirem a validade desta ordem normativa a uma norma superior de ordem metajurídica - quer dizer: a uma norma posta por uma autoridade supra-ordenada à autoridade jurídica -; quando concebem o Direito exclusivamente como Direito positivo. A teoria da norma fundamental é somente o resultado de uma análise do processo que o conhecimento jurídico positivista desde sempre tem utilizado”: KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 143.

⁹⁹ Hart aduz que “a norma de reconhecimento só existe como uma prática complexa, embora normalmente convergente, que envolve a identificação do direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios. Sua existência é uma questão de fato”. HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução por Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d. p. 110.

“A validade do sistema jurídico está diretamente relacionada à existência e à configuração da regra de reconhecimento. Ao mesmo tempo em que fornece critérios de identificação das regras do sistema jurídico, a regra de reconhecimento reafirma a perspectiva institucional deste, uma vez que sua natureza depende do ponto de vista (interno ou externo) do participante. Por isso, o passo seguinte para a compreensão do Direito em Hart é, justamente, o de *reconhecer* quais condutas são juridicamente exigidas. O enfrentamento do tema da validade jurídica remete a duas ordens distintas de problemas: primeiro, a determinação da origem do fenômeno coercitivo do Direito, à qual Hart responde com uma teoria do reconhecimento; e o segundo, a determinação da própria regra de reconhecimento como instrumento conferidor de validade às regras jurídicas. Dentro da leitura hermenêutica que realiza do Direito, Hart assenta sua fundamentação em uma teoria do reconhecimento, baseada na concordância interior dos sujeitos participantes (elemento psicológico de definição) e aliada à existência de uma regra de reconhecimento, fornecedora de critérios empíricos e/ou contextuais. Ao sustentar a obrigação jurídica na concordância do participante (o chamado ponto de vista interno, a adoção da norma jurídica como padrão de comportamento), Hart identifica um livre querer do sujeito jurídico. Nesta ótica, apenas uma parte dos participantes (aqueles que adotam um ponto de vista externo frente ao sistema) seria constrangida à aceitação da regra por temor à sanção que adviria do seu descumprimento. Se uma teoria de Direito permite – na perspectiva hartiana de Direito – dar conta do caráter obrigatório deste, é a existência da chamada regra de reconhecimento que possibilita a identificação do Direito válido. Em outras palavras, a validade das regras jurídicas se vincula ao fato delas se adequarem (conformarem-se)

As construções apresentadas acima têm o condão de definir critérios soberanos de legitimidade, estabelecidos para além da decisão e adequados de ser a base de todos os julgamentos judiciais imagináveis, de fato, a “interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão” dentre as probabilidades por si mesma reveladas¹⁰⁰.

Com efeito, em sua resolução universal para o problema das condições formais de validade de uma norma jurídica, “a dogmática entende que também se comprometeu com o problema dos conteúdos materiais dessa solução. O fato de o intérprete incorporar critérios extrajudiciais para a integração da norma” em seu julgamento estaria incluído na própria noção de sistema normativo.¹⁰¹

É preciso ponderar que o conhecimento dogmático atual possui característica tecnológica, ou seja, destinado a ter resultados (utilitarismo na concepção capitalista), destarte, as demandas sociais necessitam ser resolvidas pelo direito, com o menor número de desordem social.¹⁰²

De acordo com Tércio Sampaio, o saber dogmático, tal como é apresentado nos tratados (de Direito Civil, Penal, “Comercial etc.) ou nos comentários (Comentários à Constituição, Código Civil Comentado etc.) ou nos ensaios (teoria da ação no processo brasileiro, teoria da responsabilidade no Direito Administrativo etc.)” tem, primeiramente, um emprego educativo, eis que é o responsável por formar e conformar a maneira pela qual os juristas enfrentam as desordens sociais.

aos critérios estabelecidos na regra de reconhecimento. Por outro lado, a noção de validade jurídica é sucedânea da adoção de um ponto de vista interno, e não se confunde com a noção de eficácia, a qual pode se reportar a assunção de um ponto de vista eminentemente externo. Num sistema jurídico complexo, são várias as fontes do Direito, desde o Direito consuetudinário até decisões judiciais. O que confere o estatuto de Direito ao produto destas diversas fontes é justamente a regra de reconhecimento. Para Hart, quotidianamente, o sistema jurídico convive com a dita regra, ainda que somente em raras circunstâncias o Direito atribua de forma expressa a uma regra a condição de ser ela a indicativa de critérios de validade”. KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito.** Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>. Acesso em: 10 mar. 2021.

¹⁰⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 250-251.

¹⁰¹ PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciencia del derecho.** Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho. Madrid, 1981. p. 88. Disponível em: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54002/1/5322940823.pdf>. Acesso em 10 abr. 2021.

¹⁰² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo, Atlas, 2012. p. 86.

“Tem também uma função de desencargo para o jurista, pois permite que este, seja juiz, advogado, promotor, legislador, não seja obrigado a tomar consciência de todo o repertório argumentativo” a ser aplicado a cada caso, já que antecipa, de modo geral, um conjunto de resoluções plausíveis para a interpretação e bom emprego do direito. “Tem ainda a função de institucionalizar a tradição jurídica, gerando segurança e uma base comum para os técnicos do direito (que são seus aplicadores)”.¹⁰³

Convém ressaltar que para além de saber “se a Dogmática Jurídica é ou não uma ciência e de que tipo se trata, ou seja, para além do controle epistemológico, o fundamental é indagar que funções a Dogmática Jurídica tem cumprido” no curso da modernidade, especificamente se a Dogmática Jurídica, na função de ciência prática, tem desempenhado a assumida função de segurança jurídica, já que é sob esse condão que se ambiciona “legitimar o seu (problemático) ideal de ciência e modelo securitário”.¹⁰⁴

É de se lembrar que há “um excesso de questionamento da cientificidade da Dogmática Jurídica, o que corresponde “um expressivo déficit de demonstração da sua funcionalidade, preocupação apenas entreaberta no Brasil, por exemplo, com as teorias críticas do Direito”.¹⁰⁵

Também, a expressão “senso comum teórico” é oriunda da construção de Luís Alberto Warat, “que desvelou as máscaras do ‘óbvio’, mostrando/denunciando, no âmbito da Teoria do Direito, que as ‘obviedades, certezas e verdades’” comunicadas pela dogmática jurídica não sucedem de estruturas retórico-ideológicas. Todavia, “não que todo o discurso dogmático- jurídico seja ideológico; mas parcela considerável o é, na medida em que se constitui em um espaço simbólico de ‘retaliações discursivas’, ‘justificações *ad hoc* e ‘neosofismizações’, dado que o jurista”, ou seja, aquele que está na práxis, quando lhe agrada, “ignora qualquer possibilidade de as palavras terem DNA. Um dos objetos de sua crítica era a produção de ementários, com pretensões de universalização”.¹⁰⁶

¹⁰³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2003. p. 86.

¹⁰⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A dogmática jurídica é uma ciência? Em torno a acúmulos e défices de um debate secular. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano. **Direito da sociedade policontextural**. Curitiba: Appris, 2013. p. 389-390.

¹⁰⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A dogmática jurídica é uma ciência? Em torno a acúmulos e défices de um debate secular. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano. **Direito da sociedade policontextural**. Curitiba: Appris, 2013. p. 389-390.

¹⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. Senso comum teórico dos juristas. Estado da arte. **Estadão**, 15 fev. 2021. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/senso-comum-teorico-lls/>. Acesso em: 10 jan. 2021.

Com efeito, essa construção dogmática, que delinea os parâmetros decisórios dos juízes, posto que possui os conteúdos de legitimidade do direito, está em crise no direito brasileiro, especialmente diante do fato de que ao dizer o direito no caso concreto ou ao realizar a interpretação constitucional (Supremo Tribunal Federal), os julgadores atribuem à voz das ruas como se passíveis de conteúdo jurídico, ainda que conflitante com a dogmática jurídica e aquilo que dispõe o texto constitucional.¹⁰⁷

O direito brasileiro encontra-se diante do senso comum teórico dos juristas, como instrui Warat, a partir da observação de como a “forma da concepção de racionalidade científica é apropriada na práxis do Direito, verificando como nenhum dos fatores, aparentemente rejeitados, deixa de manifestar-se”. E, de tal maneira, o conhecimento científico do direito encerra em um “acúmulo de opiniões valorativas e teóricas, que se manifestam de modo latente no discurso, aparentemente controlado pela *episteme*.”¹⁰⁸

É certo que “no século XIX, falava-se que as Constituições eram folhas de papel. Havia uma *realidade social*, que podia substituir a realidade das leis. Eram outros tempos”¹⁰⁹. Essa discricionariedade do julgador acaba refletindo o realismo jurídico, destarte, “essa fenomenologia parece tratar do que ocorreu e continua ocorrendo no Brasil: coloca-se uma contraposição da realidade social à normatividade constitucional. E a opção parece que tem sido pela primeira”.¹¹⁰

De fato, “em termos gerais, o realismo jurídico é uma postura de viés não cognitivista (entendido no sentido da metaética). Para os realistas, o direito estaria muito próximo de uma técnica operacional e decorreria daquilo que o intérprete diz”, o direito, portanto, está na decisão. É o realismo uma forma de “positivismo fático que, ao buscar superar o formalismo-exegético, acabou por abrir caminho para

¹⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. Se Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual é o valor da Constituição? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 abr. 2018. https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/observatorio-constitucional-stf-obedecer-voz-ruas-qual-valor-constituicao#_ftn1. Acesso em: 27 maio 2021.

¹⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. Senso comum teórico dos juristas. Estado da arte. **Estadão**, 15 fev. 2021. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/senso-comum-teorico-lls/>. Acesso em: 10 jan. 2021.

¹⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. Se Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual é o valor da Constituição? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 abr. 2018. https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/observatorio-constitucional-stf-obedecer-voz-ruas-qual-valor-constituicao#_ftn1. Acesso em: 27 maio 2021.

¹¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Se Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual é o valor da Constituição? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 abr. 2018. https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/observatorio-constitucional-stf-obedecer-voz-ruas-qual-valor-constituicao#_ftn1. Acesso em: 27 maio 2021.

discricionariedade e decisionismos”¹¹¹, prática comum nas decisões brasileiras, o que revela a crise jurídica que o Estado brasileiro enfrenta.

Assim, “a tese dualista¹¹² herdada de Laband e Jellinek justifica, passados mais de um século, uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes”¹¹³ e no momento em que se depara com o embate entre Constitucionalismo Contemporâneo e positivismo (em suas diversas apresentações), bem como o que “isso representa para uma sociedade díspar e carente de realização de direitos como a brasileira, é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea”.¹¹⁴

Nessa linha de raciocínio, as três questões a serem debatidas em era de pós-positivismo são: a) como se interpreta, b) de que maneira se aplica, e c) “se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta (constitucionalmente adequada), diante da (in)determinabilidade do Direito” e da crise de respeito e legitimidade da Constituição, tem que se reveste de importância “em países de modernidade tardia como o Brasil, em face da profunda crise de paradigmas que atravessa o Direito, a partir de uma dogmática jurídica refém do

¹¹¹ STRECK, Lenio Luiz, **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 246.

¹¹² Sobre o dualismo metodológico, interessantes as lições de Flávio Bauer Novelli: “Na Alemanha, desde a segunda metade do século XIX, o dogmatismo saído das matrizes do historicismo e do método sistemático, do positivismo e da lógica kantiana, ultrapassara os limites da pandetística e do direito privado e penetrava os outros campos do conhecimento jurídico. A introdução da concepção dogmática nos domínios da teoria do Estado, por obra de Carl Friedrich von Gerber, significa, antes de tudo, a construção de um sistema de conceitos que se pretendiam isentos de toda contaminação política e a postulação de um objeto rigorosamente jurídico, mediante a consideração puramente formal do ordenamento e a afirmação da personalidade jurídica do Estado. A corrente iniciada em Gerber prossegue, ainda na Alemanha, com o conceitualismo rigidamente positivista e formalista de Laband e recebe, na Itália, valioso refôrço, através do pensamento renovador de Orlando, Santi Romano e outros; mas, em sua, própria terra de origem, tende, logo após, com a obra fundamental de G. Jellinek, a uma dualidade metódica que se propunha alcançar, através de uma síntese superior, o conhecimento científico da realidade total - jurídica e sociológica do Estado. A contradição inerente ao dualismo metodológico de Jellinek é revelada, porém, por seu próprio discípulo Kelsen. Nada obstante o importante (e confessado) influxo que sobre ele exerceu o ensino do mestre, mas levando às últimas conseqüências o princípio da “pureza” metódica e estabelecendo como premissa especulativa a absoluta identificação entre Estado e ordenamento jurídico, Kelsen, desde a primeira de suas obras mais significativas, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911), repele a possibilidade de um conceito sociológico diverso do conceito jurídico do Estado e assim de novo reduz à unidade o binômio: ciência do Estado, jurisprudência (ciência jurídica)”. NOVELLI, Flávio Bauer. Atualidade da teoria Kelseniana do Estado. **Revista de Direito Público e Ciência Política**. Rio de Janeiro, n. 2, jul./dez. 1958. v. 1, p. 206-223.

¹¹³ STRECK, Lenio Luiz. Se Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual é o valor da Constituição? Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/observatorio-constitucional-stf-obedecer-voz-ruas-qual-valor-constituicao#_ftn1. Acesso em: 28 abr. 2018.

¹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017. p. 96.

positivismo jurídico”, culminando em uma miscelânea de diversos “modelos jusfilosóficos, como as teorias voluntaristas, intencionalistas, axiológicas e semânticas, para citar apenas algumas, as quais guardam um traço comum: o arraigamento ao esquema sujeito-objeto¹¹⁵”.

É a partir da constatação da crise da dogmática jurídica, qual seja: da atitude do juiz solipsista e do dualismo metodológico que tomam conta do direito brasileiro, que a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD)¹¹⁶ é útil para delimitar os limites de atuação jurisdicional.

¹¹⁵ Sobre o esquema sujeito-objeto, interessantes as lições de Mayos: “A dúvida cartesiana põe em evidência tanto a consciência do abismo que se tem aberto entre sujeito e objeto, como o caminho a seguir. E esta tem privilegiado o sujeito com iniciativa e é o único ponto em que se pode dividir uma nova ligação. A experiência do erro, o fracasso cognoscitivo das diversas escolas e saberes, a crise do conceito de ‘autoridade’ e a falibilidade dos sentidos incitam Descartes a evidenciar a desconexão moderna entre sujeito e objeto do conhecimento. A dúvida hiperbólica e radical não é outra coisa que põe de manifesto essa cisão e provoca primeiro a *assensio* e, logo, a persuasão entre as consciências desse descobrimento. [...] Certamente, o sujeito pensante cartesiano somente pode emergir e fundamentar-se a partir de uma abordagem solipsista, a qual implica nessa cisão do mundo real. Implica a perda, em princípio total, de algo como a realidade em si, o objeto dos realistas. Definitivamente, o sujeito metafísico é uma evidência que se apresenta como inquestionável, quando se pressupõe uma relação de *subiectum* ou substrato *donde se genera* ativamente e encontra ‘assunto’ no ‘meu’ mundo - no caso do solipsismo e de Descartes, reduzido a algumas reflexões”. *In*: MAYOS, Gonçal. El problema sujeto-objeto en Descartes, prisma de la modernidad. Pensamiento. **Revista de investigación e información filosófica**, Madrid, n. 195. v. 49, p. 371-390, jul.-sep. 1993.

Acerca da superação do esquema sujeito-objeto e a título de contraposição, importante a explicação de Stein: “A ideia do sentido (Heidegger fará da interrogação pelo sentido do ser o tema central de suas análises) como esfera da compreensão é tipicamente neokantiana. A distinção entre ser e ente (Heidegger fará da diferença ontológica o horizonte da problematização do sentido do ser) nasceu no contexto das discussões gnosiológicas do neokantismo. O ser-aí como ponto de partida para a interrogação pelo sentido do ser tem sua relação explícita com o problema do sujeito na filosofia transcendental. A procura de uma superação da relação sujeito-objeto é a preocupação repetida nos melos neokantianos. O problema da condição de possibilidade é tema central do pensamento transcendental. [...] A idéia de ser que Heidegger amadureceu permite-lhe a constituição de uma ontologia, (este nome também não é imprescindível), que se alimenta de uma área não tematizada da tradição. Área, aliás, intematizável sem a experiência transcendental concentrada no pensamento husserliano. Pouco afeitos à linguagem que emerge da radicalização e, somente assim, superação da subjetividade, assalta-nos a tentação de condenar Heidegger ao subjetivismo ou ao objetivismo, Extremar o juízo em tal medida oculta a distância que de ambos mantém o filósofo. Tudo o que os pensadores da filosofia ocidental perseguiram como objeto de sua meditação dava-se e se dá numa abertura que, ela só, representa o espaço em que jogam a luz e a sombra. É a clareira (*Lichtung*), na palavra de Heidegger. Este termo não procede de uma afirmação ingênua; ele traz em si todas as etapas da fenomenologia. A clareira não é uma simples afirmação de um espaço transcendente (fora e independente do homem), nem simplesmente o horizonte transcendental (no interior e dependente do homem). Enquanto surge da recíproca apropriação entre ser e homem ela é a reconciliação da ontologia do transcendente com o pensamento transcendental. A clareira, (enquanto palavra que resume a herança heideggeriana), é superação de todo objetivismo e subjetivismo”. *In*: STEIN, Ernildo Jacob. Possibilidade de uma nova ontologia. **Organon**, UFRGS, p. 27-40, 1968. v. 1, p. 36; 40.

¹¹⁶ Teoria formulada por Lenio Luiz Streck, o qual por meio do método “fenomenológico-hermenêutico” desenvolveu uma teoria da decisão em consenso com a Constituição.

De fato, a construção da CHD se dá, inicialmente, com a obra *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, no ano de 1999, na qual se debate a crise que abate o direito e a dogmática jurídica, especialmente em países de modernidade tardia – Lenio Streck afirma que no Brasil a modernidade é tardia e arcaica e que houve um simulacro de modernidade¹¹⁷ – e objetiva demonstrar novas perspectivas para o direito. O autor revela que são duas as facetas que atingem o direito.

De fato, a primeira faceta da crise possui natureza epistemológica. Inobstante o giro linguístico ocasionado pela virada ontológica (filosofia hermenêutica e hermenêutica filosófica), o pensamento jurídico se mantém resistente, os juristas continuam seguindo a vertente sujeito-objeto, decorrente da metafísica clássica e da filosofia da consciência. No entanto, é preciso compreender o direito por meio da linguagem e conceber que a interpretação dos textos jurídicos traz consigo todas as consequências da facticidade e da historicidade daquele que a realiza.

A segunda faceta da crise jurídica é paradigmática. Há evidente incapacidade de o direito lidar com as questões sociais, o modelo liberal-individualista-normativista decorrente do Estado liberal-burguês obscurece as possibilidades de acesso ao Estado Democrático de Direito. O constitucionalismo decorrente desta nova possibilidade de Estado tem a característica de permitir a transformação social, o modelo paradigmático de direito entrava tais modificações do *status quo*.

Na redação de *Verdade e consenso*, a CHD passa a ter o enfoque de uma análise da problemática da teoria da decisão judicial. Assim, afirma o autor que “não se pode – e não se deve – confundir a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático”¹¹⁸. A defesa do dirigismo constitucional não é a possibilidade de exercício arbitrário das decisões. A discricionariedade, adverte o autor, é própria do positivismo, paradigma que o constitucionalismo busca superar (diferença entre regras e princípios, modelo hermenêutico de superação do esquema sujeito-objeto).

A teoria da decisão proposta por Streck é construtivista. O intérprete, ao decidir, deve construir seu argumento baseado numa justificação condizente com os elementos do caso concreto, a conjuntura normativa do Direito e a comunidade política. Neste sentido, compreender é aplicar; utiliza-se Streck da tese gadameriana

¹¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 23.

¹¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4. ed. Saraiva, 2011. p. 255.

da *applicatio*, “pela qual interpretar é aplicar, que sempre aplicamos, que não interpretamos por parte ou etapas e que, enfim, ‘em toda leitura tem lugar uma aplicação’ (Gadamer)”, a qual é realizada por meio do círculo hermenêutico¹¹⁹. É nesta direção que existe validade naquilo que foi obtido por meio da interpretação.

É de Dworkin, o entendimento de direito como integridade, que se extraem os elementos mínimos que devem constar em qualquer decisão judicial: “a integridade está umbilicalmente ligada à democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas”. Ela limita a ação dos juízes, erige efetivos freios, por meio dessas comunidades de princípios, “às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política”.¹²⁰

Assim, a partir das ponderações iniciais do que é dogmática, sua crise, e a solução para esta crise, a CHD, a qual será apresentada na conclusão desta tese, passa à análise da tradição autoritária pela qual se construiu o Estado brasileiro e como isso reflete no processo penal. Isso se faz necessário porque o direito, “como prática social interpretativa, é, assim, um empreendimento público, nesse sentido, político e intergeracional”,¹²¹ nesse sentido, necessárias as análises dos próximos tópicos com a finalidade de analisar a decisão judicial proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4 no processo n.º 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, em 22 de setembro de 2016, cujo relator do recurso interposto da decisão de arquivamento do pedido de instauração de Processo Administrativo Disciplinar em desfavor do juiz Sergio Moro.

Tal decisão é como um prenúncio ao que Streck e outros tantos juristas vêm alertando: “o grande problema contemporâneo será o de construir as condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio direito”;¹²² “no Estado Democrático de Direito, precisamos levar o texto ‘em sério’”;¹²³

¹¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4. ed. Saraiva, 2011. p. 157.

¹²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4. ed. Saraiva, 2011. p. 346.

¹²¹ STRECK, Lenio Luiz, **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 101.

¹²² STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos Juízes”. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET**, Curitiba, n. 1, 2009. p. 13. Disponível em: http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acesso em: ago. 2021.

¹²³ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e positivismo contra o estado de exceção interpretativo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 fev. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-25/senso-incomum-hermeneutica-positivismo-estado-excecao-interpretativo>. Acesso em: 20 jun. 2019.

“a lei aprovada democraticamente perde espaço diante daquilo que ‘o juiz pensa acerca da lei’”¹²⁴; “Há, sem embargo, um conteúdo na lei, que não se pode ignorar”.¹²⁵ O protagonismo judicial atingiu o seu ápice, com a adoção de uma máxima com status constitucional: “os fins justificam os meios”, uma verdadeira invasão da jurisdição constitucional nas demais esferas de poder, fazendo com que o Judiciário acabe por infringir não apenas o princípio constitucional da separação dos poderes, que constitui cláusula pétrea na Constituição Federal, mas como outras tantas garantias, expressas na Constituição de 1988: princípios da imparcialidade, da garantia do contraditório, da ampla de defesa, do devido processo legal, da presunção de inocência, dentre tantos outros.

2.2 RECONSTRUÇÃO DA HISTÓRIA INSTITUCIONAL DA DEMOCRACIA BRASILEIRA: DA FORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A fim de compreender a tradição autoritária que se reflete no campo jurídico, realiza-se uma reconstrução da história institucional da democracia brasileira e para tanto, parte-se da formação do território nacional até chegar à Constituição Federal de 1988. Tal passo é importante a fim de se perceber como o autoritarismo se reflete no processo penal.

De fato, em texto escrito no ano de 1985, Celso Campilongo afirmou que “democracia e legitimidade, ou seja, os mecanismos de articulação do consenso, encontram-se em crise. Isso, hoje, parece lugar comum”, há inegável liame entre dois polos: democracia e legitimidade de um lado e de outro dogmática jurídica.¹²⁶ Com a Constituição Federal promulgada em 1988, o liame se torna expressão constitucional e a dogmática jurídica encontra força na resposta adequada à Constituição.

Apesar disso, não foi a promulgação da Constituição cidadã que colocou fim à crise da dogmática jurídica, ao contrário, décadas depois há uma superdose de “ativismo, dualismo, pamprincipiologismo, hiperrealismos e outros ismos (como o

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4 ed. Livraria do Advogado, 2013. p. 30.

¹²⁵ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (org.). **Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 229.

¹²⁶ CAMPILONGO, Celso. Democracia e legitimidade: representação política e paradigma dogmático. **Revista de Informações Legislativas**, Brasília, ano 22, n. 86 abr./jun. 1985. p. 29.

neoconstitucionalismo) que ameaçam a força normativa da Constituição e o próprio direito”.¹²⁷

A partir de tais considerações iniciais, com a finalidade de efetivar o estudo de caso do capítulo segundo e alcançar a resposta adequada no capítulo terceiro, utilizando a CHD, é que neste momento se realiza a análise da história institucional da democracia brasileira. Tal passo é necessário dentro do método hermenêutico.

Sobre o método hermenêutico, é necessário ponderar, inicialmente, que ele não se confunde com os métodos de interpretação que se unem à hermenêutica em seu sentido “vulgar, nem mesmo com os de certas hermenêuticas em sentido próprio da fase especial, passando pela fase da teoria geral da interpretação, antes de chegar à hermenêutica chamada fundamental, na qual Heidegger a ressignifica”.¹²⁸

É certo afirmar que Heidegger, principalmente, elevou a hermenêutica a um novo status, rompendo com os paradigmas anteriores referentes aos critérios de método, verdade e racionalidade na filosofia.

A análise de Heidegger se dá a partir da fenomenologia, método que parte dos estudos de Husserl, mas que não se confunde com as concepções deste. A fenomenologia de Heidegger pressupõe que a ciência é um ato cognitivo saindo dos limites do transcendentalismo (Husserl), toda a questão do ser deve ser analisada sob a sua existência. Os aspectos do ser que devem ser observados são: “adiante-de-si-mesmo; já-em-mundo; sendo-junto-a (entidades encontradas dentro do mundo)”;¹²⁹ é a compreensão do ser fora de sua representação.

Com efeito, “até Heidegger, todos os filósofos, ainda que não fossem cristãos ou não aceitassem explicitamente a teologia grega, movimentavam-se dentro de um horizonte de temas e linguagem filosóficos marcados pela ontoteologia”. Não foi possível observar em nenhum deles o desprendimento da tradição filosófica metafísica, “Deus, causalidade, intuição-abstração, intelecto agente, finito-infinito, etc”. Há, em tais autores, a predominância de aspectos pseudofilosóficos, teológicos.¹³⁰

¹²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Se Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual é o valor da Constituição?** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/observatorio-constitucional-stf-obedecer-voz-ruas-qual-valor-constituicao#_ftn1. Acesso em: 28 abr. 2018.

¹²⁸ STRECK, Lenio Luiz, **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 135.

¹²⁹ CERBONE, David R. **Fenomenologia**. Tradução de Caesar Souza. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 85.

¹³⁰ STEIN, Ernildo Jacob. **Uma breve introdução à filosofia**. 2 ed. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 177.

A partir de Heidegger, a fenomenologia é utilizada para descrever também o fenômeno da compreensão do ser. Então a fenomenologia não se liga somente à compreensão, mas à questão do ser. É nesse ponto que a fenomenologia “(hermenêutica) faz uma distinção entre ser (*sein*) e ente (*seiende*). Ela trata o ser enquanto compreensão do ser e do ente enquanto compreensão do ser de um ou de outro (ou cada) modo de ser”¹³¹. É, pois, a fenomenologia uma espécie de procedimento, voltada à estrutura fenomenológica, segundo adverte Stein.¹³²

A “fenomenologia exprime uma máxima que se pode formular na expressão: ‘às coisas em si mesmas!’ – por oposição às construções soltas no ar, às descobertas acidentais, à admissão de conceitos só aparentemente verificados”. Daí resulta, elucida Heidegger, que o sentido metodológico da descrição fenomenológica é a interpretação.¹³³

Heidegger somente ingressa na problemática da hermenêutica e das críticas históricas¹³⁴ com o objetivo de desenvolver, a partir delas, desde o ponto de vista ontológico, a pré-estrutura da compreensão – histórica – “o acontecer na história é o acontecer do ser-no-mundo”.¹³⁵ De fato, o círculo da compreensão – círculo hermenêutico – faz parte da estrutura do sentido, cujo acontecimento tem suas procedências “na constituição essencial da pre-sença, enquanto compreensão que interpreta. O ente em que está em jogo seu próprio ser como ser-no-mundo possui uma estrutura de círculo ontológico”.¹³⁶

Círculo hermenêutico, portanto, quer propor que a compreensão sempre se inicia em um “processo” de compreensão com algo antecipado. Heidegger esclarece:

¹³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 27.

¹³² STEIN, Ernildo. “Da fenomenologia hermenêutica à hermenêutica filosófica”. **Revista Veritas**, Porto Alegre, v.47, n.1, p.21-34, mar. 2002.

¹³³ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo** - parte I. Petrópolis: Vozes, 1989. p. 57.

¹³⁴ Sobre o resgate histórico, “é importante ressaltar que a história das ciências e das sociedades é rica em exemplos de *esquecimento*, seja em sua vertente segregadora do outro, nas inúmeras formas de silêncio, repressão e exclusão, ou mesmo nas representações míticas que integram o universo mais amplo das práticas sociais. Toda época tem seu regime de verdade. Daí a necessidade de desnaturalizar os fenômenos sociais e a própria noção de memória, inúmeras vezes entendida como mera volta ao passado, num movimento de resgate daquilo que ficou retido do passado no presente: heranças, persistências, legados. Trata-se então de colocar entre parênteses aquilo que em geral a sociedade toma como natural – a organização social que tem a família e a propriedade como alicerces, a própria noção de memória, as demais instituições que ocupam o campo social -problematizando tais noções, a fim de que possamos entender e revelar os mecanismos subjacentes às tramas sociais”. In: COSTA, Icléia Thiesen Magalhães. **Memória institucional**: a construção conceitual numa abordagem teórico metodológica. Tese (Doutorado em Ciência da Informação). - Rio de Janeiro: UFRJ, 1997. p. 7.

¹³⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo** – parte II. Petrópolis: Vozes, 1989. p.194.

¹³⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo** – parte I. Petrópolis: Vozes, 1989. p. 211.

“quando olho para um canto e vejo um fuzil, é porque, de forma antecipada, eu já sabia o que era uma arma. Círculo Hermenêutico é condição de possibilidade da compreensão”. Se se aponta uma inconstitucionalidade é porque antes deste conceito já se sabe o que é uma Constituição. “Isso tudo significa também que o círculo hermenêutico é o que propicia a antecipação de sentido que temos de algo”. Trata-se do que Heidegger, especialmente em *Ser e tempo*, chama de estrutura prévia da compreensão, ou seja, tem-se “sempre uma *Vorhabe* (ter-prévio), uma *Vorsicht* (ver-prévio), uma *Vorgriff* (conceito-prévio)”.¹³⁷

Com base em tais conceitos, Gadamer, discípulo de Heidegger, em *Verdade e método*, fundamentado, pois, no giro hermenêutico, expõe uma teoria acerca da natureza ontológica da vida humana: “estudos sobre hermenêutica procuram demonstrar, a partir da experiência da arte e da tradição histórica, o fenômeno da hermenêutica em toda a sua envergadura”¹³⁸. Assim, a compreensão, para Gadamer, é que a hermenêutica é ao mesmo tempo um evento histórico, dialético e linguístico. Nesse sentido, a partir de Gadamer, a hermenêutica supera o fato de ser uma técnica de compreensão das ditas ciências do espírito para ser uma ontologia do intérprete e de suas condições existenciais.

Gadamer afirma que “horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto. Aplicando-se à consciência pensante falamos então da estreiteza do horizonte, da possibilidade de ampliar o horizonte, da abertura de novos horizontes”¹³⁹, a situação hermenêutica constitui a obtenção do horizonte de indagação correta para as questões são postas à tradição. Os horizontes são importantes para a compreensão histórica, não se trata de ver o passado em seu próprio ser, ou seja, a partir de preconceitos, mas por meio do horizonte histórico. Ganhar horizonte histórico não quer dizer apartar-se da história, mas “aprender a ver mais além do próximo e do muito próximo, não para apartá-lo da vista, senão que precisamente para vê-lo melhor, integrando-o em um todo maior e em padrões mais corretos”.¹⁴⁰

¹³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 30.

¹³⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 34.

¹³⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 452.

¹⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 458.

Destarte, com a viragem linguística¹⁴¹ e com o corte com os paradigmas “aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade”. Concomitantemente, o processo interpretativo não é mais reprodutivo (*Auslegung*) e assume papel produtivo (*Sinngebung*). É impraticável ao “intérprete desprender-se da circularidade da compreensão, isto é, como aduz com pertinência Stein, nós, que dizemos o ser, devemos primeiro escutar o que diz a linguagem”. Com efeito, a compreensão e a explicitação do ser já demandam uma compreensão prévia. Existe ininterruptamente um sentido que é antecipado.¹⁴²

De fato, “atores sociais dão forma a instituições políticas e culturais”, existem maneiras de descrever as instituições, sem mencionar e narrar acerca das pessoas que estão enredadas com elas, assim, “são de grande importância pesquisas de interesse não só sobre os processos de constituição de instituições ou entidades, como o fazer cotidiano no seio desses agrupamentos”¹⁴³. Assim, uma instituição pode ser analisada em seu nascimento, a partir do momento em que se constitui historicamente, a fim de trazer à lume “a articulação de seus discursos, de suas técnicas, como relações de saber que se dão em práticas sociais, a fim de que daí se extraiam as matrizes que tornaram possível sua emergência”. De fato, é o comportamento e a prática que perfazem as instituições.¹⁴⁴

A análise da história da democracia brasileira e como isso se desenvolve no paradigma autoritário com influência na dogmática jurídica é de extrema importância para o método hermenêutico, de fato, “revolve-se o chão linguístico em que está

¹⁴¹ Na Filosofia, o *linguistic turn*, a linguagem, entendida historicamente como uma terceira coisa “interposta” entre um sujeito e um objeto, passa ao *status* de condição de possibilidade de todo o processo compreensivo. Torna-se possível, assim, superar o pensamento metafísico que atravessou dois milênios. Esse giro hermenêutico, que pode ser denominado também de giro *linguístico-ontológico*, proporciona um novo olhar sobre a interpretação e as condições sob as quais ocorre o processo compreensivo – é com Ferdinand de Saussure que a linguagem passa a ser compreendida além da gramática. Ela possui um lado individual e outro social, atuando como intermediária estruturada para a compreensão. *In*: SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. 27 ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

¹⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 233.

¹⁴³ DA SILVA, M. H. A.; PAPALI, M. A. C. R.; ZANETTI, V. Memória institucional e história pública: o acervo do centro de história e memória da Universidade do Vale do Paraíba em São José dos Campos (Cehvap). **Revista Brasileira de História & Ciências Sociais**, [S. l.], v. 11, n. 21, p. 270–289, 2019. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/rbhcs/article/view/10817>. Acesso em: 16 maio 2020.

¹⁴⁴ COSTA, Icléia Thiesen Magalhães. **Memória institucional**: a construção conceitual numa abordagem teórico-metodológica. Tese (Doutorado em Ciência da Informação). Rio de Janeiro: UFRJ, 1997. p. 145.

(sempre) assentada uma determinada tradição; reconstrói-se-lhe a história institucional, fazendo com que o fenômeno se desvele, como em um palimpsesto”¹⁴⁵.

É necessário, pois, examinar a intrincada afinidade entre o Direito e a Política, por meio da qual é “possível demonstrar a importância da autonomia funcional do Poder Judiciário para a defesa da supremacia constitucional, destacando que a não interferência da Política nas decisões judiciais é um elemento” necessário para a consolidação das novas democracias.¹⁴⁶

Na situação do Estado brasileiro, essas vitórias somente foram inseridas “tardamente, prejudicando a institucionalização do regime democrático. Do Império à República, ocorreram diversas ações arbitrárias por parte do poder político que deixaram o Estado à mercê de governos personalistas pouco preocupados” com as imposições constitucionais. Assim, tendo em vista o contexto institucional instável, o Poder Judiciário teve função irrelevante “durante a maior parte da história do constitucionalismo brasileiro, sendo submetido constantemente ao mandonismo político exercido no âmbito do Poder Executivo”¹⁴⁷, assumindo papel importante tão somente após a Constituição de 1988.

Necessário esclarecer que uma das discrepâncias fundamentais entre as democracias ocidentais e as existentes em sociedades como a brasileira, “cujas instituições políticas estão sujeitas a um processo aparentemente interminável de instabilidade, é a natureza distinta do Estado e das relações deste com os demais setores da sociedade”. Não são diferenças de tipo cultural, tampouco inabaláveis, mas “de realidades que se originam de processos históricos bem distintos, que, por isso, levam a resultados também diferentes” e é o processo histórico da formação do Estado brasileiro que se passa a observar nos próximos parágrafos, ainda que de forma apressada, e tendo em vista a vastidão de fatos que ocorreram, a ênfase será nos principais pontos.¹⁴⁸

¹⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 235.

¹⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. A relação direito e política: uma análise da atuação do judiciário na história brasileira. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 754, set./dez. 2013.

¹⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. A relação direito e política: uma análise da atuação do judiciário na história brasileira. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 754, set./dez. 2013.

¹⁴⁸ SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do autoritarismo brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Publit Soluções Editoriais, 2007. p. 86.

De fato, “historicamente, o constitucionalismo brasileiro sempre teve grande dificuldade para limitar o exercício do poder político. Um dos elementos que contribuíram para essa situação foi a ausência de um Poder Judiciário” autônomo para dar guarida constitucional.¹⁴⁹

Também, as recorrentes ingerências políticas na atuação jurisdicional, “tanto durante o Império como na maior parte do Período Republicano, impediram a necessária defesa da autonomia do Direito contra governos despóticos e autoritários”. Por conseguinte, o poder político não esteve submetido à Constituição, ao contrário, o Estado brasileiro é marcado por um comando do Estado antagônico ao Direito, validado por uma atuação praticamente inexistente do Poder Judiciário. “Essa situação pode ser observada em quatro momentos específicos: no Império, na República Velha, na Ditadura Vargas e na Ditadura Militar de 1964”¹⁵⁰. A fim de situar tal ausência de instituições democráticas, serão percorridos os principais momentos da história brasileira, ainda que de forma sucinta.

Assim, antes de escrever sobre democracia e autoritarismo, é preciso situar a formação do Estado brasileiro, eis que “começamos tarde”¹⁵¹. Somente em 1808 – trezentos anos após o descobrimento –, com a chegada da família real, teve início verdadeiramente o Brasil”¹⁵², antes, colônia. Apesar de tal fato, importante analisar a colonização portuguesa a fim de compreender a democracia brasileira em sua concreção histórica. Esse ponto em específico se faz necessário, pois errônea e superficialmente há o costume de atribuir apenas ao período de ditadura militar as raízes autoritárias brasileira, no entanto, é a constituição do Estado brasileiro a responsável pela característica autoritária e antidemocrática pela qual se pauta a sociedade brasileira.

¹⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. A relação direito e política: uma análise da atuação do judiciário na história brasileira. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 741, set./dez. 2013.

¹⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. A relação direito e política: uma análise da atuação do judiciário na história brasileira. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 741, set./dez. 2013.

¹⁵¹ “Somos um país, também, muito original e jovem em matéria de vida institucional regular. Boa parte dos estabelecimentos nacionais foram criados no contexto da vinda da família real, em 1808, quando se fundaram as primeiras escolas de cirurgia e anatomia, em Salvador e no Rio de Janeiro. Nas colônias espanholas, por sua vez, a criação das universidades é bem mais antiga, datando, algumas delas, dos séculos XVI, XVII e XVIII: Universidade de São Domingos (1538), Lima (1551), Cidade do México (1551), Bogotá (1580), Quito (1586), Santiago (1621) e Guatemala (1676). No XVIII: Havana (1721), Caracas (1721) e Assunção (1733)”, *In*: SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia Das Letras, 2019. p. 7.

¹⁵² BARROSO, Luis Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 45 n. 179, p. 25, jul./set. 2008.

De fato, “o Brasil tem uma história muito particular, ao menos quando comparada à de seus vizinhos latino-americanos. Para cá veio quase a metade dos africanos e africanas escravizados e obrigados a deixar suas terras” de procedência, retirados à força e à violência; posteriormente, com a independência do Brasil-colônia, e com o entorno formado por repúblicas, estabeleceu-se uma “monarquia bastante popular por mais de sessenta anos, e com ela conseguimos manter intatas as fronteiras do país, cujo tamanho agigantado mais se assemelha ao de um continente”. Além disso, a língua pátria difere de todos os vizinhos.¹⁵³

É bom que se diga que a “descoberta do Brasil¹⁵⁴ entrelaça-se na ultramarina expansão comercial portuguesa. Episódio, bem verdade, perturbador e original, incapaz de se articular totalmente nas navegações africanas e asiáticas”. Diante do colonizador insurgiu não somente um mundo novo, mas, sobretudo, um mundo diverso, o qual ocasionou o fruto “de modelos de pensamento e de ação”¹⁵⁵. A concepção de uma invenção foi imprescindível como uma base ideológica a fim de que os colonos europeus se interessassem a vir para o “mundo novo” e protegessem a terra conquistada.

Faoro assevera que a novidade exótica, indomável aos projetos tradicionais, “revelou a esperança de novos caminhos dentro do pisado quadro mercantilista”. O conquistador¹⁵⁶, “antes de ver a terra, antes de estudar as gentes, antes de sentir a presença da religião, queria saber de ouro e prata”.¹⁵⁷ Nas palavras de Eduardo

¹⁵³ SCHWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 7.

¹⁵⁴ “A palavra descobrimento, empregada com relação a continentes e países, é um equívoco e deve ser evitada. Só se descobre uma terra sem habitantes; se ela é ocupada por homens, não importa em que estágio cultural se encontrem, já existe e não é descoberta. Apenas se estabelece seu contato com outro povo. A expressão descobrimento implica em uma idéia imperialista, de encontro de algo não conhecido; visto por outro que proclama sua existência, incorporando-o ao seu domínio, passa a ser sua dependente”: IGLÉSIAS, Francisco. Encontro de duas culturas: América e Europa. **Estudos Avançados**, v. 6, n. 14, p. 23-37. 1992. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40141992000100003>. Acesso em: 6 jun. 2021.

¹⁵⁵ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. revista e aumentada. Porto Alegre/São Paulo: Globo/Universidade de São Paulo, 2001. p. 115.

¹⁵⁶ Faoro faz menção à palavra descobridor em todo o texto, todavia, como já explicado em nota de rodapé precedente, há substituição pela palavra conquista/conquistador, em respeito aos povos originários que em terras brasileiras habitavam e viviam muito antes do Tratado de Tordesilhas.

¹⁵⁷ “Na noite de 24 de abril, na primeira sexta-feira do descobrimento, o capitão Pedro Alvares Cabral travou a entrevista solene com os donos da terra. Esta troca de gestos, que o fiel escrivão registrou, desnuda muitas intenções e prenuncia uma decepção. Ela indica a inaptidão de ver fora das viseiras douradas do comércio e dos metais preciosos: “O Capitão, quando eles vieram, estava sentado em uma cadeira, bem vestido, com um colar de ouro mui grande ao pescoço, e aos pés uma alcatifa por estrado. Sancho de Tovar, Simão de Miranda, Nicolau Coelho, Aires Correia, e nós outros que aqui na nau com ele vamos, sentados no chão, pela alcatifa. Acenderam-se tochas. Entraram. Mas não fizeram sinal de cortesia, nem de alar ao Capitão nem a

Galeano, a América Latina, “já não é o reino das maravilhas em que a realidade superava a fábula e a imaginação era humilhada pelos troféus da conquista, as jazidas de ouro e as montanhas de prata”.¹⁵⁸

O objetivo comercial da expansão marítima é bem elucidado por Celso Furtado, de fato, “não se trata de deslocamentos de população provocados por pressão demográfica – como fora o caso da Grécia – ou de grandes movimentos de povos determinados pela ruptura de um sistema” que se mantivesse pela força, como foi o caso das migrações germânicas rumo ao ocidente e sul da Europa¹⁵⁹. Não se compara a nenhum dos citados fatos históricos, ao contrário, “a descoberta das terras americanas é, basicamente, um episódio dessa obra ingente. De início pareceu ser episódio secundário. E na verdade o foi para os portugueses durante todo um meio século”¹⁶⁰. Não foi a busca por local para povoar, mas para pilhar.

Apesar de toda a criação ideológica para atingir os objetivos mercantis em terras recém-invasidas, “existia o problema da mão de obra. Transportá-la na quantidade necessária da Europa teria requerido uma inversão demasiadamente grande, que provavelmente tornaria antieconômica toda a empresa”. Ademais, as características das novas terras, bem como “as condições de trabalho eram tais que somente pagando salários bem mais elevados que os da Europa seria possível atrair mão de obra dessa região”, hipótese que novamente elevaria os custos.¹⁶¹

A saída para diminuir os custos seria a retribuição com terras ao labor que o colono realizasse durante estimado número de anos, contudo, esse escambo “não

ninguém. Porém um deles pôs olho no colar do Capitão, e começou de acenar com a mão para a terra e depois para o colar, como que nos dizendo que ali havia ouro. Também olhou para um castiçal de prata e assim mesmo acenava para a terra e novamente para o castiçal como se lá também houvesse prata”: FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3 ed. revista e aumentada. Porto Alegre/São Paulo: Globo/Universidade de São Paulo, 2001. p. 115-116.

¹⁵⁸ GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Tradução de Galeno de Freitas. 39. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 9.

¹⁵⁹ “O comércio interno europeu, em intenso crescimento a partir do século XI, havia alcançado um elevado grau de desenvolvimento no século XV, quando as invasões turcas começaram a criar dificuldades crescentes às linhas orientais de abastecimento de produtos de alta qualidade, inclusive manufaturas. O restabelecimento dessas linhas, contornando o obstáculo otomano, constitui sem dúvida alguma a maior realização dos europeus na segunda metade desse século¹”. FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 32. ed. São Paulo: Companhia Nacional, 2003. p. 11.

¹⁶⁰ FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 32. ed. São Paulo: Companhia Nacional, 2003. p. 11.

¹⁶¹ FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 32 ed. São Paulo: Companhia Nacional, 2003. p. 11.

apresentava atrativo ou viabilidade, pois, sem grandes concentrações de capital, as terras praticamente não tinham valia econômica”. Por fim, a insuficiência de oferta de mão de obra que existia em Portugal, especialmente no momento em que havia êxito da empresa das Índias Orientais. A solução do problema da escassez de mão de obra e de seu custo foi o “mercado africano de escravos”, que os portugueses¹⁶² já conheciam.¹⁶³

Assim, utilizando-se dos recursos necessários, os portugueses ampliaram esse dito negócio e organizaram “a transferência para a nova colônia agrícola da mão de obra barata, sem a qual ela seria economicamente inviável”. Ademais, os povos originários, que na terra recém-invadida habitavam, também foram escravizados¹⁶⁴ a fim de se ter êxito na empreitada mercantil iniciada em solo do então Novo Mundo.¹⁶⁵

Contrastando com as etnias indígenas que resistiram algum tempo com os portugueses, “a sociedade colonial nascente, bizarra e precária, era e atuava como um rebento ultramarino da civilização europeia, em sua versão portuguesa. Vale dizer, era já uma sociedade bipartida em uma condição rural e outra urbana”, segmentada em classes sociais.¹⁶⁶

Destarte, trata-se de “uma simples projeção dos avanços civilizatórios alcançados pelos europeus, ao saírem da Idade Média, sobre os remanescentes da formação aborígene precedente e dos negros aliciados na África” como mão de obra escrava. É o resultado de um processo civilizatório que, descontinuando “a linha evolutiva prévia das populações indígenas brasileiras, depois de subjugá-las,

¹⁶² “As operações de guerra para captura de negros pagãos, iniciadas quase um século antes nos tempos de Dom Henrique, haviam evoluído num bem organizado e lucrativo escambo que abastecia certas regiões da Europa de mão-de-obra escrava”. FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 32 ed. São Paulo: Companhia Nacional, 2003. p. 12.

¹⁶³ FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 32 ed. São Paulo: Companhia Nacional, 2003. p. 11.

¹⁶⁴ “Muitos outros povos indígenas tiveram papel na formação do povo brasileiro. Alguns deles como escravos preferenciais, por sua familiaridade com a tecnologia dos paulistas antigos, como os Paresi. Outros, como inimigos irreconciliáveis, imprestáveis para escravos porque seu sistema adaptativo contrastava demais com o dos povos Tupi. É o caso, por exemplo, dos Bororo, dos Xavante, dos Kayapó, dos Kaingang e dos Tapuia em geral. O contraste maior se registrou entre aquele povo mameluco, que se fazia brasileiro, e um contendor realmente capaz de ameaçá-lo, que eram os Guaikuru, também chamados índios cavaleiros. Adotando o cavalo, que para os outros índios era apenas uma caça nova que se multiplicava nos campos, eles se reestruturaram como chefaturas pastoris que enfrentaram vigorosamente o invasor, infringindo-lhe derrotas e perdas que chegaram a ameaçar a expansão europeia”. RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**. São Paulo: Global, 2014. p. 30.

¹⁶⁵ FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 32 ed. São Paulo: Companhia Nacional, 2003. p. 12.

¹⁶⁶ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**. São Paulo: Global, 2014. p. 75.

recruta seus remanescentes como mão de obra servil de uma nova sociedade, que já nascia integrada numa etapa mais elevada da evolução sociocultural”.¹⁶⁷

Quando no ano de 1532¹⁶⁸ se estabeleceu “econômica e civilmente a sociedade brasileira, já foi depois de um século inteiro de contato dos portugueses”. Modificado “em São Vicente e em Pernambuco o rumo da colonização portuguesa do fácil, mercantil, para o agrícola; organizada a sociedade colonial sobre base mais sólida e em condições mais estáveis que na Índia ou nas feitorias africanas”, no Brasil é que se desempenharia a prova determinante do viés agrário.¹⁶⁹

Então, “a base, a agricultura; as condições, a estabilidade patriarcal da família, a regularidade do trabalho por meio da escravidão, a união do português com a mulher índia, incorporada assim à cultura econômica e social do invasor”. Instituiu-se na América a sociedade que viria a ser a brasileira: “agrária na estrutura, escravocrata na técnica de exploração econômica, híbrida de índio – e mais tarde de negro – na composição”.¹⁷⁰

Sociedade que se desenvolveu protegida “menos pela consciência de raça, quase nenhuma no português cosmopolita e plástico, do que pelo exclusivismo religioso desdobrado em sistema de profilaxia social e política”. Também, pouca ação oficial e mais pelo “braço e pela espada do particular”. No entanto, tudo submisso ao

¹⁶⁷ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**. São Paulo: Global, 2014. p. 75.

¹⁶⁸ “De 1500 a 1532, os portugueses construíram feitorias na costa da Província de Santa Cruz, para defender a terra dos piratas estrangeiros. Essas feitorias eram semelhantes às colônias militares estabelecidas pelos romanos como postos avançados no território conquistado. Nessas colônias militares romanas vigorava apenas o Direito Romano. Criado o município, o território era elevado à província romana. E ao lado do Direito Romano se formava o direito municipal, ou direito público dos munícipes. Ora, em 1532 os portugueses criam o primeiro município lusitano instalado em São Vicente. As feitorias passam a fortalezas. Perdem o sentido militar primitivo. E ao lado das Orientações do Reino onde se disciplinavam as leis desde Afonso V de Portugal, começa a surgir, de 1532 em diante, com o regime municipal luso-brasileiro, um código local para uso dos munícipes, para uso da terra”.

¹⁶⁹ FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**. São Paulo: Global, 2019. p. 79.

¹⁷⁰ FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**. São Paulo: Global, 2019. p. 79.

“espírito político e de realismo¹⁷¹ econômico e jurídico¹⁷² que aqui, como em Portugal, foi desde o primeiro século elemento decisivo de formação nacional”.¹⁷³

O realismo clássico fundamenta-se na tese da subsistência “e autoajuda em sentido amplo por meio da manutenção do Estado, conservação do seu poder e a preservação da ordem pela subserviência de sua população, tendo a segurança comum como seus principais pressupostos”. Com base nessa premissa e, também fundamentado em Hobbes, o realismo em ensejo do imperativo de sobrevivência e da autoajuda do Estado, que baseia a premissa do egoísmo ético, de maneira que, no caso concreto, se admite a flexibilização da moral e da ética para alcançar os fins estatais.¹⁷⁴

Destarte, a formação do Estado brasileiro se deu pela colonização de nações ibéricas, as quais tentaram trasladar suas instituições, sendo a cultura portuguesa e espanhola uma “tentativa de implantação da cultura europeia em extenso território, dotado de condições naturais, se não adversas, largamente estranhas à sua tradição milenar”.¹⁷⁵ Apesar dessa tentativa, era notório, até mesmo naquele momento, que a organização institucional europeia não se acomodaria facilmente ao “novo mundo” de extensão continental.

¹⁷¹ Sobre o realismo clássico: “Os fundadores do realismo clássico podem ser posicionados em um hexágono: três grandes fundadores no mundo antigo (mundo oriental e greco-romano) e três grandes teóricos no mundo europeu pós-renascimento: Sun Tzu, Tucídides, Tito Lívio e Maquiavel, Hobbes e Richelieu, respectivamente. Neste mesmo sentido histórico-linear, é importante ressaltar as ricas contribuições de Tucídides e sua narrativa realista sobre a Guerra de Peloponeso, entre 431-404 AC, como corolário do realismo na política internacional. A estratégia militarista e o discurso do clássico Sun Tzu (A Arte da Guerra) constituem elementos norteadores do realismo clássico. A geopolítica de preservação nacional da *raison d'état* instituída pelo Cardeal Richelieu, consolida a última *ratio regis* do armamentismo e belicismo”. CASTRO, Thales. **Teoria das relações internacionais**. Brasília: FUNAG, 2012. p. 314.

¹⁷² O realismo jurídico foi uma aposta do direito brasileiro até o advento da Constituição Federal de 1988, conforme dizeres de Lenio Streck: “Dito de outro modo, se até o advento da Constituição de 1988 apostava-se em um certo ativismo judicial baseado, por exemplo, nas diversas formas de positivismo fático (realismos jurídicos dos mais variados) como forma específica de luta por espaços no interior do ‘sistema’ na busca de inclusões sociais – mormente no que diz respeito aos direitos de liberdade em um regime político-jurídico autoritário/ditatorial que deixou de fora do direito os conflitos e aspirações sociais –, na sequência, já na vigência da nova Constituição, não foram construídas as condições necessárias para a concretização de um direito agora produzido democraticamente e com feições nitidamente transformadoras da sociedade. Destarte, parece óbvio que a solução para (ess)as novas demandas não adviriam de uma aposta nas velhas posturas acionalistas”. *In*: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica constitucional*. *In*: NUNES JR, Vidal Serrano *et al.* (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP, Tomo: Direito Administrativo e Constitucional**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/hermeneutica-constitucional_58edc52ebdbb0.pdf. Acesso em: 29 ago. 2021.

¹⁷³ FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**. São Paulo: Global, 2019. p. 79.

¹⁷⁴ CASTRO, Thales. **Teoria das relações internacionais**. Brasília: FUNAG, 2012. p. 314-315.

¹⁷⁵ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das letras, 1995. p. 31.

Assim, “o sistema colonial havia engendrado um grupo heterogêneo de regiões, com poucas ligações entre si e nas quais prevalecia, no interior da elite branca, uma identidade de dupla face: lusitana e regional.” Do mesmo modo, a identidade dessa elite foi construída a partir de valores e interesses de sua inserção regional e da integração com o império português, consistiu, portanto, em uma “identidade fragmentada, na qual se sobressaía a de extração regional, que servirá de substrato para a atuação dos grupos provinciais nas primeiras décadas do século XIX”. A fragmentação se deu em razão da política colonial adotada e à diversidade econômica de cada região. A mais importante demanda dessa elite que se forma é a referente à autonomia.¹⁷⁶

A política da coroa foi a manutenção da autonomia dos capitães-gerais, realizando as negociações direto com eles, evitando que se fortalecessem as autoridades na colônia (vice-rei ou governador geral). Além disso, também havia privilégio para a organização fiscal, já que a capitania era a eleita como unidade tributária autônoma, o que introduziu a prática de nomear pessoas da elite local para os cargos do governo, situação que se manteria quando da independência. A prática, portanto, era a de nomear integrantes da elite local para os cargos de governo, assim, “já no período colonial uma elite regional constituía-se e organizava-se em torno do aparato fiscal-administrativo”.¹⁷⁷

É importante que se realize um adendo relativo à formação territorial do Estado brasileiro, tendo em vista que a geopolítica é precedente ao período colonial em razão da divisão do “Novo Mundo” por meio do Tratado de Tordesilhas, de 1492. Ademais, até mesmo a independência política e inclusão da economia brasileira na trajetória do capitalismo inglês estão, do mesmo modo, acopladas a um fenômeno geopolítico único na história mundial, qual seja, a transmigração da sede de um importante império – o Império Português – para o seu território colonial¹⁷⁸, quando no ano de 1808 o príncipe regente dom João – e futuro Rei João VI – transfere a sede do reino português para o Rio de Janeiro, fugindo da invasão de Portugal pelo exército francês,

¹⁷⁶ DOLHNIKOFF, Miriam. Elites regionais e a construção do Estado Nacional. *In*: JANCSÓ, István (org.). **Brasil: Formação do Estado e da Nação**. São Paulo: Hucitec; Unijuí; Fapesp, 2003. p. 434-435.

¹⁷⁷ DOLHNIKOFF, Miriam. Elites regionais e a construção do Estado Nacional. *In*: JANCSÓ, István (org.). **Brasil: Formação do Estado e da Nação**. São Paulo: Hucitec; Unijuí; Fapesp, 2003. p. 434-435.

¹⁷⁸ TAVARES, Maria Conceição. Império, território e dinheiro. *In*: FIORI, José Luiz. (org.). **Estados e moedas no desenvolvimento das nações**. Petrópolis: Vozes, 1999. 492 p.

comandado por Napoleão Bonaparte, com a ajuda da marinha britânica. A partir desse momento, os portos da então colônia são abertos ao comércio.¹⁷⁹

Retomando ao período colonial, é importante ressaltar que todo o processo de ocupação e as atividades econômicas realizadas no Brasil, estavam – e ainda estão – intimamente tangenciadas com a exploração de recursos naturais existentes em seu território. Diante de tal contexto, “a Coroa portuguesa teve uma política contínua de defesa utilitarista das matas brasileiras, tentando regular, através de inúmeros regimentos expedidos até início do Século XIX, o desmatamento” ocasionado pela atividade agropecuária existente no litoral, já que a madeira era imprescindível para a construção naval e civil, bem como era usada como combustível para os engenhos.¹⁸⁰

Portanto, é importante entender que a extensa base territorial, de proporções continentais “e de uma fronteira econômica a ser desbravada fez com que a destruição ambiental constituísse um elemento central da própria lógica de ocupação colonial do Brasil, não sendo, portanto, algo fortuito nesse longo processo”, não obstante, falando em espaço, a deterioração ocorresse em nósdoas descontínuas associadas às regiões diametralmente atingidas pelo mercado ultramarino.¹⁸¹

A formação territorial do Estado brasileiro não se deu, como se sabe com o federalismo; de fato, “a configuração territorial dos estados retroage, assim, às antigas capitanias hereditárias cujas fronteiras foram limitadas pela extensão de terras concedidas na costa a partir daí se estendendo para o interior, isto é, para o sertão”, de acordo com a capacidade de exploração dos donatários. Destarte, as províncias imperiais em um primeiro momento e, depois, os estados federados, receberiam uma

¹⁷⁹ “Foi só com a chegada da corte portuguesa e com a duplicação da população em algumas cidades brasileiras que se deixou de contar exclusivamente com profissionais formados em Coimbra. Essas primeiras escolas foram a Academia Real Militar, em 1810, o curso de Agricultura, em 1814, e a Real Academia de Pintura e Escultura, fundada em 1820, com programas que asseguravam um diploma profissional, verdadeiro bilhete de entrada para postos privilegiados e para um mercado de trabalho bastante restrito e de garantido prestígio social. Foram igualmente fundados nesse momento o Real Jardim Botânico, a Escola Real de Ciências, Artes e Ofícios, o Museu Real, a Real Biblioteca, a Imprensa Régia e o Banco do Brasil, o qual, diziam as testemunhas, “já nasceu falido”, *In*: SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia Das Letras, 2019. p. 8.

¹⁸⁰ FIGUEIREDO, Adma Hamam de. Formação territorial. *In*: FIGUEIREDO, Adma Hamam de (org.). **Brasil: uma visão geográfica e ambiental no início do século XXI**. Rio de Janeiro: IBGE, Coordenação de Geografia, 2016. 435p.

¹⁸¹ FIGUEIREDO, Adma Hamam de. Formação territorial. *In*: FIGUEIREDO, Adma Hamam de (org.). **Brasil: uma visão geográfica e ambiental no início do século XXI**. Rio de Janeiro: IBGE, Coordenação de Geografia, 2016. 435p.

repartição territorial intensamente desigual, tocando a determinados locais “grandes vastidões incultas”, enquanto a outros sobriariam “diminutas nesgas de terra”.¹⁸²

Com efeito, aquilo que se consolidou como estados federados brasileiros tem sua fonte na divisão desigual das capitanias hereditárias, no ímpeto dos bandeirantes e dos padres catequizadores. A “expansão pelos sertões adentro de bandeirantes e padres, à procura de ouro, de escravos e de almas para Nosso Senhor Jesus Cristo”¹⁸³, são a base fundante da desigualdade territorial e da desigualdade social que ainda nos dias de hoje imperam e, como se verá mais à frente, impedem a consolidação da incipiente democracia brasileira.

Seguindo o curso dos rios, das águas, ainda que encachoeiradas, alcançou “no brasileiro a tendência colonial do português de derramar-se em vez de condensar-se. O bandeirante, particularmente, torna-se desde os fins do século XVI um fundador de subcolônias”, apesar de não ser proprietário da terra, mas simples colonial, já se arranja como senhor das terras alheias “em um imperialismo que tanto tem de ousado quanto de precoce. Com o bandeirante o Brasil autocoloniza-se”, como o próprio bandeirante afirmou outrora: “derramamo-nos em superfície antes de nos desenvolvermos ‘em densidade e profundidade’”.¹⁸⁴

Darcy Ribeiro esclarece que o Estado brasileiro é fruto de um processo civilizatório que interrompeu a marcha natural das sociedades primitivas. O processo colonizador se deu “por incorporação ou atualização histórica – que supõe a perda da autonomia étnica dos núcleos engajados, sua dominação e transfiguração –, estabelecendo as bases” em que se construiria a sociedade brasileira. Essas bases se demonstraram com nitidez com a fundação dos primeiros engenhos açucareiros os quais, conectando “os antigos núcleos extrativistas ao mercado mundial, viabilizavam sua existência na condição socioeconômica de um ‘proletariado externo’, estruturado como uma colônia mercantil-escravista da metrópole portuguesa”. Assim, o autor classifica diversos planos em que é possível visualizar a formação da sociedade brasileira, quais sejam: plano adaptativo, associativo e ideológico, conforme se verá mais detidamente nos próximos parágrafos.¹⁸⁵

¹⁸² DÓRIA, Antonio de Sampaio. Formas de estado. *In*: DÓRIA, Antonio de Sampaio. **Direito constitucional**: curso e comentários à Constituição. 3. ed. São Paulo: Nacional, 1953. v.2, p. 16.

¹⁸³ FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**. São Paulo: 2019. p. 113.

¹⁸⁴ FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**. São Paulo: 2019. p. 113.

¹⁸⁵ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**. São Paulo: Global, 2014. p. 75.

Destarte, no plano adaptativo, ou seja, o atinente à tecnologia utilizada para se produzir e reproduzir “as condições materiais de existência – os núcleos coloniais brasileiros se estabeleceram nas seguintes bases”: a) na inclusão da já existente tecnologia europeia concernente à produção, ao transporte, à construção e à guerra, “com uso de instrumentos de metal e de múltiplos dispositivos mecânicos”; b) a navegação transoceânica que interligava os denominados novos mundos em uma “economia mundial, como produtores de mercadorias de exportação e como importadores de negros escravos e bens de consumo”; c) a instauração do engenho de cana de açúcar, abalizado no aproveitamento de “complexos procedimentos agrícolas, químicos e mecânicos para a produção de açúcar; e, depois, a mineração de ouro e diamantes que envolviam o domínio de novas tecnologias”; d) a inserção da pecuária de gado, que abasteceria carne e couro – bem como animais de transporte e tração –, além de porcos, galinhas e outros animais que, associados “à lavoura tropical indígena, proveria a subsistência dos núcleos coloniais”; e) a aplicação e propagação de novas espécies de plantas cultiváveis, alimentícias e industriais, “que viriam a assumir, mais tarde, importância decisiva na vida econômica de diversas variantes da sociedade nacional”; f) a simplória técnica “portuguesa de produção de tijolos e telhas, sapatos e chapéus, sabão, cachaça, rodas de carros, pontes e barcos etc”.¹⁸⁶

No plano associativo, ou seja, no que diz respeito à forma como se deu a organização da vida social e econômica, tais núcleos se compuseram como fundação de uma civilização em consequência de: a) “substituição da solidariedade elementar fundada no parentesco, característica do mundo tribal igualitário, por outras formas de estruturação social, que bipartiu a sociedade em componentes rurais e urbanos” e a decompôs em classes opostas umas às outras, apesar de serem interdependentes pela mutualidade de seus respectivos papéis; b) inserção da escravatura indígena, logo trocada pela escravidão de pessoas trazidas à força dos países africanos, o que possibilitou aos setores mais ativos da economia prescindir dos povos originários no recrutamento de mão de obra; c) “integração de todos os núcleos locais em uma estrutura sociopolítica única, que teria como classe dominante um patronato de empresas e uma elite patricial dirigente”, cujos desempenhos fundamentais eram tornar possível e lucrativa, “do ponto de vista econômico, a empresa colonial e

¹⁸⁶ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**. São Paulo: Global, 2014. p. 77.

defendê-la da insurgência dos escravos, dos ataques indígenas e das invasões externas”; d) a vinda de capitais financeiros estrangeiros para custear a fundação das empresas, a fim de arrecadar as rendas que produzissem.¹⁸⁷

No plano ideológico, “ou seja, o relativo às formas de comunicação, ao saber, às crenças, à criação artística e à autoimagem étnica –, a cultura das comunidades neobrasileiras se plasma sobre os seguintes elementos”: a) o vernáculo português, o qual se dissemina pausadamente, até tornar-se na língua de comunicação das comunidades brasileiras entre si e com a metrópole; b) a uma diminuta camada social composta por “letrados que, através do domínio do saber erudito e técnico europeu de então, orienta as atividades mais complexas e opera como centro difusor de conhecimentos, crenças e valores”; c) a uma Igreja oficial, parceira de um “Estado salvacionista, que depois de intermediar a submissão dos núcleos indígenas através da catequese impõe um catolicismo de corte messiânico e exerce um rigoroso controle sobre a vida intelectual da colônia”, a fim de embaraçar a divulgação de qualquer outra ideologia e também para impedir a disseminação do saber científico; d) “artistas que exercem suas atividades obedientes aos gêneros e estilos europeus, principalmente o barroco, dentro de cujos cânones a nova sociedade”.¹⁸⁸

Com efeito, tais inovações tecnológicas, acrescidas às aludidas configurações “mais avançadas de ordenação social e a esses instrumentos ideológicos de controle e expressão, proporcionaram as bases sobre as quais se edificou a sociedade e a cultura brasileira como uma implantação colonial europeia”. Ademais, considerando em menor grau as singularidades oriundas de reunião características de origem indígena ou africana, que aconteceu “em maior grau que a regência colonial portuguesa que as conformou como uma filial lusitana da civilização europeia”. Esse elemento é a explicação para a inexistência de uma classe dominante originária do território brasileiro. “Os que cumprem esse papel, seja na qualidade de agentes da exploração econômica, seja na qualidade de gestores da hegemonia política, são na realidade prepostos da dominação colonial”.¹⁸⁹

Assim, foi possível observar, segundo os autores que analisam a formação do Estado brasileiro, que existem elementos aglutinadores das diversas concepções, quais sejam: “o caráter autoritário, escravocrata, a produção monocultora voltada para

¹⁸⁷ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**. São Paulo: Global, 2014. p. 77.

¹⁸⁸ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**. São Paulo: Global, 2014. p. 77.

¹⁸⁹ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**. São Paulo: Global, 2014. p. 77.

o mercado externo e a concentração da propriedade fundiária na formação social brasileira”¹⁹⁰. Isso acarreta, dentre outras, uma profunda desigualdade social, com alta concentração de renda em pequena parcela da população, o que ocasiona uma dificuldade na consolidação da democracia brasileira, pois democracia e igualdade – formal e material – caminham *pari passu*.

A tradição autoritária é uma mancha inapagável da formação econômica e sociopolítica do Brasil, “assentada no regime de apropriação privada da terra, na ausência de relações de solidariedade social, na primazia da autarquia individual, nas ‘lutas de famílias’, no poder incontrastável do potentado rural, dos caudilhos da terra” bem como na utilização da mão de obra escrava para escorar uma produção monocultora apontada essencialmente para o mercado externo¹⁹¹ – *plantation*, característica que se mantém até os dias atuais, em que o alimento é *commodity* e tem seu preço regulado pelo mercado exterior, ao contrário do que ocorre com o preço dos salários dos trabalhadores brasileiros.

Destarte, “o caráter privatista da colonização brasileira que resultou na implementação de uma estrutura monocultora, escravocrata e latifundiária instituiu uma indistinção entre a esfera pública e a esfera privada”, transformando a família patriarcal no cerne da vida social brasileira.¹⁹²

Ao se tornar independente de Portugal em 7 de setembro de 1822, o país “herdou uma tradição cívica pouco encorajadora. Em três séculos de colonização (1500-1822), os portugueses tinham construído um enorme país dotado de unidade territorial, linguística, cultural e religiosa”. Mas havia outro legado, um povo analfabeto, uma elite escravocrata, economia baseada na monocultura e propriedade latifundiária e, não menos devastador, um Estado absolutista.¹⁹³

¹⁹⁰ PINHO, Carlos Eduardo Santos. **Planejamento estratégico governamental no Brasil: autoritarismo e democracia (1930-2016)**. Curitiba: Apris, 2019. p. 30.

¹⁹¹ SANTOS, João Vítor. O autoritarismo na formação econômica, social e política do Brasil. Entrevista especial com Carlos Eduardo Santos Pinho. **IHU On-Line**, 2019. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/591015-o-autoritarismo-e-seu-peso-na-formacao-economica-social-e-politica-do-brasil-entrevista-especial-com-carlos-eduardo-santos-pinho>. Acesso em: 20 jan. 2021.

¹⁹² SANTOS, João Vítor. O autoritarismo na formação econômica, social e política do Brasil. Entrevista especial com Carlos Eduardo Santos Pinho. **IHU On-Line**, 2019. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/591015-o-autoritarismo-e-seu-peso-na-formacao-economica-social-e-politica-do-brasil-entrevista-especial-com-carlos-eduardo-santos-pinho>. Acesso em: 20 jan. 2021.

¹⁹³ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 15.

É importante realçar que o fator negativo para a cidadania foi a escravidão, o que reverbera até os dias atuais, tendo em vista a escassa política de ações afirmativas no país. De fato, “os escravos começaram a ser importados na segunda metade do século XVI. A importação continuou ininterrupta até 1850, 28 anos após a independência”. Até 1822, em torno de 3 milhões de pessoas submetidas à escravidão chegaram à colônia.¹⁹⁴

Assim, escravidão e grande propriedade de terra tornaram o ambiente brasileiro desfavorável à formação da cidadania, eis que os escravos eram considerados como coisas, não possuíam nenhum tipo de direito e entre os escravos e os senhores existia uma população legalmente livre, mas que não possuía educação formal. Essa população era dependente do governo e dos proprietários de terras, para “morar, trabalhar e defender-se contra o arbítrio do governo e de outros proprietários”. Tais senhores podiam votar e serem votados nas eleições municipais, mas lhes faltava um princípio básico de cidadania, a noção de igualdade entre todos. Eles eram, portanto, “simples potentados que absorviam parte das funções do Estado, sobretudo as funções judiciárias”. É importante lembrar que a função jurisdicional é um importante mecanismo para a garantia dos direitos civis, que nas mãos dos senhores de terras “tornava-se simples instrumento de poder pessoal. O poder do governo terminava na porteira das grandes fazendas”.¹⁹⁵ Esse legado, sem dúvida, influencia a forma de agir do poder judiciário atual, assim, a tradição autoritária não é oriunda da ditadura militar, mas da própria formação sociopolítica brasileira.

Destarte, “a Constituição de 1824 foi outorgada pelo imperador D. Pedro I após o fechamento da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa pelas tropas imperiais”. Anterior a tal fato despótico, o monarca já tinha prevenido os deputados constituintes a elaborarem uma Constituição que fosse imperial. De tal sorte que “já anunciava à nação que qualquer tentativa de limitação dos seus poderes monárquicos não seria bem-vinda. Por esse motivo, o pacto constitucional de 1824, elaborado após a dissolução da Assembleia,” adotou uma liberdade tão somente formal, com grande força ao Poder Executivo e preexistente à existência da Constituição. “Na verdade, o que ocorreu foi uma verdadeira aberração à teoria

¹⁹⁴ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 28-30.

¹⁹⁵ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 28-30.

constitucional, com a soberania popular entregue ao imperador, e não à Assembleia Constituinte”.¹⁹⁶

Assim, em 1824 é outorgada a primeira Carta¹⁹⁷ na história constitucional do País e com ela, o reconhecimento de direitos políticos. De fato, a Constituição de 1824 foi importante para os momentos de estabilidade política, alcançada, no Império, “a partir da Praieira (1848-1849), que foi a última rebelião de carácter político no período monárquico. Serviu, também, com a mesma eficiência, para as fases de crise que se multiplicaram numa sucessão interminável de revoltas”, entre os anos de 1824 e 1848. Foi sob a vigência desse texto, emendado apenas uma vez, que ocorreu, sem riscos de rupturas, a evolução histórica de todo o período monárquico. Esse progresso “inclui fatos de enorme relevância e significação tanto política como econômica e social. As intervenções no Prata e a Guerra do Paraguai; o fim da tarifa preferencial da Inglaterra

¹⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. A relação direito e política: uma análise da atuação do judiciário na história brasileira. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 754, set./dez. 2013.

¹⁹⁷ Sobre o conceito de Constituição, importantes lições de Canotilho: “As constituições escritas são uma criação da época moderna. No entanto todas as sociedades politicamente organizadas, quaisquer que sejam as suas estruturas sociais, possuem certas formas de ordenação susceptíveis de serem designadas por constituição. ‘Todos os países possuem, possuíram sempre, em todos os momentos da sua história, uma constituição real e efectiva.’ Este conceito de constituição apresenta-se-nos com um carácter histórico e uma dimensão universal — é o conceito histórico-universal de constituição. [...] A ideia da organização constitucional do Estado começou a ganhar vulto no século XVIII com o chamado movimento constitucional, impulsionado pelas revoluções americana e francesa. No entanto, costuma recorrer-se ao processo de sedimentação do constitucionalismo britânico para se apontar uma espécie de pré-história constitucional. Alguns autores marcam o início desta pré-história no século XIII (1215), data em que os barões do Reino de Inglaterra impuseram a João Sem Terra a Magna Carta (*Magna Charta Libertatum*). Não se trata ainda de uma verdadeira declaração de direitos, mas da resolução do problema do domínio estadual de acordo com as estruturas feudais da época. Em 1628, a *Petition of Right*, não obstante o seu carácter meramente declaratório, é já uma tentativa de tomada de posição do Parlamento sobre os princípios fundamentais das liberdades civis. No século XVII, surgem os célebres *covenants*, ou seja, contratos entre os colonos fixados no continente americano e a mãe pátria, (*chartered colonies*) neles se estabelecendo os direitos e obrigações recíprocas. As *Fundamental Orders of Connecticut* (1639) são o mais antigo destes convénios e neles se detecta a ideia de constituição como instrumento ordenador da sociedade política. A primeira tentativa de constituição escrita verificou-se ainda na Inglaterra com *Agreement of the People* (1647-1649) e a ele está associado o movimento dos *levellers*. O *Instrument of Government* (1653) de Cromwell é considerado como a primeira verdadeira constituição escrita, aproximando-se das fórmulas constitucionais autoritárias da época contemporânea. [...] Com o triunfo do movimento constitucional, impôs-se também, nos primórdios do século XIX, o chamado conceito ideal de constituição (C. SCHMITT). Este conceito ideal identifica-se fundamentalmente com os postulados político-liberais, considerando-se como elementos materiais caracterizadores e distintivos os seguintes: (a) a constituição deve consagrar um sistema de garantias da liberdade (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos actos do poder legislativo através dos parlamentos); (b) a constituição contém o princípio da divisão de poderes, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estaduais; (c) a constituição deve ser escrita (documento escrito)”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 70-75.

e o início do protecionismo econômico, com a tarifa Alves Branco”, do ano de 1844; também ocorreu a proibição do tráfico de escravos e posterior abolição da escravidão e o começo da industrialização.¹⁹⁸

Além disso, a Constituição de 1824 fez uso de ideias das constituições francesas, estabeleceu os três poderes, Executivo, Legislativo (senado e câmara) e o Judiciário, e “como resíduo do absolutismo, criou ainda um quarto poder, chamado de Moderador, que era privativo do imperador”. A principal função do poder moderador é a livre nomeação de ministros pelo Imperador, sem necessitar de apreciação do poder legislativo. Tal característica fazia com que o modelo não fosse exatamente o parlamentar, mas “poderia ser chamado de monarquia presidencial”.¹⁹⁹

Conforme já mencionado, foram estabelecidos os direitos políticos, estabelecendo quem poderia votar e ser votado, sendo que a Constituição de 1824 era considerada extremamente liberal para os padrões da época: votavam os homens, com idade igual ou superior a 25 anos e com renda mínima de 100 mil réis; não votavam as mulheres, os escravos, “os libertos podiam votar na eleição primária”; havia exceções para o limite de idade, que “caía para 21 anos no caso dos chefes de família, dos oficiais militares, bacharéis, clérigos, empregados públicos em geral e todos os que tivessem independência econômica”. Importante ressaltar que o lado positivo desse período foi o fato de terem havido eleições ininterruptas de 1822 até 1930, embora tenham ocorrido algumas suspensões em locais específicos, tendo em vista situações que impediam o pleito, como no caso da guerra do Paraguai.²⁰⁰

Do lado negativo, os detentores dos direitos políticos, tornados cidadãos pela Constituição de 1824, são a população descrita anteriormente. Cerca de 85% eram analfabetos, controlados pelos grandes proprietários de terra e pelo governo, e nas áreas rurais a influência mais forte era dos comandantes da Guarda Nacional.²⁰¹

Assim, grande parte dos eleitores não tinham noção das instituições, nem da importância do voto, ademais, estavam subjugados economicamente a quem pagava seu salário. “A luta política era intensa e violenta. O que estava em jogo não era o

¹⁹⁸ NOGUEIRA, Octaciano. **Coleção Constituições brasileiras**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. v. 1, p.105.

¹⁹⁹ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 29.

²⁰⁰ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 30-31.

²⁰¹ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 30-31.

exercício de um direito de cidadão, mas o domínio político local. O chefe político local não podia perder as eleições”, o que significava desprestígio e perda de controle dos cargos públicos. Além disso, as eleições eram “tumultuadas e violentas”. Em tal contexto, o eleitor não exercia seus direitos políticos, participando do governo e da vida política do país, “mas como dependente de um chefe local, ao qual obedecia em maior ou menor fidelidade. O voto era um ato de obediência forçada ou, na melhor das hipóteses, um ato de lealdade e gratidão”.²⁰²

De fato, chefe do poder municipal, “o elemento primário desse tipo de liderança é o ‘coronel’, que comanda discricionariamente um lote considerável de votos de cabresto. A força eleitoral empresta-lhe prestígio político”, como se fosse um inerente resultado de sua privilegiada situação econômica e social de latifundiário. “Dentro da esfera própria de influência, o ‘coronel’ como que resume em sua pessoa, sem substituí-las, importantes instituições sociais. Exerce, por exemplo, uma ampla jurisdição sobre seus dependentes, compondo rixas” e desacordos e pronunciando vereditos que os envolvidos respeitam. Além disso, detêm sob seu controle extensas funções policiais, de que comumente se desincumbe com a sua pura ascendência social. Já “a massa humana que tira a subsistência das suas terras vive no mais lamentável estado de pobreza, ignorância e abandono. Diante dela, o ‘coronel’ é rico”, e a ele a massa “deve” sua sobrevivência. Como é possível observar a estrutura de manutenção do poder, da hegemonia de determinados grupos, notadamente o detentor do poder econômico, tem suas bases na formação brasileira, e essa estrutura se sustenta até os dias atuais.²⁰³

Com a Primeira República (1889-1930), não houve grande mudança nos moldes como se dava a participação política, que já havia sido alterada no ano de 1881, instituindo eleições diretas, proibindo o voto do analfabeto e aumentando o valor da renda mínima para votar; essa última exigência foi eliminada em 1891, pela nova carta constitucional. A principal exclusão de eleitores se deu pela exigência da alfabetização, pois como visto anteriormente, cerca de 85% da população votante era analfabeta.

²⁰² CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 33-34.

²⁰³ LEAL, Víctor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 7 ed. 2012. p. 30.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de inspiração liberal, visava “organizar um regime livre e democrático”. Conforme declaração preambular, institui a federação aos moldes dos Estados Unidos da América, com sistema presidencialista de governo, mantendo-se os três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como a extinção do Poder Moderador. O imaginário democrático é, tanto na Constituição de 1824 quanto na Constituição de 1891, uma invenção das elites dirigentes. Elas é que sonham, desde 1789, “este belo sonho – espécie de *violon d’Ingres* do seu idealismo, instrumento delicado e difícil que elas vêm insistindo, há mais de um século, em querer que o nosso povo-massa se acostume a dedilhar”.²⁰⁴

De fato, o liberalismo político traz a harmonia ideal, conjuntamente com a “propriedade rural, a ideologia a serviço da emancipação de uma classe da túnica centralizadora que a entorpece. Da imunidade do núcleo agrícola expande-se a reivindicação federalista, empenhada em libertá-lo dos controles estatais”. Tal união escora a soberania popular, todavia, povo são os proprietários de terras hábeis em defender seus próprios interesses, “equiparada à democracia, democracia sem tutela e sem peias”.²⁰⁵

A ideologia liberal associa-se aos modelos universais, oriundos da “Inglaterra, França e Estados Unidos, confortando a consciência dos ocidentalizadores, modernizadores da sociedade e da política brasileiras, muitas vezes enganados com a devoção sem exame aos modelos”. De fato, ser considerado culto, moderno, expressa, para o brasileiro do século XIX e início do XX – e ainda hoje, ao que parece –, estar em consonância com os ideais liberais, exacerbando o comando de situações desiguais, tidas como naturais, atrapalhada sempre que o Estado interfere na atividade particular. “Com otimismo e confiança será conveniente entregar o indivíduo a si mesmo, na certeza de que o futuro aniquilará a miséria e corrigirá o atraso”. O futuro, que se revela no hoje, tem demonstrado dia a dia tal falácia.²⁰⁶

²⁰⁴ Apesar de Oliveira Vianna ser um antiliberal, sua escolha para referenciar na tese deve-se ao fato de que exerceu o cargo de Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, a partir de 1932, sendo o autor importante para fins de contextualização histórica. Inobstante, em nenhum momento, a pesquisa seguiu a linha conservadora e secular defendida pelo referido autor. VIANNA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999. p. 318.

²⁰⁵ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. revista e aumentada. Porto Alegre/São Paulo: Globo/ Universidade de São Paulo, 2001. p. 592.

²⁰⁶ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. revista e aumentada. Porto Alegre/São Paulo: Globo/Universidade de São Paulo, 2001, p. 592.

Nessa toada liberal e de descentralização do poder estatal, os presidentes dos estados, que eram as antigas províncias, passaram a ser escolhidos pela população. “A descentralização tinha o efeito positivo de aproximar o governo da população via eleição de presidentes de estados e prefeitos. Mas a aproximação se deu sobretudo com as elites locais”, e o efeito da descentralização foi a formação de sólidas oligarquias estaduais, fundamentadas em partidos únicos. Esse fato, evidentemente, obstou qualquer tipo de oposição política. “A Primeira República ficou conhecida por ‘república dos coronéis’. Coronel era o posto mais alto na hierarquia da guarda nacional”. Já foi citado seu poder político na época imperial e a partir do momento em que o coronel perdeu o poder militar²⁰⁷, restou-lhe o poder político. “O coronelismo era a aliança desses chefes com os presidentes dos estados e desses com o presidente da República”. Nesse universo, as práticas eleitoreiras fraudulentas se mantiveram e se aperfeiçoaram, eis que os coronéis não aceitavam perder o poder e, para tanto, “os eleitores continuaram a ser coagidos, comprados, enganados ou simplesmente excluídos”, assim, é consenso entre os estudiosos que não havia eleições limpas.²⁰⁸

Essa engrenagem de manutenção do poder hegemônico se fundamenta, conforme visto, por meio das alianças políticas decorrendo o alcance de vantagens, como a nomeação de delegados e subdelegados, também dos cartórios extrajudiciais por meio dos políticos locais. Nesse sentido, o sistema de Justiça, aí incluído o sistema policial, faz “justiça” aos aliados e “aplica os rigores da lei” aos adversários. De fato, “essas debilidades da organização judiciária e policial resultam do isolamento, da pobreza do país, da escassez de suas rendas públicas, da fragilidade humana e, em grande parte, do interesse menos escrupulosos das situações políticas” dos estados. É esse interesse que motiva o entrosamento de juízes, promotores, serventuários da justiça e delegados de polícia no difundido sistema de pacto do “coronelismo”.²⁰⁹

²⁰⁷ “Inegável, afastado o extremo militarista, que a força armada sempre esteve presente, real ou potencialmente, na superfície ou no subterrâneo das decisões políticas da República. Presente de fato ou pela ameaça, sentida na camada dominante, com a possibilidade de súbito aparecimento: o temido lobo do bosque, rondando uma não ingênua Chapeuzinho Vermelho. O problema será caracterizar o tipo, a forma de intervenção militar na política, derivada dos fatos e não de uma doutrina abstrata ou de um comando legal. A República procurou, já se notou ao apreciar longamente o artigo 14 da Carta de 1891, legitimar, senão as intervenções, pelo menos a força política dos militares.” FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3 ed. revista e aumentada. Porto Alegre/São Paulo: Globo/Universidade de São Paulo, 2001. p. 654.

²⁰⁸ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 40-42.

²⁰⁹ LEAL, Víctor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 7. ed., 2012. p. 205.

Até o ano de 1930,²¹⁰ não havia organização política do povo, nem sentimento de nacionalismo, a participação na política nacional era limitada a pequenos grupos, inclusive quando estão em pauta grandes acontecimentos, como foi a Revolta da Vacina em 1904. “A grande maioria do povo tinha com o governo uma relação de distância, de suspeita, quando não de aberto antagonismo. Quando o povo agia politicamente, em geral o fazia como reação ao arbítrio das autoridades”. Nunes chama de uma cidadania em negativo, “o povo não tinha lugar no sistema político, seja no Império, seja na República”.²¹¹

Todavia, logo as cidades começam a se modificar e os problemas sociais ficam mais acentuados, e “o operariado brasileiro, oriundo dos remanescentes da escravidão e das migrações de latifúndios em desagregação, somava-se, no começo do século, ao contingente estrangeiro, majoritário nas grandes cidades”. Assim, começam a ser disseminadas concepções anarquistas, disseminadas nos países de procedência dos operários, Itália, Espanha e Portugal. Após a primeira grande guerra, a influência marxista começa a ser difundida e, posteriormente, pela revolução soviética.²¹²

Nessa linha histórica, no Brasil, o Partido Comunista é fundado em 1922, “dominado por intelectuais e cortado de dissidências com rivalidades, sem atuação no movimento operário. Lentamente, entretanto, a ideologia marxista-leninista sobrepuja o anarquismo, infiltrando-se nos sindicatos, ainda embrionários na época”. Apesar da

²¹⁰ “NA MADRUGADA DE 5 DE JULHO DE 1922, governando Epitácio Pessoa e já eleito Artur Bernardes, os disparos do Forte de Copacabana anunciam o fim da República Velha. Os jovens militares antecipam, em dois quatriênios, uma data necessária, embora não irremediável nos termos em que aconteceria. Este ciclo, que começa com pólvora, com pólvora se fechará, depois que um tiro paralisar o coração de um presidente — presidente, ex-chefe revolucionário e ex-ditador. Os velhos políticos, senhores da crônica republicana, atores de acontecimentos antigos e recentes, não temiam bravatas, nem acreditavam no encerramento da obra de Deodoro, obra corrigida e reeditada por Campos Sales. Agitações, badernas e revoltas inquietaram Rodrigues Alves e Hermes da Fonseca, com as ruas e as praias feridas de balas e boatos, sem que nenhum presidente abandonasse o palácio. Esta onda de indisciplina passaria, como passaram as outras, contanto que houvesse energia e mão pesada. As oscilações demonstrariam a solidez do edifício — posto à prova para atestar a firmeza dos fundamentos. A serenidade voltaria aos espíritos e a paz aos quartéis: volvidos os dias de Artur Bernardes, o quatriênio de Washington Luís correrá tranqüilo, retomada a confiança na prosperidade e no trabalho. Só o duro temperamento do áspero montanhês teria impedido a conciliação, roído de vinganças e ódios, extraviado na crença de sua missão de restaurar a autoridade.” FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. revista e aumentada. Porto Alegre/São Paulo: Globo/Universidade de São Paulo, 2001. p. 782.

²¹¹ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 81-82.

²¹² FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. revista e aumentada. Porto Alegre/São Paulo: Globo/Universidade de São Paulo, 2001. p. 755.

dispersão das vertentes ideológicas, em vários partidos, inúmeras greves pulsam no meio operário, “desde a primeira hora republicana, com o tenente Vinhais na liderança dos ferroviários, na Capital da República. Vez ou outra irrompe uma greve local, de proporções reduzidas e diminutas, até que, a partir de 1917”, elas se tornam quase revolucionárias. É no período de 1917-1919 que a classe média urbana demonstrou afinidade pelos movimentos. Todavia, havia movimentos conciliatórios como o do jornal O Estado de São Paulo e, “Artur Bernardes, candidato à presidência, voltou-se, discretamente, para as organizações trabalhistas, num cálculo de contrapeso ao Exército. No seu governo criou o Conselho Nacional do Trabalho”, instituindo uma caixa de pensões dos ferroviários e constituindo o feriado nacional de 1.º de maio, como dia do trabalhador.²¹³

Com efeito, no ano de 1922 ocorreram episódios cujas implicações geraram transformações expressivas na história política do Brasil. As eleições para a presidência da República, o sucessor de Epitácio Pessoa, geraram a abertura de uma crise política, eis que havia uma aferrada disputa entre dois grupos e exacerbaram as dissensões internas das oligarquias. Em um lado, o candidato da situação, Artur Bernardes, então presidente de Minas Gerais, o qual detinha o apoio de São Paulo; do outro lado, a Reação Republicana, que possuía como candidato o fluminense Nilo Peçanha e foi agregada pelos estados do Rio de Janeiro, do Rio Grande do Sul, Bahia e Pernambuco, ou seja, os estados que não produziam.

O período iniciado em 1922, o aumento populacional das cidades, a insatisfação dos operários, o movimento revolucionário denominado Coluna Miguel Costa-Prestes ou coluna Prestes (tenentismo), sob o comando dos tenentes Miguel Costa e Luís Carlos Prestes, realizou longa marcha por diversos estados do país entre abril de 1925 e fevereiro de 1927. Tais fatores são somados às insatisfações também das camadas superiores da sociedade, assim, do desajuste na elite, com domínios “à procura de integração política, no industrial em rápida acumulação de riqueza em virtude do mercado interno expansivo, no financiador de safras e exportações, sedentos de crédito para ampliar seus negócios”, deram início a uma grave crise política nacional.²¹⁴

²¹³ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. revista e aumentada. Porto Alegre/São Paulo: Globo/Universidade de São Paulo, 2001. p. 755.

²¹⁴ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. revista e aumentada. Porto Alegre/São Paulo: Globo/Universidade de São Paulo, 2001. p. 755.

Assim é que “1922 leva a 1930, numa trajetória necessária. Mas 1922 não é 1930, nem a revolução está nas revoltas militares. Nesse curso de oito anos, alimentado por lenta desintegração, as defesas ideológicas do regime republicano” deterioraram-se. Os sonhos gloriosos desenhados pelas propagandas nacionais, o “federalismo dos homens práticos convertem-se, na consciência geral, em instituições odiosas. Alguns elementos se transformam, o federalismo concentra-se no presidencialismo forte, o país essencialmente agrícola transige com as indústrias”, e desse modo, o liberalismo sucumbe ao intervencionismo estatal.²¹⁵

A instabilidade política atingiu seu ápice com a quebra da bolsa de Nova Iorque, no ano de 1929, afetando a venda da produção de café para o mercado exterior, o que enfraqueceu as oligarquias dos estados de São Paulo e Minas Gerais, os quais eram produtores e exportadores de café.

Nesse cenário, ocorreu o processo de destituição do presidente Washington Luís, com a ascensão de Getúlio Vargas, então presidente do estado do Rio Grande do Sul, ao cargo de chefe da nação. Embora alguns autores chamem esse fato de revolução, o termo mais correto é movimento político de 1930, já que não ocorreu mudança radical no quadro político do país, o qual continuou sendo representação das elites oligárquicas brasileiras.

A conquista de Vargas não foi resultado de uma empreitada revolucionária, “que durou 21 dias, de 3 a 24 de outubro. Ela foi decidida no dia em que o alto comando resolveu depor Washington Luís, mantendo, assim, relativamente intata a instituição militar”. De toda forma, a força do tenentismo²¹⁶ existe e são eles que

²¹⁵ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. revista e aumentada. Porto Alegre/São Paulo: Globo/Universidade de São Paulo, 2001. p. 760.

²¹⁶ “O tenentismo surgiu na década de 1920. Desde o início, despontou para a história como um marco relevante para explicar a crise da Primeira República, a Revolução de 1930 e as Forças Armadas, em especial a participação do Exército na política. Para os dicionários brasileiros de língua portuguesa, “tenentismo” pode se referir tanto a uma determinada ação política ou à ideologia dessa ação. No primeiro caso, o tenentismo tem seu tempo bem delimitado: da década de 1920 até início da de 1930. No segundo caso, não existiria propriamente um tempo; seriam ideias que movimentam um aspecto da história do país. Existem aqui dois tipos de tenentismo: o movimento e a ideologia. Uma reflexão sobre o tenentismo como ideologia abre um leque amplo de opções para a sua compreensão, pois remete a questões específicas, relacionadas aos ideais e objetivos que moveram a jovem oficialidade na década de 1920 e no início da de 1930, e a questões gerais, relacionadas ao papel das forças armadas, em específico do Exército, na política brasileira. Sobre o tenentismo como movimento, o estudo torna-se mais delimitado, com cortes temporais e espaciais definidos de forma clara e evidente, restringindo-se a um tempo: o tempo do tenentismo. É sobre esse último aspecto que iremos tratar. O significado do tenentismo foi forjado na proporção de suas ações, que ocorreram entre 1922 e 1934. Nesse período, existiu como movimento de conspiração e como governo. De 1930 a 1934, período marcado pela participação no governo e pela formação do Clube 3 de Outubro, o tenentismo teria vivido sua fase final e menos original”. LANNA Jr., Mário Cléber Martins. Tenentismo e crises políticas na Primeira

integram o grupo que rodeia a Vargas, como liderança política e civil. Ademais, a campanha eleitoral do ano de 1930 foi marcada pela presença da Aliança Liberal, a qual, “pela primeira vez, apresentou uma plataforma criticando as oligarquias estaduais e a ineficiência governamental”.²¹⁷

O governo de Vargas seria provisório. A meta inicial era a de organizar o Estado desde os primeiros momentos no poder, visando formar uma Assembleia Constituinte e formular uma nova constituição, já que a Carta de 1891 havia sido anulada, para que a partir daí ocorresse a eleição do presidente no país. Essas ideias foram endossadas principalmente pelos liberais constitucionais que apoiaram o movimento de 1930.

José Murilo afirma ter sido o ano de 1930 um divisor de águas, já que a partir de tal data as mudanças sociais passaram a ser mais profundas e céleres, incluindo os direitos sociais. Nesse sentido, o governo de Vargas criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, com a edição de legislações no campo previdenciário e trabalhista, que seria completada em 1943 com a Consolidação das Leis do Trabalho. Apesar dessa constatação realizada pelo autor, ele enfatiza que a fase revolucionária durou apenas até o ano de 1937, quando Vargas deu cabo ao golpe apoiado pelos militares, governando até 1945. Ademais quanto aos direitos políticos, também houve verdadeira instabilidade e total descaso ao projeto democrático.²¹⁸

Sarlet afirma que em um julgamento sintético da primeira Constituição republicana, é possível afirmar que, apesar do importante lapso temporal “de vigência da Constituição, de 24.02.1891 até 11.11.1930, o descompasso entre o texto constitucional e a realidade social, econômica, política e cultural brasileira acabou sendo uma das marcas características desse período”. Apesar de tal assertiva, Paulo Bonavides e Paes de Andrade²¹⁹, ao analisar a primeira fase republicana e a Carta Constitucional de 1891, admitem que, “a despeito de todos os

República. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (org.). **O tempo do liberalismo oligárquico**: da Proclamação da República à Revolução de 1930. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 419.

²¹⁷ SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do autoritarismo brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Publit Soluções Editoriais, 2007. p. 199.

²¹⁸ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 87.

²¹⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1991.

percalços vivenciados, a Constituição ainda assim possibilitou a consolidação das instituições nacionais e do Estado brasileiro”.²²⁰

Apesar da ideia de governo provisório, Getúlio Vargas tem outros planos para o Brasil, nomeadamente centralizar o poder, posição sustentada pelos seus apoiantes que defendem a implantação do modelo de república autoritária. A ideia de Vargas era reformar o modelo político em todo o Brasil porque temia que se novas eleições fossem realizadas imediatamente, a oligarquia tradicional retomasse o poder. Assim, a característica autoritária foi demonstrada já no Governo Provisório, e dentre as medidas centralizadoras, sobressaem-se: a dissolução do Congresso Nacional e das casas legislativas estaduais e municipais e a mudança dos governadores de estado por interventores designados por Vargas.

Com efeito, o núcleo fundante do novo modelo será o componente militar, “com o setor dinâmico dos tenentes — de tenentes a generais, todos tenentes historicamente —, onde predomina a voz, confusa como a hora confusa que passa, do coronel Góes Monteiro, chefe militar da revolução de outubro”. A marca política do Exército se dilata na invalidação dos exclusivismos estaduais e na aliciação do povo “— as camadas médias e as proletárias — em movimentos de organização do poder e da ideologia reinante”.²²¹

Todavia, o aspecto centralizador do governo provisório de Vargas bem como o fato de não concretizar as eleições e convocar a Constituinte tiveram reflexos: o estado de São Paulo se insurgiu contra o governo de Vargas e em 1932 explodiu a chamada Revolução Constitucionalista²²².

²²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 107.

²²¹ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3 ed. revista e aumentada. Porto Alegre/São Paulo: Globo/Universidade de São Paulo, 2001. p. 821.

²²² “De fato, a 23 de maio de 1932 tomaram na praça da República os primeiros 'mártires': Martins, Miragaia, Dráusio e Camargo, cujas iniciais formaram a sigla MMDC nomeando, naquele momento, a organização responsável pela mobilização civil e militar e, desde a década de 1950, a sociedade encarregada da preservação da memória da Revolução Constitucionalista. Se pensarmos o movimento constitucionalista como um *drama social*, seguindo as proposições de Victor Turner para uma leitura da ação simbólica que caracteriza os conflitos sociais,³ poderemos tomar o evento da praça da República como um ato importante, pois nele tornaram-se visíveis as principais forças em conflito naquela conjuntura. Após um comício cuja tônica encerrava-se na defesa da autonomia regional e dos princípios liberais de reforma política, concentrados, então, nos clamores pela reconstitucionalização, a multidão se dirigiu à sede da Liga Revolucionária Paulista e do Partido Popular Paulista (PPP). No caminho, arrancaram as placas com nomes de eventos e personagens ligados à revolução de 1930 e 'empastelaram' os jornais que defendiam o governo provisório, num movimento que culminaria com o ataque à sede das organizações 'outubristas'. Os membros da Liga e do PPP reagiram ao movimento descoordenado dos 'constitucionalistas' e atiraram sobre a multidão desde o edifício onde se encontravam, resultando na morte dos quatro primeiros 'mártires' e no ferimento de um quinto participante que viria a

Apesar de o movimento ter sido considerado derrotado, Getúlio Vargas acatou os pleitos dos paulistas, escolhendo para o estado um interventor civil e natural do estado; também, assegurou a concretização de uma eleição em 1933 para compor a Constituinte, daquela que seria a Constituição de 1934.

Assim, terminado o período ditatorial de quatro anos, a Constituição de 1934 implantou a Segunda República. No entanto, abreviada e precária foi a existência da Constituição de 34, pois “promanara de uma ambiência política marcada por mutilações participativas, crises, desafios, suspeitas, incertezas, contestações e ressentimentos”. A Assembleia Constituinte que a promulgou não colheu a imprescindível densidade legitimante, de fato, os líderes do *ancien régime* republicano jaziam no exílio político, separados de toda participação. Já as “forças políticas situacionistas, por sua vez, elegeram presidente da República, por via indireta, o ex-ditador e chefe revolucionário do movimento de outubro de 30, um homem cujo apetite pelo poder o levou, três anos depois, a desferir o golpe de Estado” datado de 10 de novembro de 1937.²²³ Assim, o término da República Velha “não se deu por meio da democratização do Estado brasileiro, mas da imposição de um projeto político autoritário, que, a partir de 1937, passou a flertar diretamente com o totalitarismo nazifascista”²²⁴, conforme se verá mais detidamente no decorrer deste tópico.

É preciso destacar que a Constituição de 1934 foi intensamente consumida “pelo corporativismo fascista, o que, de resto, acabou por se constituir em marca indelével da chamada Era Vargas (1930-1945), mas não se podem subestimar, muito antes pelo contrário, os estímulos oriundos da Constituição espanhola de 1931”, da austríaca de 1920 e, de maneira especial no que diz respeito ao constitucionalismo social, a autoridade desempenhada pelas Constituições mexicana (1917), alemã (Constituição da República de Weimar, 1919), e pelo texto constitucional soviético, do ano de 1918.²²⁵

falecer meses depois”. ABREU, Marcelo Santos de. Luto e culto cívico dos mortos: as tensões da memória pública da revolução constitucionalista de 1932 (São Paulo, 1932-1937). **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 31, n. 61, p. 105-123, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-01882011000100006>. Acesso em: 10 abr. 2021.

²²³ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 14, n. 40, p. 155-176, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142000000300016>. Acesso em: 9 maio 2021.

²²⁴ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. A relação direito e política: uma análise da atuação do judiciário na história brasileira. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 744, set./dez. 2013.

²²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 107.

As centrais particularidades da Constituição de 1934 foram a conservação da “estrutura organizacional da Constituição anterior, no caso, da República, da Federação, do postulado da separação de poderes, do sistema presidencialista e do regime democrático-representativo, [...] acompanhada de algumas inovações”, como da instituição do sufrágio feminino, confirmando a previsão do Código Eleitoral de 1932; da instituição, junto ao Ministério Público e do Tribunal de Contas, dos Conselhos Técnicos e dos órgãos cooperativos nas funções governamentais. Também, o fortalecimento do Poder Executivo, alargando as probabilidades da decretação do estado de sítio; o mandato de quatro anos para o Presidente foi mantido, no entanto, com impedimento para reeleição; e foi suprimida a função de Vice-Presidente. “A criação da Justiça do Trabalho também se deveu ao novo texto constitucional, apta a dirimir litígios entre empregados e empregadores”, atendendo aos reclamos dos operários.²²⁶

No que diz respeito aos direitos e garantias do cidadão²²⁷, apesar da existência, “na Carta Imperial de 1824, de algumas posições jurídicas, isoladas e pontuais, atinentes à categoria dos direitos sociais, foi apenas na Constituição de 1934 que o comprometimento (ao menos formal) com a noção de um Estado Social” e com os direitos sociais ocorreu, de forma inacabável, ao constitucionalismo brasileiro.²²⁸

No entanto, “a direção estatal, com o executivo orientador e reformista, predominou na estrutura política, na qual a Constituição de 1934 foi apenas um equívoco. A fachada liberal democrática, para persistir, deveria manter aprisionadas” as forças oposicionistas dos estados por meio de representantes classistas, os quais eram, de fato, agentes do governo no seio do Poder Legislativo.²²⁹

²²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 107.

²²⁷ Outras inovações podem ser mencionadas: “A ordem econômica, consoante o art. 115, deveria ser pautada pelos princípios da justiça, possibilitando a todos uma existência condigna; foi garantido o amparo à maternidade e à infância, incumbindo ao Poder Público a adoção de medidas legislativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis (art. 138); além de toda a produção legislativa na seara laboral decorrente dos preceitos estipulados no art. 121, como os referentes ao salário mínimo, à jornada máxima de oito horas de trabalho, ao repouso semanal, às férias anuais remuneradas, à indenização para o trabalhador pela dispensa sem justa causa, à assistência médica ao trabalhador e à gestante, e ao reconhecimento das convenções coletivas de trabalho. Mas também no campo dos direitos civis e políticos o texto constitucional de 1934 trouxe grandes inovações, como o instituto do mandado de segurança, a ser ministrado toda vez que houvesse direito “certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 107.

²²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 107.

²²⁹ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3 ed. revista e

Assim é que o projeto constitucional, “por mais progressista que tenha sido, especialmente em matéria de direitos sociais, praticamente não teve chance de se afirmar na vida cotidiana política, social e econômica do Brasil”, tendo em vista o ulterior golpe desferido em 10 de novembro de 1937, pelo próprio Getúlio e amparado pelo movimento esteve no baldrame do texto de 1934. O resultado foi que a Constituição de 1934 “acabou sendo substituída de forma autoritária, dando lugar ao Estado Novo, pouco mais de três anos após sua entrada em vigor. Sua derrocada precoce pode ser reportada”, dentre outros motivos, ao fato de estar transposta por princípios contrários, de maneira que “não era possível identificar um projeto político hegemônico para o País”.²³⁰

Como foi possível visualizar, a década de 1930 iniciou de maneira agitada na sociedade brasileira, com os movimentos ou Revoluções – para quem assim entende – de 1930 e 1932, que culminaram na Constituição de 1934. Contudo, as agitações continuaram e, por conseguinte, não houve a necessária estabilidade político-institucional para o estabelecimento da ordem constitucional estabelecida em 1934. O fato é que o contexto fático mundial influenciou o cenário sociopolítico brasileiro, “as agitações ideológicas, de perfil extremista, que vicejavam na Europa, notadamente as diversas correntes do fascismo (até mesmo o nacional-socialismo, embora de forma mais tímida, alcançou o Brasil) e do socialismo e comunismo”, tudo agravado pela crise econômica mundial, decorrentes da crise de 1929.²³¹

De fato, a repressão perpetrada, baseada na Lei de Segurança, “no estado de guerra e no Tribunal de Segurança Nacional e nas pressões sobre as duas Casas do Congresso, processando deputados e senadores e expurgando das fileiras militares e civis da sociedade personalidades suspeitas ao regime”, agourava já o desenlace nefasto do golpe de 1937. Este se “consumou às vésperas da eleição presidencial direta em que concorriam ao poder as candidaturas de José Américo de Almeida e Armando Sales de Oliveira; o primeiro, candidato do Governo”; o outro, da Oposição, ambos também vítimas do golpe que implantou no país a ditadura do Estado Novo.²³²

aumentada. Porto Alegre/São Paulo: Globo/Universidade de São Paulo, 2001. p. 825.

²³⁰ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. revista e aumentada. Porto Alegre/São Paulo: Globo/Universidade de São Paulo, 2001. p. 825.

²³¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 108.

²³² BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 14, n. 40, p. 155-176, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142000000300016>.

Destarte, foi nesse cenário que, sob o comando de Plínio Salgado, apareceu a “Ação Integralista Brasileira, de inspiração fascista, assim como foi nesta época que ocorreu a reorganização do Partido Comunista no Brasil, sob o comando de Luís Carlos Prestes, sujeito, de resto, à disciplina estrita do Comitê Central Soviético”, resultando no fracasso da “Intentona Comunista”²³³, de 1935.

Assim a ideologia fascista se alastrava no Brasil, a AIB, liderada por Plínio Salgado, defendia “um Estado integral, autoritário, nacionalista e anticomunista. O slogan da AIB – ‘Deus, Pátria e Família’ – sintetizava seus princípios conservadores”.²³⁴ Esse contexto fático favoreceu “sobremaneira as coisas para que Getúlio Vargas, mediante argumentos de manutenção da ordem, dissolvesse a Câmara e o Senado, outorgando a Constituição de 10.11.1937”.²³⁵

Por meio da cominação de nova carta constitucional, desguarnecida de “qualquer legitimação democrática, apenas foi assegurada uma roupagem ‘constitucional’ para a ditadura do Estado Novo. O perfil profundamente autoritário e controlador, especialmente em relação à dissidência política”, à mídia e aos sindicatos, foi afiançado, mormente, por meio da prática de uma polícia política, “com seus órgãos institucionais, como o Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP), o Tribunal de Segurança Nacional, a Delegacia Especial de Segurança Pública e Social (DESPE) e o Departamento de Ordem Política e Social (DOPS)”, estruturados com a intenção de repressão política e de padronizar a ideologia das massas, por intermédio da doutrina ideológica do regime.²³⁶

Com a manutenção do poder nas mãos das classes dominantes de sempre, “o teórico de 1937 sonda o futuro, armado com a lâmina fascista, temperada em leituras nacional-socialistas. Para a transição, a doutrina do mito soreliano,

Acesso em: 9 maio 2021.

²³³ “Em 23 de novembro de 1935, irrompeu-se a chamada “Intentona” Comunista. Superestimando a existência de um clima favorável à revolução socialista no país, o Partido Comunista do Brasil, auxiliado por agentes de Moscou, lançou-se numa tentativa malograda de tomada do poder. Desencadeada inicialmente em Natal, cidade que foi tomada pelos comunistas durante quatro dias, a “Intentona” foi estendida para quartéis de Recife e Rio de Janeiro. Esse estopim de insurreição nacional foi efêmero, sendo logo dominado pelas forças federais.” DOMINGUES, Petrônio. Constantemente derrubo lágrimas: o drama de uma liderança negra no cárcere do governo Vargas. **TOPOI**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 14, p. 146-171, jan.-jun. 2007.

²³⁴ DOMINGUES, Petrônio. Constantemente derrubo lágrimas: o drama de uma liderança negra no cárcere do governo Vargas. **TOPOI**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 14, p. 146-171, jan.-jun. 2007.

²³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 108.

²³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 108.

instrumento pragmático, salva os dedos sem sacrificar os anéis”, realizando-as camuflado, ocultando-as sob a violência policial, todo aparato criado para a manutenção da “ordem”. A incoerência, qual seja: contenção policial e concessões sociais, “é de substância do esquema em preparo. Combina-se o irracionalismo romântico das massas com o ceticismo dos líderes, flutuando entre a mistificação e a verdade, materiais que forjam o César nativo”.²³⁷

Faoro assevera que a democracia, às avessas, se separa do liberalismo, “em busca de César, não o 'César caricato' da denúncia a D. Pedro II, mas o César que comanda o progresso, prende, demite e pune, com o esquema de Napoleão III repetindo a história” e as massas estão sujeitadas ao fascínio de uma persona carismática. Esse ponto é o centro da integração política.²³⁸

Assim, instaurado o Estado Novo, o qual ganhou força com a segunda guerra mundial, “de 1937 a 1945 o país viveu sob um regime ditatorial civil, garantido pelas forças armadas, em que as manifestações políticas eram proibidas, o governo legislava por decreto, a censura controlava a imprensa, os cárceres se enchiam” de oposição ao governo ditatorial.²³⁹

No que diz respeito à ordem constitucional instaurada, que foi “redigida por Francisco Campos e também designada de ‘A Polaca’, em virtude de ter sido inspirada fortemente na Constituição da Polônia, de 23.04.1935, fortaleceu sobremaneira o Poder Executivo, atribuindo a este uma intervenção mais ampla” na produção das leis, especialmente, garantindo a faculdade da expedição “de decretos-leis em todas as matérias de competência da União, enquanto não fosse reunido o Congresso Nacional, conforme preceitua seu art. 13, no título destinado à organização nacional”.²⁴⁰

Para Pontes de Miranda, as características mais importantes da Carta eram a organização, adjudicada ao Presidente, das atribuições dos órgãos representativos, a faculdade de indicação, pelo Chefe do Poder executivo, de um dos candidatos ao cargo, a eleição indireta dos representantes dos estados-membros na Câmara

²³⁷ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. revista e aumentada. Porto Alegre/São Paulo: Globo/Universidade de São Paulo, 2001. p. 833.

²³⁸ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. revista e aumentada. Porto Alegre/São Paulo: Globo/Universidade de São Paulo, 2001. p. 833.

²³⁹ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 108.

²⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 109.

Federal e a supressão do princípio da separação e independência dos poderes.²⁴¹ Assim, “aparentemente estava assegurada a tripartição dos Poderes, conforme a tradição republicana, inspirada nas ideias de Montesquieu. Mas, na prática, isso não ocorreu”, tendo em vista a dissolução do Congresso Nacional e também as assembleias legislativas estaduais e as câmaras municipais (art. 178). A decorrência foi a já citada legislação por meio de decretos-leis pelo chefe do Poder Executivo²⁴².

É possível observar outra mancha autoritária e centralizadora no âmbito do “controle da constitucionalidade: declarada inconstitucional uma lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem comum, à promoção ou à defesa de interesse nacional, poderia esta ser submetida novamente ao exame” do legislativo, com a possibilidade de ser “declarada constitucional por maioria de dois terços dos votos, em cada uma das Casas (art. 96, parágrafo único)”.²⁴³

O art. 94²⁴⁴ da Constituição de 1937 vedou expressamente o conhecimento pelo Poder Judiciário de matéria considerada unicamente política, possibilitando “uma margem significativamente arbitrária de controle externo do Judiciário. Ademais, tal autoritarismo era conspícuo na dicção do art. 99²⁴⁵, transformando o chefe do Ministério Público Federal em mero fâmulos do Presidente da República”.²⁴⁶ “Na prática, isso acabou com o controle de constitucionalidade durante o Estado Novo, pois quem realmente estava incumbido de dar a última palavra sobre a Constituição era o presidente da República”²⁴⁷.

Outro ponto de destaque da Constituição de 1937 é o fato de que possuía “um cunho fortemente estatizante e nacionalista, pois outorgava ao Estado a função

²⁴¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentário à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro, Irmãos Pongetti, 1938.

²⁴² TUCUNDUVA, Ruy Cardoso de Mello. O poder judiciário e a Constituição de 1937 (um estudo de direito constitucional comparado). *In: Justitia*, São Paulo, v. 38, n.94, p.200, jul./set. 1976.

²⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, citado por SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 109.

²⁴⁴ Artigo 94 da Constituição de 1937: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.”

²⁴⁵ Artigo 99 da Constituição de 1937: “O Ministério Público Federal terá por Chefe o Procurador-Geral da República, que funcionará junto ao Supremo Tribunal Federal, e será de livre nomeação e demissão do Presidente da República, devendo recair a escolha em pessoa que reúna os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal”.

²⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 109.

²⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. A relação direito e política: uma análise da atuação do judiciário na história brasileira. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 745 set./dez. 2013.

precípua de coordenar a economia nacional, como, por exemplo, na exploração das minas e demais riquezas do subsolo (art. 143)”. Ademais, a Carta constitucional finalizava a nacionalização de algumas atividades econômicas, tendo como fundamento o disposto no art. 144, que dispunha sobre a “nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d’água ou outras fontes de energia, assim como das indústrias consideradas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar” do Estado brasileiro.²⁴⁸

No âmbito dos direitos e garantias individuais, importa esclarecer que eles necessitariam “ser exercidos nos limites do bem público, das necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como das exigências da segurança da Nação e do Estado (art. 123)”. Outro ponto negativo e de restrição a direitos fundamentais está o insculpido no art. 139, o qual dispõe “que a greve é recurso antissocial, nocivo ao trabalho e ao capital e incompatível com os superiores interesses da produção nacional”.²⁴⁹

Assim, “a Constituição, portanto, era na verdade uma tomada de posição do Brasil no conflito ideológico da época pela qual ficava nítido que o País se inseria na luta contra os comunistas e contra a democracia liberal”.²⁵⁰

Importante ainda citar o Ato Adicional – Lei Constitucional n. 9; com efeito, a tese tácita no Ato Adicional é que o Poder Constituinte, em vez de emanar do povo, emana do chefe do Governo. “Ora, essa tese é o fundamento do regime totalitário e o primeiro postulado desse regime”, a teor do que defendia o constitucionalista oficial da Alemanha nazista, o professor²⁵¹ Karlreutter²⁵².

Durante o período denominado Estado Novo, a política populista e nacionalista recebeu apoio dos trabalhadores e dos sindicatos, dos denominados setores

²⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 109.

²⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 109.

²⁵⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. atual. São Paulo Saraiva, 1999. p. 789.

²⁵¹ PORTO, Walter Costa. **Coleção constituições brasileiras 1937**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições Técnicas, 2012. v.4, p. 38.

²⁵² “No estado de chefe, ou no estado totalitário, a Constituição é a vontade do Fuhrer. Todo o ato do Fuhrer relativo à estrutura do estado é um Ato Constitucional”: PORTO, Walter Costa. **Coleção constituições brasileiras 1937**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições Técnicas, 2012. v. 4, p. 38.

nacionalistas do empresariado e da intelectualidade, das forças armadas e do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), “criado por Vargas antes da deposição em 1945”.²⁵³

De fato, “o populismo, fenômeno político não especificamente brasileiro, funda-se no momento em que as populações rurais se deslocam para as cidades, educadas nos quadros autoritários do campo”, assim, o coronel sucumbe seu lugar aos agentes semioficiais, os chamados *pelegos*, com o chefe do governo depositado na função de patrono e pai, permanentemente autoritário, “pai que distribui favores simbólicos e castigos reais”²⁵⁴.

É importante lembrar que a quantidade de operários entre as décadas de 1940 e 1950 “cresceu em sessenta por cento, enquanto a população aumentou em vinte e seis por cento. O preço desta transformação, na qual grupos errantes se integram numa sociedade diversa, quase traumáticamente”, se verifica em um contexto de tensões e crises. “Daí o conteúdo do getulismo ou do *‘queremismo’* dos meados da década de 40 — que se enreda no dilema de suas origens e evolução. Criado para substituir a participação política, controlá-la e canalizá-la, anulando-lhe a densidade” contestatória.²⁵⁵

O termo *queremismo* possui semelhanças com o *tenentismo*, lembrando o termo criado pela elite paulista em meio às lutas políticas do início do século XX, com o desígnio de criar um inimigo, especialmente aos militares que atuaram como interventores de Vargas nos estados da federação.²⁵⁶

No ano de 1945, o Estado Novo iniciava sua queda. Com efeito, em âmbito “internacional, o engajamento do Brasil ao lado dos Aliados contra os países do Eixo contribuiu para o questionamento do regime. Afinal, seu caráter autoritário, em muito semelhante ao aparato nazifascista, foi cada vez mais contestado pelo apoio” a Estados democráticos. Internamente, várias manifestações da sociedade civil bradavam pela abertura política. Em janeiro do mesmo ano, uma aliança composta por intelectuais preparou o I Congresso Brasileiro de Escritores, nele pleiteavam “‘completa liberdade de expressão’ e um governo eleito por ‘sufrágio universal’, direto

²⁵³ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 128.

²⁵⁴ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3 ed. revista e aumentada. Porto Alegre/São Paulo: Globo/Universidade de São Paulo, 2001. p. 841.

²⁵⁵ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3 ed. revista e aumentada. Porto Alegre/São Paulo: Globo/Universidade de São Paulo, 2001. p. 841.

²⁵⁶ QUELER, Jefferson José. Os sentidos do *queremismo*: disputas políticas em torno do conceito na redemocratização de 1945. **História**, São Paulo, v. 35 e 104, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1980-436920160000000104>. Acesso em: 25 abr. 2021.

e secreto". No mês seguinte, o jornal oposicionista *Correio da Manhã* rompeu novamente a censura, ao publicar entrevista com o escritor e político José Américo de Almeida, na qual o principal foco era a realização de eleições presidenciais. Inúmeras frestas, tanto na sociedade civil quanto em meio aos militares que não se contentavam com o papel secundário, enfraqueceram a manutenção do regime autoritário. Nesse contexto, o presidente Getúlio Vargas prometeu a abertura política e a redemocratização do Estado brasileiro.²⁵⁷

Com efeito, em 29 de outubro de 1945, Vargas foi derrubado em – mais – um golpe militar articulado pelas forças militares e políticas, após a estrutura do Estado Novo começou a ser desaparelhada. Posteriormente, em 18 de setembro de 1946, realizaram-se as eleições da Assembleia Nacional Constituinte, a qual possuía forte orientação liberal, em contraposição ao nacionalismo do Estado Novo e, em razão de tal orientação, houve abertura da economia brasileira para o capital estrangeiro.

Foi eleito o general Eurico Gaspar Dutra, tomando posse em janeiro de 1946, e “o país entrou em fase que pode ser descrita como a primeira experiência democrática de sua história”. De fato, a Constituição de 1946 manteve os direitos sociais até então reconhecidos e garantiu os direitos políticos e civis.²⁵⁸ A Constituição de 1946 voltou a prever a tripartição dos poderes, que havia sido abolida por Vargas na Constituição de 1937, previu o voto secreto e universal para as pessoas maiores de 18 anos, manteve a legislação trabalhista e o controle do governo nos sindicatos.

A Constituição de 1946 tentou restaurar o federalismo, nos modelos “clássicos da tradição republicana de 1891, e a reinserção do Senado como segunda Câmara Legislativa na estrutura do Congresso Nacional. Embora com um tom menos incisivo, relativamente à Constituição de 1934, os direitos sociais foram” elemento de abrigo, de maneira especial na seara trabalhista, com a reafirmação do direito de greve. No âmbito “da garantia dos direitos individuais, situa-se a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro da inafastabilidade do controle jurisdicional”, conforme disposto no artigo 141, § 4.º; “e na ordem social e econômica foi estabelecido um plano de recuperação e especial proteção da região Amazônica e do Nordeste,

²⁵⁷ QUELER, Jefferson José. Os sentidos do quererismo: disputas políticas em torno do conceito na redemocratização de 1945. *História*, São Paulo, v. 35 e104, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1980-436920160000000104>. Acesso em: 25 abr. 2021.

²⁵⁸ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 126-127.

especialmente pelos problemas socioeconômicos advindos dos períodos de secas”, por meio de investimento de parte do orçamento tributário da União (art. 199).²⁵⁹

Miguel Reale reconhece como acertos da Constituição de 1946 a melhor repartição das competências entre os entes federados, a delimitação de diretrizes genéricas relativas à ordem econômica ou educacional, e o expressivo progresso em traçar os direitos políticos e sociais. No entanto, critica o que entende ser quatro graves equívocos: 1) a debilidade do Poder Executivo em relação ao Poder Legislativo; 2) a fortificação do Poder Legislativo, em um contexto normativo obsoleto restringido aos institutos da lei constitucional e da lei ordinária; 3) a constituição de obstáculos à ingerência do Estado na economia, o que era inconciliável com a sociedade industrial que surgia; e 4) a admissão do pluralismo partidário, sem nem um tipo de cautela, o que causou o retorno da “política estadual” e o estabelecimento de “partidos nacionais” dissimulados, que se tratavam, na verdade, de federações de freguesias ou de facções.²⁶⁰

José Murilo de Carvalho assevera que até 1964 a liberdade de imprensa e de organização política foi respeitada e inobstante tenha havido tentativas de golpes militares, houve eleições regulares para todos os cargos políticos de todos os entes federativos. A exceção ao exercício de liberdade nesse período se deu à cassação do registro do Partido Comunista, em 1947, e às restrições ao direito de greve, que só eram consideradas legais se fossem autorizadas pelas Justiça do Trabalho.²⁶¹

Vargas influenciou tanto a história política do país que foi eleito senador e em 1950 voltou ao cargo de chefe do poder executivo por meio de voto popular, fato que representou “grande desapontamento para seus inimigos, que tentaram utilizar meios legais e manobras políticas para impedir sua posse”, sem êxito, assim seu governo foi “marcado por radicalização populista e nacionalista”. Nisso, foi aprovada a lei que dava à Petrobrás monopólio na exploração do petróleo, prospecção, extração e refino.²⁶²

²⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 109.

²⁶⁰ REALE, Miguel. Momentos decisivos da história constitucional brasileira. *In: Direito natural/Direito positivo*, São Paulo: Saraiva, 1984. p. 82-96.

²⁶¹ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

²⁶² CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 129-130.

É importante ressaltar que em 1950 Vargas ingressou no poder por meio democrático, no entanto, apresentava, ainda, uma tradição política centralizada “e autoritária, incompatível com a dinâmica da democracia política que, entre outros aspectos, supõe: funcionamento do Poder Legislativo, partidos políticos livres e atuantes, sociedade civil organizada e livre expressão de pensamento”. De 1950 a 1954, houve intensa condenação a Vargas, eis que apresentava radicado em si uma índole política autoritária e, nesse ponto, os opositores se manifestaram.²⁶³

De fato, João Goulart, nomeado ministro do trabalho em 1953, foi o alvo principal da crítica oriunda da oposição, tendo em vista a influência de Goulart no meio sindical. O ano de 1954 foi marcado por fortes greves, especialmente diante do fato de que o salário mínimo tinha o mesmo valor desde o ano de 1940. Assim, Goulart apresentou proposta de aumentar em 100% o valor do salário mínimo. A proposta surgiu um mês após um manifesto oriundo do exército contra os baixos salários. Todavia, a proposta de aumento não foi recebida de bom grado pelo exército e empresários. Em razão de não haver consenso, o ministro demitiu-se do cargo. Apesar disso, Vargas adotou o novo valor do salário mínimo, anunciando em discurso proferido em primeiro de maio, convocando os trabalhadores a fazer parte do governo, no futuro.²⁶⁴ Esse ponto foi fulcral para movimentar a conspiração para a deposição de Getúlio.

A situação crítica se deteriorou com o atentado ocorrido no dia 5 de agosto, na rua Toneleiros, na capital do Rio de Janeiro, praticado contra o jornalista Carlos Lacerda, ocasião em que faleceu o major da Aeronáutica Rubens Vaz. Tal atentado teve a atuação de membros da guarda pessoal de Vargas.

Em razão desse contexto turbulento, Getúlio Vargas cometeu suicídio, atirando contra o próprio peito na madrugada de 24 de agosto de 1954. O fato ocorreu após ter recebido a informação de que os Altos Comandos Militares ordenavam que se licenciasse da presidência da República como exigência para a resolução do colapso político em que seu governo se viu enredado nos derradeiros anos de seu segundo mandato.

²⁶³ DELGADO, Lucília de Almeida Neves. Brasil: 1954 - Prenúncios de 1964. **Varia Historia**, Belo Horizonte, v. 21, n. 34, p. 484-503, jul. 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-87752005000200013>. Acesso em: 29 fev. 2021.

²⁶⁴ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

Há quem afirme que o suicídio de Vargas impediu um golpe militar que se preparava naquele momento. “Ou melhor, adiou-o por dez anos, pois em 1964 ele ganharia corpo, e também a partir da alegação de corrupção, acrescida de subversão individual e do Estado”²⁶⁵, por isso, os militares na voz de Geisel chamavam o golpe de revolução²⁶⁶.

Assumiu a presidência o vice de Vargas, João Fernandes Campos Café Filho, que tentando amenizar o impacto que a morte de Vargas causou à sociedade, discursou ao estilo do seu antecessor, dirigindo-se aos humildes e prometendo recuperar a economia. Todavia, a crise política continuou em meio a disputas políticas e militares. Café Filho teve que ausentar-se do cargo em razão de problemas de saúde; seu sucessor, o presidente da Câmara dos Deputados, Carlos Luz, permaneceu apenas quatro dias como presidente, de 8 a 11 de novembro de 1955.

Em 1955, Juscelino Kubitschek foi eleito presidente e João Goulart foi eleito vice, já que as eleições para os cargos eram separadas. JK, como era chamado, foi o responsável pela construção de Brasília, fato que trouxe a discordância de muitos empresários e de parte da imprensa, que não concordava com a mudança da capital do país. O lema de governo de JK de 50 anos em 5 empolgou o brasileiro. Salienta-se que, desde Artur Bernardes, foi o primeiro presidente civil a cumprir integralmente seu mandato.

Com efeito, “a construção de Brasília²⁶⁷, no fim da década de 1950, também foi alvo de muitas suspeitas de desvio de dinheiro público. Uma CPI chegou a ser

²⁶⁵ SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia Das Letras, 2019. p. 72.

²⁶⁶ “Vale a pena, nesse sentido, anotar os termos do presidente militar Ernesto Geisel (1907-96) quando explica o golpe: “O que houve em 1964 não foi uma revolução. As revoluções fazem-se por uma ideia, em favor de uma doutrina. Nós simplesmente fizemos um movimento para derrubar João Goulart. Foi um movimento ‘contra’ e não ‘por’ alguma coisa. Era contra a subversão [...] e a corrupção”. SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia Das Letras, 2019. p. 72.

²⁶⁷ “Jamais se soube ao certo quanto custou a nova capital. Estimado na época em 1,5 bilhão de dólares, o gasto com a construção de Brasília hoje equivaleria a 83 bilhões de dólares; o correspondente a umas oito Olimpíadas do Rio, ou a cerca de 10% do PIB brasileiro em 1960, que foi de 15 bilhões de dólares. Também não se sabe quantos operários morreram por causa da pressa na construção; se é verdade que seus cadáveres foram enterrados, com o auxílio de máquinas escavadoras, junto às próprias edificações; se de fato existiu a prática de castigos corporais contra trabalhadores; e se realmente eles protestaram contra as condições de vida e de trabalho. Sabe-se apenas que os milhares de operários vindos principalmente do Nordeste, de Goiás e do norte de Minas Gerais — os “candangos” — só moraram em Brasília quando o local era canteiro de obras. Concluída a capital e instalado o governo, eles tiveram duas opções: ou foram devolvidos a seus estados natais, ou foram viver segregados em acampamentos semelhantes a favelas, nas periferias da cidade”: SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia Das Letras, 2019. p. 72.

instalada, buscando verificar onde se concentravam as propinas distribuídas” às empreiteiras a fim de que obra fosse concluída no prazo estipulado por JK, ou seja, até o final de seu mandato, a fim de colher os louros da obra.²⁶⁸

Celso Lafer, cujo pai, Horácio Lafer, foi ministro das Relações Exteriores no governo de Juscelino Kubitschek, escreveu tese de doutoramento sobre o governo de Juscelino. Recentemente escreveu artigo sobre esse período, atribuindo o sucesso do governo de JK à natureza do seu juízo político, que lhe possibilitou “promover o desenvolvimento econômico com estabilidade política democrática, lastreado numa tolerância liberal que levou a bom termo a meta da legalidade democrática”.²⁶⁹

O governo de JK é lembrado pelo amplo desenvolvimento da indústria brasileira, além da construção da nova capital, Brasília. No entanto, o governo Kubitschek transmitiu enormes dificuldades ao seu sucessor – lembrando que a Constituição de 1946 vedava a reeleição JK estava preocupado com as eleições de 1964 –. As dificuldades herdadas pelo próximo governo eram resultado do precário investimento em setores como produção agrícola e educação.

A campanha eleitoral de Jânio Quadros foi marcada por ataques contra a corrupção e os gastos tidos como exorbitantes no governo JK. Assim, a promessa fulcral foi a moralidade a ser respeitada na política, o jingle da campanha cantarolava que Jânio varreria a corrupção do Brasil. Ademais, o candidato do partido UDN assegurou que adotaria ações para assegurar o crescimento da economia brasileira. Jânio foi eleito presidente e como vice João Goulart.

Foi dentro desse panorama que sobreveio a eleição de 1960. Jânio Quadros foi eleito presidente do Brasil, governando, no entanto, apenas de 31 de janeiro de 1961 a 25 de agosto de 1961. O seu breve mandato foi avaliado como atrapalhado e impopular. Jânio Quadros era considerado conservador e antigetulista. Apesar de ter sido prefeito da cidade de São Paulo e governador do estado na década de 1950, sua

²⁶⁸ SCHWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia Das Letras, 2019. p. 72.

²⁶⁹ “Ele criou o novo a partir do existente, em sintonia com as polaridades da sua personalidade: um homem de ação, preocupado em fazer coisas e, ao mesmo tempo, um bem-sucedido exemplo de planejador; um homem moderno com apego a tradições; um cosmopolita com aspectos provincianos; um intuitivo com a capacidade do diagnóstico a partir da experiência de médico. Ele mudou o país com imaginação política, imaginação administrativa, talento, liderança, criatividade”. LAFER, Celso. Homenagem: JK, o homem, o Presidente, a atualidade. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 110, p. 899-906, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115514>. Acesso em: 27 maio 2021.

promoção política se deu a partir do uso de sua figura como “antipolítico” ou como o concorrente que não se adequava no padrão, ao modelo do político brasileiro da época (discurso que ainda vigora nos dias atuais, vide eleições de 2018).

Durante a curta existência do governo João Goulart (setembro de 1961 a março de 1964), um novo contexto político-social emergiu no país. Suas características básicas foram: uma intensa crise econômico-financeira; constantes crises político-institucionais; crise do sistema partidário; ampla mobilização política das classes populares paralelamente a uma organização e ofensiva política dos setores militares e empresariais (a partir de meados de 1963, as classes médias também entram em cena); ampliação do movimento sindical operário e dos trabalhadores do campo e um inédito acirramento da luta ideológica de classes.²⁷⁰

De fato, em agosto de 1961, a crise se acentua. Carlos Lacerda, apesar de ter apoiado Jânio nas eleições, realizava fortes ataques contra ele. Jânio também não detinha o apoio do Congresso. Nesse contexto, o presidente ofereceu sua renúncia²⁷¹ no dia 25 de agosto de 1961.

Até nos dias atuais, a “historiografia do período tem se debruçado a respeito do que teria levado Jânio a renunciar. Em uma dessas versões, Jânio teria blefado ao solicitar sua renúncia, pois o que ele pretendia era o seu retorno, aclamado pelo povo”²⁷². Segundo tal entendimento, Jânio preparou um autogolpe, acreditando que o povo sairia em passeatas, pedindo sua volta, isso seria factível em uma “República que vinha se recuperando de sucessivas crises; segundo, sabendo das representações negativas que se faziam acerca do seu vice, João Goulart, e pelo agravante deste ser filiado ao partido de oposição, o PTB”, Jânio possuía a certeza de que seu vice seria desprezado perante a vacância do cargo. Essa versão foi

²⁷⁰ TOLEDO, Caio Navarro de. 1964: o golpe contra as reformas e a democracia. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 24, n. 47, p. 13-28. 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-01882004000100002>. Acesso em: 16 abr. 2021.

²⁷¹ Trecho da carta de renúncia de Jânio: “Fui vencido pela reação e assim deixo o governo. Nestes sete meses cumpri o meu dever. Tenho-o cumprido dia e noite, trabalhando infatigavelmente, sem prevenções, nem rancores. Mas baldaram-se os meus esforços para conduzir esta nação, que pelo caminho de sua verdadeira libertação política e econômica, a única que possibilitaria o progresso efetivo e a justiça social, a que tem direito o seu generoso povo”. PROJETO Memória da Fundação Banco do Brasil. Disponível em: http://www.projetomemoria.art.br/JK/verbetes/carta_renuncia.html: Acesso em: 10 maio 2021.

²⁷² SANTANA, EL. Campanha de desestabilização de Jango: as ‘donas’ saem às ruas! *In*: ZACHARIADHES, Grimaldo Carneiro (org.). IVO, Alex Souza *et al.* **Ditadura militar na Bahia: novos olhares, novos objetivos, novos horizontes**. Salvador: EDUFBA, v. 1, p. 14, 2009.

publicada em revista do Instituto Brasileiro de Ação Democrática (IBAD), quatro meses após o ocorrido.²⁷³

Com a renúncia de Jânio aceita pelo Congresso, a crise política intensificou-se. Os militares se manifestaram expressando-se sobre a não concordância com a posse de João Goulart, vice-presidente – eleito democraticamente – e sucessor do cargo presidencial, nos termos da Constituição de 1946. O argumento dos militares é o de sempre, o comunismo. Os ministros e militares, Sílvio Heck, Ministro da Marinha; Mal. Odílio Denys, Ministro da Guerra e Brig. Grün Moss, publicaram o seguinte manifesto sobre Jango:

[...] sabido é que sempre usou sua influência em animar e apoiar, mesmo ostensivamente, manifestações grevistas promovidas por conhecidos agitadores. E, ainda há pouco, como representante oficial, em viagem à URSS e à China comunista, tornou clara e patente sua incontida admiração ao regime destes países exaltando o êxito das comunas populares.²⁷⁴

Tal contexto fez surgir uma campanha pela legalidade, nela os grupos de vertente esquerda pleiteavam a posse de João Goulart nos termos da Constituição. Tal empecilho foi resolvido com a posse de Jango, em setembro do ano de 1961, sujeito a um sistema de parlamentarismo.

Depois de infundáveis sessões diurnas e “noturnas das duas casas do Congresso Nacional – Câmara e Senado – bem como sucessivas reuniões entre o então presidente Ranieri Mazzilli e os ministros militares divergentes, chegou-se a uma ‘solução’: adotar-se-ia” o parlamentarismo. Resolução que atendeu àqueles que tinham em Jango uma ameaça, já que “no sistema Parlamentarista, o Executivo não tinha todos os poderes, cabendo as decisões ao Congresso Nacional e ao gabinete dos Ministros. Jango poderia, portanto, ser vigiado na sua suposta intenção” de modificar o Brasil para uma república sindicalista.²⁷⁵

No entanto, o ato de governar de Goulart apenas tem início em janeiro de 1963, “após a contundente derrota do regime parlamentarista. Com o apoio de amplos

²⁷³ SANTANA, EL. Campanha de desestabilização de Jango: as ‘donas’ saem às ruas! *In*: ZACHARIADHES, Grimaldo Carneiro (org.). IVO, Alex Souza *et al.* **Ditadura militar na Bahia: novos olhares, novos objetivos, novos horizontes.** Salvador: EDUFBA, v. 1, p. 14, 2009.

²⁷⁴ SILVA, Hélio. **1964: golpe ou contragolpe?** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975. p. 87.

²⁷⁵ SANTANA, EL. Campanha de desestabilização de Jango: as ‘donas’ saem às ruas! *In*: ZACHARIADHES, Grimaldo Carneiro (org.). IVO, Alex Souza *et al.* **Ditadura militar na Bahia: novos olhares, novos objetivos, novos horizontes.** Salvador: EDUFBA, v. 1, p. 17, 2009.

setores empresariais, e dos setores políticos nacionalistas e conservadores, a campanha para o retorno ao presidencialismo foi vitoriosa”, e o regime presidencialista foi retomado após a realização de um plebiscito. Desse ponto, Goulart abandonava o papel atribuído com o parlamentarismo; “deixava, pois, de ser uma autêntica ‘rainha da Inglaterra’ que, *embora reinasse, não governava* [...]”.²⁷⁶

Jango iniciou a propositura de reformas constitucionais, que foram denominadas Reformas de Base, as quais consistiam basicamente nas reformas agrária²⁷⁷ – o país até então não teve nenhuma política pública de redistribuição de terras, o que favorecia a manutenção dos latifúndios formados ainda na época colonial – , bancária – conter a remessa de dinheiro para paraísos fiscais – , fiscal, urbana, cidadã – com a autorização de voto pelos analfabetos – administrativa e universitária – conceder meios de comunicação aos estudantes.

Com as Reformas de Base, portanto, Jango almejava transformar as estruturas da sociedade brasileira, as quais eram fundamentadas na concentração de terras, propriedades e rendas, essencialmente, bem como modificar as formas de participação política da população e incrementar a cidadania.

No entanto, tais reformas, obviamente, não agradaram os setores da elite brasileira, que jamais teve a intenção de dividir nenhum quinhão de sua ávida acumulação, assim, a gota d’água para o golpe militar ocorreu em março de 1964. Naquele momento, Jango, em seguida a um discurso abrasado dito na cidade do Rio

²⁷⁶ TOLEDO, Caio Navarro de. 1964: o golpe contra as reformas e a democracia. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 24, n. 47, p. 13-28, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-01882004000100002>. Acesso em: 16 abr. 2021.

²⁷⁷ “A luta pela cidadania política dos trabalhadores do campo também constituiu uma realidade nova na história social do país. As *Ligas Camponesas*, que notabilizaram o advogado e deputado federal Francisco Julião, nasceram das lutas de resistência de pequenos agricultores e não-proprietários contra a tentativa de expulsão das terras onde trabalhavam; de 1959 a 1962, as Ligas tiveram uma acelerada expansão em todo o Nordeste. Contestavam elas a dominação política e econômica a que as populações rurais estavam secularmente submetidas. Em algumas localidades, ocorreram conflitos armados entre camponeses e proprietários de terras; lideranças camponesas eram perseguidas e assassinadas a mando dos latifundiários, alarmados com a politização das massas rurais. Na luta pela Reforma Agrária, as Ligas se associaram às demais organizações políticas progressistas do país, participando tal como ocorre hoje com o MST de comícios, passeatas e manifestações no Congresso em defesa das reformas de base, em particular da Reforma Agrária. Extensas reportagens, em revistas e jornais do Brasil e do exterior, informavam seus leitores acerca da ação e dos objetivos, ‘subversivos’ e ‘revolucionários’, das *Ligas Camponesas*. O Nordeste, faminto e sedento, estava a um passo de uma radical e violenta ‘guerra camponesa’, era a conclusão a que se chegava com a leitura dessas alarmistas reportagens da grande imprensa”. TOLEDO, Caio Navarro de. 1964: o golpe contra as reformas e a democracia. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 24, n. 47, p. 13-28, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-01882004000100002>. Acesso em: 16 abr. 2021.

de Janeiro, deliberou acerca da reforma agrária e a nacionalização das refinarias estrangeiras de petróleo.

É certo afirmar que “em toda nossa história republicana, o golpe contra as frágeis instituições políticas do país se constituiu em ameaça permanente. Seu fantasma rondou, em especial, os governos democráticos no pós-46”; com maior vigor, nos anos 60. É possível afirmar, como se pode denotar dos parágrafos acima, “que o governo Goulart *nasceu, conviveu e morreu* sob o espectro do golpe de Estado”²⁷⁸ (grifos no original).

Portanto, em abril de 1964, “o golpe de Estado permanentemente reivindicado por setores da sociedade civil foi, então, plenamente vitorioso”. O golpe estagnou um “rico e amplo debate político, ideológico e cultural que se processava em órgãos governamentais, partidos políticos, associações de classe, entidades culturais, revistas especializadas (ou não), jornais etc.”, já que nos anos 60, existia uma dialética²⁷⁹ que resultaria em crescimento humano, intelectual e nacional. Com efeito, “conservadores, liberais, nacionalistas, socialistas e comunistas formulavam publicamente suas propostas e se mobilizavam politicamente em defesa de seus projetos sociais e econômicos”. O golpe estancou o debate político que, no Congresso e na sociedade, permanecia centrado em volta das reformas sociais e políticas, como o caso da reforma agrária, o cerne das reformas sociais e econômicas.²⁸⁰

²⁷⁸ TOLEDO, Caio Navarro de. 1964: o golpe contra as reformas e a democracia. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 24, n. 47, p. 13-28, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-01882004000100002>. Acesso em: 16 abr. 2021.

²⁷⁹ “De forma sumária e esquemática, mencionemos apenas algumas das propostas ideológicas formuladas no período pós-guerra e no pré-64:

- 1) Liberalismo não-desenvolvimentista, de orientação não-industrialista. "Neoliberais" reunidos em torno da UDN, da FGV, do Conselho Nacional de Economia, da Associação Comercial do Estado de São Paulo e outras entidades. Entre os mais conhecidos defensores destas posições estavam Eugênio Gudim e Octávio Bulhões;
- 2) Liberalismo desenvolvimentista, de orientação não-nacionalista. Perspectiva ideológica que se vincula à burocracia pública. Entidades representativas: BNDE, Comissão Mista Brasil-EUA. Entre seus economistas, destacam-se Roberto Campos, Lucas Lopes, Glycon de Paiva etc.;
- 3) Desenvolvimentismo privatista: CNI, FIESP. "Herdeiros" de Roberto Simonsen: João Paulo de A. Magalhães, Hélio Jaguaribe e outros;
- 4) Desenvolvimentistas nacionalistas: entidades como ISEB, 10 CEPAL, setores do BNDE, PTB. Figuras representativas: Celso Furtado, Ignácio Rangel, Rômulo de Almeida, Evaldo C. Lima, Guerreiro Ramos e Vieira Pinto;
- 5) Socialistas/Comunistas. PCB e PSB. Intelectuais representativos: Nelson Werneck Sodré, Caio Prado Jr., Alberto Passos Guimarães e outros”. TOLEDO, Caio Navarro de. 1964: o golpe contra as reformas e a democracia. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 24, n. 47, p. 13-28, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-01882004000100002>. Acesso em: 16 abr. 2021.

²⁸⁰ TOLEDO, Caio Navarro de. 1964: o golpe contra as reformas e a democracia. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 24, n. 47, p. 13-28, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-01882004000100002>. Acesso em: 16 abr. 2021.

No momento da instauração do golpe militar, existia, sob a vigência da “Constituição de 1946, o florescer da primeira experiência democrática mais consistente da tortuosa história política nacional; que restou, pois, frustrada por mais uma curva de ruptura e subversão da ordem institucional e de usurpação do poder” – à similaridade do que ocorrera – conforme narrado alhures –, repetidas vezes, na “caminhada política brasileira, desde antes mesmo da primeira carta constitucional do país, com a outorga imperial de 1824”.²⁸¹

O golpe, nesse sentido, dirigiu-se a deter a democracia que se anunciava pela exigência “da ampliação da cidadania dos trabalhadores urbanos e rurais, [...] no triênio 1961-1963, o sindicalismo brasileiro alcançou um de seus momentos de mais intensa atividade”, ao mesmo tempo que diversas organizações sindicais, no plano regional e nacional, foram instituídas. E embora a ação sindical, pelo apoio de Jango, fosse chamada de quarto poder, tal mito se dissipou “com o fracasso da organização em oferecer qualquer resistência à ação dos golpistas de abril”.²⁸²

O autoritarismo estabelecido em 1964, fundamentado na coalisão civil-militar, cuja reunião era marcada por liberais e autoritários, possuía dois objetivos claros.²⁸³

O primeiro era destruir a elite política e intelectual reformista²⁸⁴, que havia começado a ocupar setores estatais, assim, as perseguições, prisões, mortes e as

²⁸¹ MATOS, Ana Carolina Barbosa Pereira; REBOUÇAS, Marcus Vinícius Parente. Um horizonte humanista na caminhada constitucional brasileira. In: LINHARES, Emanuel Andrade; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; ROCHA NETO, Alcimor *et al.* (org.). **Democracia e direitos fundamentais**: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides; São Paulo: Atlas, 2016. p. 221.

²⁸² TOLEDO, Caio Navarro de. 1964: o golpe contra as reformas e a democracia. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 24, n. 47, p. 13-28, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-01882004000100002>. Acesso em: 16 abr. 2021.

²⁸³ NAPOLITANO, Marcos. **1964**: história do Regime Militar brasileiro. São Paulo: Contexto, 2014. p. 66.

²⁸⁴ O golpe de 1964, assim como os regimes militares em toda a América Latina, tiveram participação ativa dos EUA, nesse sentido: “A crise do regime agravou-se a partir de janeiro de 1963, com a restauração do presidencialismo, as crescentes pressões internas e externas sobre o presidente, o caos econômico, a radicalização política e a crescente paralisia do governo. No plano exterior, a Crise dos Mísseis em outubro de 1962 produziu um endurecimento por parte dos Estados Unidos em relação à PEI. A Casa Branca considerou então o governo Goulart como um “caso perdido”, passando a apoiar setores militares e civis (UDN, empresários, Igreja, entre outros) na articulação de um golpe de Estado. Enquanto agentes norte-americanos agiam quase abertamente, articulando-se com os militares, organizações empresariais como o IBAD e o IPES tratavam de organizar as forças civis conservadoras. A ajuda da Aliança Para o Progresso passou a ser distribuída diretamente aos governadores “competentes” (de oposição), à revelia do governo federal, enquanto o Itamaraty (Ministério das Relações Exteriores) renovava, sem conhecimento do presidente, o Acordo Militar de 1952 com os Estados Unidos (que serviria como instrumento jurídico para socorrer os golpistas).” VISENTINI, Paulo G. Fagundes. **O regime militar e a projeção mundial do Brasil**: autonomia nacional, desenvolvimento econômico e potência média/1964-1985. São Paulo: Almedina Brasil. 2020. p. 26.

“cassações e inquéritos policial-militares (IPM) foram os instrumentos utilizados para tal fim”. Ao analisar as listas de cassados, por exemplo, os alvos do autoritarismo institucional eram lideranças políticas, sindicais e militares (de alta e baixa patentes), comprometidas com as reformas trabalhistas; entre os intelectuais, os alvos eram artistas e escritores de esquerda, os quais em um primeiro momento foram ‘preservados’ eram alvos de IPM, presididos por “coronéis linha dura”.²⁸⁵

O segundo objetivo era destruir quaisquer ligações entre a elite política e intelectual com os movimentos sociais com base popular, “como o movimento operário e camponês”, e para isso “não foi preciso esperar o AI-5 para desencadear uma forte repressão policial e política”. A CLT foi herança que os novos donos do poder não questionaram, mas, a partir dela, diretorias eleitas eram depostas e sindicatos eram colocados “sob intervenção federal do Ministério do Trabalho. Para os camponeses, havia a violência privada dos coronéis dos rincões do Brasil apoiados pelos seus jagunços particulares e pelas polícias estaduais”.²⁸⁶

É importante lembrar que o golpe de 1964, no Brasil, foi fundamentado na legalidade, assim como inúmeras ditaduras. Os mecanismos jurídicos foram utilizados para estabilização do regime, em razão do argumento de que o golpe civil-militar tinha sido uma revolução. Instituiu-se a ideia de uma legalidade em movimento, pela qual a segurança jurídica democrática era rejeitada em favor dos interesses e das aspirações dos donos do poder, com o direito sendo produzido *ad hoc*. “Ou seja, a estrutura legal deveria ser moldada conforme as conveniências e os interesses momentâneos de quem assumia o comando do país”.²⁸⁷

Já se mencionou que não foram raras as tensões institucionais sob a vigência da Constituição 1946, que culminaram com a revogação paulatina da ordem constitucional em razão do golpe militar de 1964. Quanto a reformas constitucionais exitosas, “a mais significativa (embora efêmera e de questionável legitimidade) resultou na instauração, pela primeira vez no regime republicano brasileiro, do parlamentarismo como sistema de governo, mediante a EC 4, de 2 de setembro de 1961, votada” de maneira fugaz, face à renúncia de Jânio Quadros, e em razão da já

²⁸⁵ NAPOLITANO, Marcos. **1964**: história do Regime Militar brasileiro. São Paulo: Contexto, 2014. p. 66.

²⁸⁶ NAPOLITANO, Marcos. **1964**: história do Regime Militar brasileiro. São Paulo: Contexto, 2014. p. 67.

²⁸⁷ CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, Heloísa Fernandes. (Des)ordem constitucional: engrenagens da máquina ditatorial no Brasil pós-64. **Lua Nova**, São Paulo, n. 95, p. 263, 2015.

citada oposição, por lado “dos setores reacionários da política nacional, ao nome do então Vice-Presidente João Goulart. Rapidamente rejeitado por ocasião de consulta plebiscitária, o parlamentarismo foi relegado ao esquecimento”.²⁸⁸

A despeito de impor um regime, até então, inédito na história da América Latina, o golpe de 1964 pode ser considerado a primeira ingerência militar na política. No Brasil, conforme foi visto, desde o ano de 1930 existiram seis intervenções militares, quatro delas se mostraram contrárias à democracia pluralista (em 1937, 1954, 1961 e 1964) e somente duas vezes, a interferência foi para garantir a legalidade constitucional, em 1932 e em 1955. De fato, a intervenção dos militares na política pós-Segunda Guerra Mundial deve ser compreendida sob um novo ponto de vista, já que até o estabelecimento da Guerra Fria, as participações militares eram pontuais. Com a restituição do poder aos civis, os golpes passaram a ser expressos com o estabelecimento de regimes militares.²⁸⁹

Conforme descrito anteriormente, o enredo de percalços experienciados “durante o governo de João Goulart acabaram levando ao ocaso da ordem democrática, quando, em 1.º de abril de 1964, assume o poder um Comando Militar ‘Revolucionário’, destituindo o poder civil e instaurando a ditadura militar”, que findaria somente no ano de 1985, impelida pelos consecutivos Atos Institucionais, assim como em razão das possibilidades apresentadas pela própria Constituição de 1967 (militar) e sua Emenda 1/1969.²⁹⁰ Forjou-se, portanto, com amparo normativo em contínuos “atos institucionais e complementares, um regime de rígida repressão e esvaziamento de liberdades fundamentais indevassáveis, conquanto formal, ou melhor, retoricamente, consagradas, o que perdurou por delongados 21 anos (1964-1985)”.²⁹¹

Assim, por meio dos Atos Institucionais, a ditadura utilizou-se do direito como instrumento contrário ao constitucionalismo, propiciando uma estrutura autoritária e compatível com o regime instituído pelos militares. Não havia a finalidade no direito

²⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 109.

²⁸⁹ ROUQUIÉ, Alain; SUFFERN, Stepehn. Los militares en la política latinoamericana desde 1930. *In*: BETHELL, Leslie. (org.). **História de América Latina: política y sociedad desde 1930**. Barcelona: Crítica, 1997. p. 294–295.

²⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 109.

²⁹¹ MATOS, Ana Carolina Barbosa Pereira; REBOUÇAS, Marcus Vinícius Parente. Um horizonte humanista na caminhada constitucional brasileira. *In*: LINHARES, Emanuel Andrade; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; ROCHA NETO, Alcimor *et al.*, (org.). **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**; São Paulo: Atlas, 2016.

de proteção das liberdades individuais, mas a manutenção da autoridade do Estado, legitimando a força, instituindo um instrumento legal que estivesse acima da própria Constituição. Medeiros Silva explicou que o Ato Institucional era uma lei constitucional provisória e que, em casos de colisão com a Constituição e o Ato Institucional, deveria predominar o último.²⁹²

Em seguida à eleição pelo Congresso Nacional do Marechal Humberto Castelo Branco como Presidente da República, em conformidade com o disposto pelo Ato Adicional 1, e pela descaracterização da Constituição de 1946, por meio da vultosa “produção legiferante da Junta Militar, decidiu-se pela formulação de uma nova Constituição, mais afeita ao novo regime de governo. O Congresso Nacional foi convocado às pressas a votar o Projeto de Constituição”, produzido pelo então Ministro da Justiça, Carlos Medeiros Silva, pelo Ato Institucional 4, de 07.12.1966. Apesar “de ter sido votada pelo Congresso Nacional, o que ocorreu de fato, em virtude da convocação autoritária e da fixação de um prazo fatal exíguo para votação do projeto encaminhado pelo governo militar”, foi uma simples homologação congressual, de forma que em teor técnico, a Carta de 1967 necessita ser entendida “como outorgada, ainda que com o ‘beneplácito’ do Legislativo. Nessa perspectiva, não é à toa que se chegou a falar, considerando o somatório dos vícios de formação e de conteúdo, no ‘aleijão constitucional de 1967’”.²⁹³ Assim, “a Carta Constitucional de 1967 entrou em vigor em 15.03.1967, antes mesmo da posse do Marechal Arthur da Costa e Silva, sendo fortemente influenciada pela Carta Política de 1937”, cujas peculiaridades centrais foram incorporadas.²⁹⁴

De fato, entre o início do golpe em 1964 e a entrada em vigor da Constituição de 1967, também, da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, ao menos no âmbito teórico, existiam os direitos e garantias individuais, inobstante tal fato não passasse simples positivismo, mero direito simbólico, eis que havia uma sistemática ruptura fática com os direitos fundamentais dos brasileiros. Sob o regime ditatorial, “[...] as leis nada significavam, porquanto os Atos Institucionais editados pelo Executivo é que (des)legitimavam o regime, merecendo destaque o AI-5, de 13 de

²⁹² SILVA, Carlos Medeiros. Observações sobre o Ato Institucional. **Revista Forense**, v. 208, Rio de Janeiro, outubro de 1964. p. 397.

²⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 111.

²⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 110.

dezembro de 1968, por meio do qual foi decretado o recesso parlamentar”, a interferência nos estados e municípios, além da suspensão dos direitos políticos por dez anos, a invalidação dos mandatos eletivos, “a suspensão da garantia constitucional do *habeas corpus* e das garantias legais da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade), não cabendo apreciação judicial de nenhum ato” perpetrado sob o preceito do citado ato e os atos complementares.²⁹⁵ Trata-se, pois, nos dizeres de Santos, de um pseudodireito.²⁹⁶

É oportuno mencionar que desde o Ato Institucional nº 1, a Autoridade Suprema do golpe “deixou claro que a nova engenharia institucional iria necessitar de um Executivo mais forte, caso contrário a ‘revolução’ não conseguiria realizar seus objetivos políticos”.²⁹⁷

Iniciava, de acordo com as palavras de Lima, “a esquizofrenia jurídica dos juristas da ditadura”, os quais colocaram “em um mesmo plano duas situações totalmente incompatíveis: um discurso em defesa da normalidade e a desconstrução da Constituição de 1946”, o que decorreu daí foi a elaboração dos ditos Atos Institucionais.²⁹⁸

A Ditadura Militar, conforme já aludido, desfez com o pacto constitucional de 1946 e deu inauguração a mais um sistema de exceção na história política brasileira, “tratou-se de um período caracterizado por um Direito constitucional não constitucional, pois a proteção jurídica do cidadão se transformou em mera retórica pelo regime de exceção. Foi uma espécie de constitucionalismo antiliberal”, eis que a suspensão dos direitos fundamentais, conforme visto alhures, foi permitida pela legalidade²⁹⁹ – concretizada nos atos institucionais –, que longe se encontrava da acepção racional de direito.

²⁹⁵ PEREIRA, Giseli Mendes. **O direito ao silêncio no processo penal brasileiro**. 1. ed. Caxias do Sul: Educs, 2012. p. 123.

²⁹⁶ SANTOS, Rogério Dutra dos. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 281-323, 2007.

²⁹⁷ LIMA, Danilo Pereira. **Legalidade e autoritarismo**: o papel dos juristas na consolidação da Ditadura Militar de 1964. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2018. p. 93.

²⁹⁸ LIMA, Danilo Pereira. **Legalidade e autoritarismo**: o papel dos juristas na consolidação da Ditadura Militar de 1964. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2018. p. 93.

²⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. A relação direito e política: uma análise da atuação do judiciário na história brasileira. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 745-746, set./dez. 2013.

Além do cerceamento de revisão dos atos do executivo pelo poder judiciário, o controle político do Poder Judiciário acarretou mudanças na própria configuração dos tribunais. Assim, em conjunto com as medidas já citadas anteriormente, “veio a aposentadoria compulsória de três ministros do STF contrários aos atos arbitrários praticados pelo Poder Executivo, como foi o caso dos afastamentos de Evandro Lins e Silva, Hermes Lima e Victor Nunes Leal”. Nesse ínterim, para sustentar a autoridade sobre a Corte Constitucional, ocorreram indicações de ministros mais afinados com a ideologia do Poder Executivo. “Nesse sentido, o Estado burocrático-autoritário fragilizou os limites impostos pelo Direito ao exercício arbitrário do poder político, abalando a necessária autonomia funcional do Poder Judiciário”.³⁰⁰

Embora seja contraditório, é conveniente anotar que o direito brasileiro só passou a ter o controle abstrato de normas no período do golpe militar de 1964. Assim, se o momento de sua instituição não parece se coadunar com os contornos democráticos que tal mecanismo jurídico detém, “ao menos uma consequência daí pode ser extraída: a de que não há combinação de cores entre os institutos jurídicos e seus escopos e os ambientes dos variados momentos da história”.³⁰¹ Com efeito, foi nessa conjuntura “que, paradoxalmente, o Brasil recepcionou o controle concentrado de constitucionalidade estabelecido na Europa continental após a Segunda Guerra Mundial”.³⁰²

No contexto europeu, a jurisdição constitucional revelou-se imprescindível para “garantir a supremacia das novas Constituições e, simultaneamente, defender a autonomia do Direito. Contudo, a incorporação feita pelo Brasil durante a Ditadura Militar serviu somente para aumentar o domínio do Poder Executivo”, subjugando o Poder Judiciário. Nas palavras de Streck, Tassinari e Lima, a autêntica finalidade do “Regime Militar foi estabelecer um mecanismo rápido e eficaz de controle da atividade judicial e impedir que juízes com posturas ideológicas divergentes pudessem contrariar o Poder Executivo”, Nesse sentido, estabeleceu o protótipo abstrato de “controle de constitucionalidade sob a forma de uma representação, que haveria de

³⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. A relação direito e política: uma análise da atuação do judiciário na história brasileira. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 745-746, set./dez. 2013.

³⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 109.

³⁰² STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. A relação direito e política: uma análise da atuação do judiciário na história brasileira. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 746, set./dez. 2013.

ser proposta exclusivamente pelo procurador-geral da República, na época cargo de confiança do Poder Executivo”³⁰³, o que, por óbvio, não tinha como escopo defender o direito, mas o regime que lhe nomeou.

Ademais, “ao longo de todo o texto constitucional, evitou-se falar de democracia, sendo esta substituída pela expressão ‘regime representativo’”, como já mencionado anteriormente. Dentre as diretrizes mais importantes estão a exasperação do poder centrado na União e na pessoa do Presidente da República; “a eleição indireta para a escolha do Presidente da República; a redução da autonomia individual, permitindo a suspensão de direitos e garantias constitucionais”; a admissão de leis por percurso de prazo, vestígio “do período autoritário do Estado Novo brasileiro; a prerrogativa do Presidente da República para expedir decretos-leis sobre segurança nacional e finanças públicas; e o recrudescimento do regime no que tange à limitação do direito de propriedade”, possibilitando, com a finalidade de reforma agrária, a desapropriação por meio de pagamento de indenização em títulos da dívida pública.³⁰⁴

Se existia uma certa “esperança de retorno à normalidade institucional democrática, esta foi por água abaixo com a decretação, em 13.12.1968, do Ato Institucional 5, secundado pelo recesso do Congresso Nacional”. Destarte, a nova norma ditatorial, dentre outros pontos, estabelecia a probabilidade de o Poder Executivo “suspender direitos políticos e cassar mandatos eletivos em todas as esferas legislativas e de governo; a suspensão do *habeas corpus* nos casos de crimes políticos; o afastamento da apreciação judicial dos atos praticados” baseados em atos institucionais; e a atribuição de competência do Executivo para exercer a função legislativa na época de recesso do legislativo. “A ditadura toma forma no seu estágio mais avançado, perseguindo e torturando presos políticos, censurando a imprensa e reprimindo a atividade político-partidária”.³⁰⁵

Pontes de Miranda destaca que seguiu um curso do período histórico-institucional em que não existia mais a diferenciação “entre o ato político (ou administrativo) e o ato legislativo, ou seja, quando o ato político já é lei, no sentido de

³⁰³ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. A relação direito e política: uma análise da atuação do judiciário na história brasileira. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 746, set./dez. 2013.

³⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 110.

³⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 110.

que não havia mais o rito do Poder Legislativo” em modificar o ato político em ato legislativo, materializando um governo autocrático.³⁰⁶

Com o adoecimento do Presidente Costa e Silva, avocam o Poder Executivo “os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica, que prepararam um novo texto constitucional, consubstanciado na EC 1, promulgada aos 17.10.1969”. Sopesando a magnitude das reformas e a solidificação da ditadura militar, com um “reforço significativo dos poderes de exceção, entre outros aspectos, costuma atribuir-se à Emenda 1/1969 a condição de uma nova Constituição, e não apenas de uma simples emenda à Constituição de 1967”. Destarte, a emenda tão somente foi útil como engenho “de outorga de um novo texto constitucional, que na prática passou a reger a ordem jurídico-estatal brasileira”. Além disso, os militares praticamente confessaram, “quando da emissão do Ato Institucional 5³⁰⁷, de 13.12.1968, a origem ditatorial da Carta de 1967, visto que no quarto considerando daquele edito autoritário ficou consignado textualmente que a ‘Revolução vitoriosa outorgou à Nação’” as ferramentas jurídicas externadas na Carta.³⁰⁸

De toda forma, “não é caso de dar valor demasiado à discussão sobre se a EC 1/1969 foi uma nova Constituição, substituindo por completo a Constituição de 1967, posição que parece gozar da preferência no âmbito da doutrina”, ou se é aceitável agrupar os dois documentos, especialmente pelo fato de a vigência de ambos ter amparada por “editos ditatoriais (com destaque para os atos institucionais)”, de tal maneira que o Estado brasileiro provou “no período de 1964 até a promulgação da CF de 1988 foi um processo complexo de ruptura, ascensão, auge e distensão de uma ditadura, seguida de uma reconstitucionalização democrática e pacífica”, que

³⁰⁶ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 2. ed., t. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 451.

³⁰⁷ “Com a decretação do AI-5, a linha dura pôde criar sistemas muito sofisticados de repressão. Um dos mais abrangentes foi o sistema nacional de informações (SISNI). Logo após o golpe, em junho de 1964, por imposição do governo militar, o congresso nacional havia aprovado a criação do Serviço Nacional de Informações - SNI, sigla que se tornaria famosa e temida -, órgão responsável por recolher informações de brasileiros suspeitos aos olhos do regime. Mas o SNI funcionou precariamente até 1968. Em janeiro desse ano, seu chefe, o general Emílio Garrastazu Médici (que sucederia Costa e Silva na Presidência da República), deu nova organização ao SNI, criando subseções do órgão em cada ministério e outras repartições governamentais, inclusive nas empresas estatais e universidades federais. Eram as chamadas divisões de segurança e informações (DSI), instaladas nos ministérios e repartições, mas subordinadas, efetivamente, não aos ministros e demais dirigentes, mas ao chefe do SNI. Com isso, o SNI passou a espionar e controlar a vida de milhares de brasileiros que podiam, a qualquer momento, ser acusados de subversão e, em decorrência, ser presos.” FICO, Carlos. **História do Brasil contemporâneo**. São Paulo: Contexto, 2015. p. 70.

³⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 110.

proporcionou “uma nova ordem constitucional capaz de assegurar estabilidade institucional ao País” – apesar de inúmeros percalços pelo caminho – conforme se verá a seguir.

É importante lembrar, ainda, que “a ditadura militar brasileira foi muito violenta desde os primeiros momentos após o golpe de 1964. Entretanto, a partir de 1968, essa violência se ampliou muito com a instituição de aparatos institucionalizados” de coerção que instituíram “um sistema nacional de espionagem, uma polícia política, um departamento de propaganda e outro de censura política, além de um tribunal de exceção para o julgamento de pessoas supostamente implicadas em corrupção”.

Assim, é verossímil discernir “violência de repressão política: houve violência desde os primeiros momentos do regime militar, mas, a partir de 1968, a ditadura montou um verdadeiro aparato de repressão política”. É por tal motivo que alguns historiadores conjecturam que a ditadura verdadeiramente iniciou nesse período, “e outros creem que ela se encerrou não com a eleição do primeiro presidente civil, em janeiro de 1985, mas com o início da desmontagem do aparato de repressão, no final dos anos 1970”.³⁰⁹ De qualquer forma, é razoável compreender a história da “ditadura militar como a história da montagem e desmontagem desses sistemas repressivos ou, falando de maneira mais direta, como a história da ‘linha dura’, grupo que surgiu ainda no governo Castelo Branco e que obteve uma vitória parcial” com a entrada em vigor do AI-2.³¹⁰

A Lei da Anistia (6.683/79) entrou em vigor em 28 de agosto de 1979. Tal ato foi um dos fundamentais pontos a pôr fim na ditadura militar, até o retorno de um

³⁰⁹ De fato, “o final dos anos 1970 e a década de 1980 assistiram, por toda a América Latina, a um intenso movimento de redemocratização, com a substituição das ditaduras militares que desde várias décadas dominavam o panorama político continental, não sendo o Brasil um caso único ou modelar do processo de transição democrática, embora, é claro, guarde, como veremos, inúmeras especificidades. Uma certa semelhança com as transformações em curso no Leste Europeu dominado pelos regimes do socialismo real, desde 1985, com a ascensão de Mikhail Gorbachev, pode ser assinalada na América do Sul dez anos antes, desde 1974 e 1975 e particularmente a partir de 1976, com a ascensão de Jimmy Carter (1977-1981) à Presidência norte-americana: crítica ao predomínio de um partido oficial – ou instituição que faça as vezes deste partido; recuo do controle do Estado sobre a economia; estabelecimento da liberdade de expressão e de organização e denúncia da atuação de polícias políticas responsáveis pela repressão das dissidências e maus-tratos aos dissidentes. A assunção ao poder de Mikhail Gorbachev acelerou tal processo a uma velocidade inesperada, culminando, entre 1989 e 1991, com a derrubada dos regimes do socialismo real.” SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. Crise da ditadura militar e o processo de abertura política no Brasil, 1974-1985. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (org.). **O tempo do regime autoritário: ditadura militar e redemocratização - Quarta República (1964-1985)**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 442.

³¹⁰ FICO, Carlos. **História do Brasil contemporâneo**. São Paulo: Contexto, 2015, p. 64.

governo civil ao poder no ano de 1985. Promulgada por João Figueiredo, derradeiro presidente da ditadura, a Lei da Anistia foi passo importante para o processo de abertura da política brasileira em direção à democracia. Apesar de a lei ter sido importante para o retorno dos que estavam no exílio e foram perseguidos politicamente, ela também é um ponto de impunidade para os agentes da ditadura e uma grave violação de tratados e convenções internacionais de direitos dos quais o Brasil é signatário.

De fato, as Forças Armadas jamais assumiram sua culpa pelos assassinatos, torturas, sequestros, perseguições e censura do período, ao contrário, até os dias atuais muitas pessoas seguem desaparecidas e valas imputadas a mortes cometidas pelo período ainda seguem sem respostas.

Para tentar trazer luz aos fatos ocorridos nesse período, a Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011, criou a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Segundo o artigo 1º, a CNV teve o escopo de examinar e averiguar as graves violações de direitos humanos praticados, sobretudo, no período da ditadura militar:

Art. 1º É criada, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, a Comissão Nacional da Verdade, com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.³¹¹

O relatório da CNV, concluído em 2014, narra todas as violações cometidas no período autoritário e, apesar de o site³¹² da Comissão não estar disponível, atualmente, na rede mundial de computadores, imagina-se seja em razão da indiscutível preferência do atual chefe do poder executivo por tal período, os relatórios podem ser facilmente localizados em outros sítios da internet.

Com efeito, o volume III do Relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV) “traz os perfis dos 434 mortos e desaparecidos políticos no Brasil e no exterior de 18

³¹¹ BRASIL. **Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011**. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm Acesso em: 10 jul. 2021.

³¹² BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. **Parte I**: a comissão nacional da verdade. Brasília, DF, 10 dez. 2014. <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 08 jul. 2019.

de setembro de 1946 a 5 de outubro de 1988, indicados no ‘Quadro geral da CNV sobre mortos e desaparecidos políticos’³¹³.

De fato, o relatório apresentou de maneira circunstanciada as graves violações de “direitos humanos praticadas nesses casos. Os perfis apresentam, muitas vezes, as falsas versões oficiais divulgadas à época e suas incongruências, bem como os resultados das investigações realizadas nas últimas décadas”.³¹⁴

O extenso “caso de marchas e contramarchas da ‘transição’ democrática no Brasil foi caracterizado por uma ampla incidência de fatores complexos, os quais se consolidaram na história política nacional a partir da organização” e organização de três momentos. A primeira fase desse período (1974–1982) foi assinalada pela “ambivalência entre o poder militar ainda vigente e certa crise de coesão dentro das Forças Armadas nacionais” descritas em um conjuntura de forte crise econômica; a segunda (1982–1985) poria “novos atores em cena, instaurando uma ‘transição negociada’ no cerne de posturas ‘moderadas’ na possibilidade do diálogo político”³¹⁵. Por fim, na terceira fase, compreendida entre 1985 a 1989, os militares abandonam o “papel principal (apesar de manterem algum poder de veto), sendo substituídos pelos políticos civis, havendo também a participação dos setores organizados da sociedade”³¹⁶, momento em que é elaborada a Constituição de 1988 que inauguraria o período democrático em que o país se encontra atualmente.

Os processos de fraturas no sustentáculo do Estado, “erosão do apoio sociopolítico ao regime militar, crescimento político-institucional e organizacional das oposições partidárias e a crescente autonomização política de camadas sociais” deformaram a estrutura de conveniências políticas “confrontando os vários atores sociais e políticos”. Tal contexto provocou ações litigiosas das oposições propendendo ao declínio “da ordem política autoritária (e também de dissidências dentro do regime), pois reduziu a eficácia dos recursos à disposição dos dirigentes do regime para o controle dos processos políticos e sociais”. Situação que ficou nítida no fracasso do presidente Figueiredo em conectar as distintas correntes no PDS e no regime em uma

³¹³ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Mortos e desaparecidos políticos**. Brasília: CNV, 2014. v. 3, p. 26.

³¹⁴ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Mortos e desaparecidos políticos**. Brasília: CNV, 2014. v. 3, p. 26.

³¹⁵ FRANCO, Paulo Augusto. Transição com aspás. *In*: FAORO, Raymundo; FALCÃO, Joaquim; FRANCO, Paulo Augusto Franco [org.]. **A república em transição: poder e direito no cotidiano da democratização brasileira (1982 a 1988)**. 1. ed., Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 26.

³¹⁶ KINZO, Maria Gil. A democratização brasileira: um balanço do processo político desde a transição. **Perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 5, out./dez. 2001.

candidatura presidencial única, leal aos ideais do golpe de 1964, “fazendo valer a maioria dos votos desse partido no Colégio Eleitoral (segundo as regras institucionalmente estabelecidas, a escolha do sucessor de Figueiredo seria feita por delegados do Colégio Eleitoral em janeiro de 1985)”.³¹⁷

Importante papel como Diretas Já foi concebida como resultado de uma crise política e econômica que o país estava imerso. De fato, foi um movimento popular, cujas manifestações ocorreram entre os anos de 1983 e 1984 que buscava a aprovação, no Congresso Nacional, da Emenda Constitucional n. 05/1983, apresentada pelo deputado federal Dante de Oliveira (PMDB/MS) para a concretização de eleições presidenciais diretas em 1985, já que as eleições para governadores foram diretas em 1982. O movimento agrupou múltiplas lideranças políticas, artistas, esportistas e intelectuais e executou vários comícios em diversas capitais brasileiras, fato que não ocorria desde o ano de 1968.

Apesar de as Diretas Já não terem alcançado seu objetivo principal, o movimento amortizou densamente “o regime militar e as bases de sustentação do Estado Vargas, reduzindo a capacidade dos dirigentes do regime e das lideranças pedessistas de conduzir o processo político em moldes favoráveis à reprodução”³¹⁸ de seus arranjos de poder, apesar de não ter eliminado completamente, motivo pelo qual tal elite ocupou importante espaço na elaboração da Constituição de 1988, conforme explicou Faoro.³¹⁹

Depois da frustração acarretada com a não aprovação da Emenda Dante de Oliveira, o país enfrentou mais uma eleição dirigida pelo Colégio Eleitoral, órgão competente pela eleição indireta do Presidente da República. Em decorrência da abertura política, o sistema atual era regime pluripartidarista, inúmeros partidos se mobilizavam a fim de deter o cargo presidencial.

Ressalte-se, em primeiro lugar, que o amplo apoio sociopolítico à campanha isolou o núcleo do regime, forçando-o a ceder parcialmente, é verdade, às pressões vindas das ruas, esvaziando-o de seu caráter autoritário. No plano político partidário,

³¹⁷ BERTONCELO, Edison Ricardo Emiliano. “Eu quero votar para presidente”: uma análise sobre a Campanha das Diretas. **Lua Nova**, São Paulo, n. 76, p. 169-196, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452009000100006>. Acesso em: 29 out. 2021.

³¹⁸ BERTONCELO, Edison Ricardo Emiliano. “Eu quero votar para presidente”: uma análise sobre a Campanha das Diretas. **Lua Nova**, São Paulo, n. 76, p. 169-196, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452009000100006>. Acesso em: 29 out. 2021.

³¹⁹ FAORO, Raymundo. **Assembleia constituinte: a legitimidade recuperada**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

vimos como o grupo pró-diretas e os setores liberais no PDS, não alinhados às candidaturas de Paulo Maluf e Mário Andreazza e que aceitavam "negociar" com as oposições, ganharam força na conjuntura política desencadeada pela campanha.³²⁰

O PDS, partido de representação dos interesses do regime militar, teve uma divisão interna. De um lado, o presidente Figueiredo almejava que o coronel Mário Andreazza pleiteasse o cargo, de outro lado, houve o apoio à candidatura de Paulo Maluf, ex-prefeito de São Paulo e empresário, o qual alcançou a maioria dos votos na convenção partidária, sendo oficializado como candidato do derradeiro governo militar.

A decisão não agradou a todos do PDS, assim, um grupo de dissidentes formou o Partido da Frente Liberal (PFL) e diante de tal contenda, o PMDB assegurou a candidatura de um político, de acordo com a história, desvinculado dos militares. Tratava-se de Tancredo Neves, político de via moderada, governador de Minas Gerais, o qual possuía o trunfo de agradar um grande número de integrantes do Colégio Eleitoral. Assim, o PMDB realizou uma aliança com o PFL nomeando o senador do estado de Maranhão, José Sarney, (o qual havia se pronunciado contra as Diretas Já!) como vice-presidente de Tancredo. Assim, no dia 15 de janeiro de 1985, o Colégio Eleitoral começou as eleições para o cargo de presidente da república.

Faoro evidenciou como a oposição participou de uma jogada estratégica ao arquitetar a vitória de Tancredo Neves com os atores políticos dissidentes. No que diz respeito à eleição presidencial de 1985, resta subentendido, nos textos de Faoro, a indagação se a oposição poderia se comportar de outra forma. Para ele, não. O jurista, em entrevista publicada no dia 14 de maio de 2000, ao jornal Folha de São Paulo, afirmou o que segue:

Ele [Tancredo Neves] me fez uma visita, já na campanha das diretas. A primeira conjectura que fiz é que ele não queria as diretas. Sua eleição seria muito improvável. Não é que não quisesse. Achava politicamente arriscado. [...] Eu não sabia o que dizer para ele. Na minha opinião, um golpe seria muito difícil. Avançamos tanto naquele período que um regresso seria um banho de sangue. O mundo talvez não aceitasse.³²¹

³²⁰ BERTONCELO, Edison Ricardo Emiliano. "Eu quero votar para presidente": uma análise sobre a Campanha das Diretas. **Lua Nova**, São Paulo, n. 76, p. 169-196, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452009000100006>. Acesso em: 29 out. 2021.

³²¹ FAORO, Raymundo. Entrevista: as ideias no lugar de Raymundo Faoro. **Folha de S. Paulo**, Caderno Mais, São Paulo, 14 maio, 2000. p. 4-13.

Com efeito, foi através de uma curiosa manigância política que setores tidos como democráticos e componentes do regime militar se uniram nas eleições de 1985. Com uma diferença de 300 votos, Tancredo Neves venceu Paulo Maluf e foi nomeado presidente da República e, não obstante as manobras que deram ensejo a este episódio histórico, um civil retornou ao poder depois de 21 anos de regime militar.

A cerimônia de posse foi rápida e sem discurso. “Na manhã de 15 de março de 1985, sexta-feira, o Congresso Nacional deu posse a José Sarney”, o qual prestou juramento perante a Constituição de 1967. O novo vice-presidente, logo em seguida, dirigiu-se ao Palácio do Planalto”. Na função de presidente interino, fez um pronunciamento sucinto aos novos ministros: “ — Eu estou com os olhos de ontem — abriu o discurso, referindo-se à madrugada em que ele, angustiado, passara em claro.” O motivo: na noite antecedente, faltando 12 horas para a “posse, Tancredo Neves, o presidente eleito, era levado às pressas ao Hospital de Base, em Brasília, para ser submetido a uma cirurgia no abdômen”³²², e iria a falecer dias depois, no dia 21 de abril. Assim, assumiu o cargo de presidente da República Sarney, indicado pela ala dissidente dos militares, o mesmo que fora contrário às eleições diretas.

De fato, na seara política, a fase iniciada no ano de 1985 foi de forte ação do processo de democratização do país. Os sinais mais importantes foram a abertura de condições de liberdade de “participação e contestação (com a revogação de todas as medidas que limitavam o direito de voto e de organização política) e, acima de tudo, a refundação da estrutura constitucional brasileira com a promulgação de uma” Constituição democrática, no ano de 1988.³²³

Com efeito, as raízes do movimento que se encerrou na elaboração da Emenda Constitucional n. 26/1985, e da correspondente convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, concernem “à transição do regime ditatorial de 1964, em direção à ‘abertura política’, iniciada ainda no Governo Ernesto Geisel e consolidada durante o Governo do General João Batista de Figueiredo, que” permitiu a desobstrução do sistema partidário e causou a aprovação da já mencionada Lei de Anistia, em um “contexto social e político marcado por um crescimento das

³²² WESTIN, Ricardo. Madrugada mais longa da República faz 30 anos. In: **Senado notícias**, 13 mar. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/03/03/aguardar-arquivo-s-a-madrugada-mais-longa-da-republica-faz-30-anos>. Acesso em: 10 jun. 2021.

³²³ KINZO, Maria Gil. “A democratização brasileira: um balanço do processo político desde a transição”. **Perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 8, out./dez. 2001.

reivindicações dos diversos setores da sociedade e uma articulação da sociedade civil, sob a direção de instituições representativas, tais como a OAB³²⁴ (Ordem dos Advogados do Brasil), a CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil) e as centrais entidades sindicais.³²⁵

Destarte, “a querela jurídica em torno da impossibilidade formal da instituição de um poder constituinte originário ilimitado mediante emenda constitucional acabou não” prosperando, notadamente diante do fato de que, “materialmente, tal emenda constituiu-se em ato político, destinado a pôr cobro ao regime constitucional pretérito, e não a manter a Constituição emendada”.³²⁶

De toda maneira, a forma pela qual se principia o processo constituinte “por si só não retira a plena legitimidade da nova ordem constitucional, desde que esta possa ser reconduzida a uma Assembleia Constituinte livre e soberana (embora não exclusiva, como, aliás, era a preferência de muitos)”, assinalada por uma participação popular e por um procedimento de deliberação sem antecedentes na história brasileira “e mesmo digna de nota no contexto internacional”.³²⁷

Vale mencionar que a elaboração da Constituição de 1988 foi esclarecedora acerca da complexidade que cercou o processo de democratização – na verdade, do que sempre foi o Estado brasileiro. De fato, do começo ao término, a ação compreendeu “um embate entre os mais variados grupos, cada um tentando aumentar ou restringir os limites do arranjo social, econômico e político a ser estabelecido.”³²⁸

Na verdade, este clima de batalha verbal e de manobras nos bastidores era, em boa parte, um efeito decorrente da própria transição. Tratou-se de uma refundação apoiada em um pacto ajustado, com pressões em duas direções. A primeira se deu “pelas forças políticas do *anciên regime* tentando assegurar seu espaço neste novo cenário”. A segunda, ocupada pelas esferas de esquerda que, inobstante fossem minoritárias, “adquiriram importante papel no processo constituinte. A pecha de ser uma transição negociada acabou fazendo com que seus [...] se tornassem mais

³²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 110.

³²⁵ SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 79-80.

³²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 110.

³²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 110.

³²⁸ KINZO, Maria Gil. A democratização brasileira: um balanço do processo político desde a transição. **Perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 8, out./dez. 2001.

vulneráveis às críticas quantos limitações do novo regime e”, como corolário, mais compassivos “às pressões das forças políticas que clamavam pelo aprofundamento da democratização”.³²⁹

O fator descrito no parágrafo anterior explica o motivo pelo qual a estrutura constitucional tenha se constituído “muito mais democrática do que se esperaria das circunstâncias de um processo de transição gradual e controlado como foi o brasileiro”, tendo em vista que, apesar de a Assembleia Constituinte ter sido fortemente criticada, especialmente, por sua natureza congressual, foi seguramente “a experiência mais democrática na história constitucional” do Estado brasileiro.³³⁰

Na fase antecessora³³¹ e preparatória da Assembleia Constituinte, o Presidente José Sarney instituiu e escolheu uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, a denominada “Comissão dos Notáveis”, que funcionava sob a presidência de Afonso Arinos de Mello Franco. Constituída por 50 personalidades com ligação a diferentes áreas importantes do país (econômica, social, política e cultural), assim, muito além de juristas, apresentando-se uma comissão plural e heterogênea, até mesmo no que diz respeito à ideologia, com o escopo de preparar um anteprojeto de Constituição.³³²

O produto dos trabalhos da Comissão foi um texto “analítico (436 artigos no corpo permanente), revelando um tom progressista, comprometido com uma noção de Estado Social e Democrático de Direito”, e indicava o sistema parlamentarista de governo, fato que terminou influenciando o Presidente Sarney na tomada de decisão

³²⁹ KINZO, Maria Gil. A democratização brasileira: um balanço do processo político desde a transição. **Perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 8, out./dez. 2001.

³³⁰ KINZO, Maria Gil. A democratização brasileira: um balanço do processo político desde a transição. **Perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 8, out./dez. 2001.

³³¹ De acordo com Souza Neto e Sarmento: “A fórmula adotada foi objeto de fortes críticas dentre os setores mais progressistas da sociedade, que preferiam a convocação de uma Assembleia Constituinte exclusiva, que não cumulasse os seus trabalhos àqueles da legislatura ordinária, e que se dissolvesse assim que concluída a sua obra. Contestava-se, ademais, a presença, na Assembleia Constituinte, dos senadores empossados em 1982, cujos mandatos expirar-se-iam apenas em 1990, sob o argumento de que o povo não os teria eleito para elaborar nova Constituição. A nomeação da Comissão de “notáveis” presidida por Afonso Arinos também foi objeto de críticas de setores à esquerda, que não aceitavam o protagonismo do Presidente da República na definição da agenda da Constituinte. O modelo adotado parece ter resultado de um compromisso com as forças do regime autoritário, travado ainda antes do óbito de Tancredo Neves, pois ditas forças temiam que uma Assembleia Constituinte exclusiva pudesse resvalar para o “radicalismo”, ou até para o “revanchismo” contra os militares — leia-se, a sua responsabilização pelas gravíssimas violações de direitos humanos perpetradas durante a ditadura, como já estava então ocorrendo na Argentina”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 341.

³³² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 110.

“de não enviar o anteprojeto à Constituinte, o que, todavia, considerando a divulgação e repercussão do anteprojeto ‘Afonso Arinos’, não impediu que viesse a influenciar de maneira decisiva, em diversos aspectos”, o procedimento de preparação da Constituição Federal de 1988.³³³

Assim, “a Assembleia Nacional Constituinte foi instalada no dia 1.º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional, sob a presidência do Min. José Carlos Moreira Alves, que, na época, presidia o STF”, com de 559 componentes, dentre os quais 487 deputados federais e 72 senadores. Destes, 23 eram ainda procedentes do grupo de senadores eleitos de maneira indireta, em 1982, os assim apelidados de “senadores “biônicos”, com mandato até 1990, registrando-se, além disso, que os integrantes da Assembleia Constituinte receberam, nas eleições de 1986, mandato cumulativo”,³³⁴ pois, exerciam as funções constituintes, de maneira transitória, e continuaram desempenhando as funções ordinárias do Congresso Nacional, o que provocou descontentamento da esquerda, conforme transcrição constante em nota de rodapé.

Em relação ao perfil político-ideológico dos integrantes da Constituinte, “é possível afirmar que, a despeito do forte pluralismo, predominava a ala do assim chamado ‘Centro’ (ou ‘Centrão’[...]), com ligeira inclinação para a chamada ‘centro-direita’, visto que os partidos efetivamente identificados com a esquerda”, integrantes dos seguintes partidos: PDT, PT, PCB, PC do B e PSB, inteiravam somente “50 constituintes, 9% do total, registrando-se, ademais, um percentual relativamente alto de troca de partidos (aproximadamente 15% dos constituintes trocaram de sigla partidária ao longo do processo), além do surgimento do PSDB, em junho de 1988”, sorvendo um número relevante de ex-integrantes do PMDB, conservada, contudo, a direção para a ideologia de Centro, “que foi decisiva para o formato final da Constituição”.³³⁵

No que diz respeito ao procedimento, o grupo político não aceitava nem que se “partisse de um anteprojeto elaborado fora da Assembleia Constituinte – como fora o

³³³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 111.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 82.

³³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 110.

³³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 110.

da Comissão de Notáveis presidida por Afonso Arinos – nem que se atribuisse a um grupo parlamentar a função de redação de um projeto”, para subsequente análise pelo Plenário, como já havia ocorrido na Constituinte de 1946. Relativamente à primeira hipótese, “essa era vista como uma indevida usurpação da soberania da Constituinte para conduzir os seus trabalhos. Quanto à segunda, ela não era aceita, porque reduziria a participação daqueles que não integrassem a comissão” que fosse indicada, tornando desigual a função dos constituintes.³³⁶

Diante de tal contexto, a solução foi agregar todos os constituintes na empreitada de preparação do novo texto constitucional. Assim, criaram-se 24 subcomissões temáticas, que rascunharam textos sobre os temas de sua competência e os confiaram a 8 comissões temáticas, cada uma congregando 3 subcomissões. “As comissões redigiriam projetos sobre as suas áreas, os quais seriam, por sua vez, enviados a uma Comissão de Sistematização”, a qual formaria um “novo projeto, a partir dos trabalhos das comissões temáticas, que seria submetido ao Plenário da Constituinte, em dois turnos de votação”.³³⁷

Depois de importante participação de uma respeitável quantidade de “representantes da sociedade civil, seja por meio de audiências públicas realizadas na esfera das subcomissões temáticas, bem como e de modo especial por meio da apresentação de emendas” (na fase das comissões temáticas foram em torno de 14.911 sugestões), um extenuante trabalho e árduo debate na esfera da Comissão de Sistematização derivou “no envio, ao Plenário da Assembleia Constituinte (em 24.11.1987), do Projeto de Constituição aprovado pela Comissão de Sistematização, sob a presidência do Deputado Bernardo Cabral.”³³⁸

Na sequência, em decorrência de uma suspensão dos trabalhos, tendo em vista uma obstinada contenda em razão de uma modificação do regimento interno da Constituinte, patroneada pelo grupo interpartidário popularmente denominado de “Centrão”, foi retomado o processo, prosseguindo-se os dois turnos de votação, com póstuma “remessa do texto aprovado em segundo turno para uma Comissão de Redação, presidida por Ulysses Guimarães e integrada por 28 componentes, que,

³³⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 338.

³³⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 338.

³³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 110.

embora não fosse esta a sua função” (tendo em vista que tal Comissão tinha a competência de analisar os aspectos linguísticos e de técnica legislativa), finalizou além disso, os “ajustes de conteúdo no texto, cuja versão final, após mais de vinte meses de intenso trabalho, foi aprovada por 474 votos contra 15 (sem contar as 6 abstenções) e promulgada no dia 05.10.1988”.³³⁹

Ao se discorrer sobre as principais características da a Constituição Federal de 1988, é possível afirmar que possui aspecto “analítico e casuístico e pode ser considerada como a mais democrática e avançada em nossa história constitucional, seja em virtude do seu processo de elaboração, seja em função da experiência acumulada”, oriunda do percurso constitucional antecessor, fato que tem sido responsável por assegurar a estabilidade institucional – ao menos em comparação com o que o país já experimentou – que tem sido respeitada desde então no Brasil.³⁴⁰

Quanto “ao seu conteúdo, cuida-se de documento acentuadamente compromissário, plural e comprometido com a transformação da realidade, assumindo, portanto, um caráter fortemente dirigente”, mormente quando se leva em consideração “o conjunto de normas impositivas de objetivos e tarefas em matéria econômica, social, cultural e ambiental contidos no texto constitucional”. Ademais, ao se analisar o Preâmbulo e o título dos Princípios Fundamentais, é possível concluir que sejam “indicativos de uma ordem constitucional voltada ao ser humano e ao pleno desenvolvimento da sua personalidade, bastando lembrar que a dignidade da pessoa humana, pela primeira vez na história constitucional brasileira”, foi mencionada de maneira expressa (art. 1.º, III, da CF) como “condição de fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, por sua vez também como tal criado e consagrado no texto constitucional”.³⁴¹

Ademais, comparativamente às anteriores constituições, nenhuma assegurou vasta independência ao Poder Judiciário, como o fez a Constituição de 1988, adjudicando, até mesmo, “autonomia administrativa e financeira, com a previsão de que caberia aos próprios tribunais a elaboração de seus orçamentos, atendidos os limites da lei de diretrizes orçamentárias”. Além disso, assegurou “as mais amplas

³³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 110.

³⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 110.

³⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 110.

garantias funcionais aos juízes brasileiros para que pudessem bem exercer suas funções”.³⁴²

Além disso, a Constituição, a fim de fortalecer as funções essenciais à Justiça, previu “um Ministério Público com poderes extraordinários, como não há em lugar nenhum do mundo, a criação da Advocacia-Geral da União e das Defensorias Públicas e a atribuição de dignidade constitucional à advocacia privada”. Como é possível notar, a espaçosa declaração de direitos foi seguida, na mesma linha, “da criação de instrumentos que fizessem valer judicialmente essas intenções positivas, conferindo-se ao Judiciário e especificamente ao Supremo Tribunal Federal papel fundamental na consolidação desse novel Estado Democrático” e na preservação dos direitos e garantias fundamentais, tanto dos indivíduos, quanto da coletividade.³⁴³

Relativamente ao Poder Judiciário, importante mencionar a Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, a qual atribuiu à Corte constitucional novéis prerrogativas e competências, a exemplo da repercussão geral nos recursos extraordinários, a edição de súmula vinculante. Outro destaque que a EC n.º 45/2004 merece “foi a criação, finalmente, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com composição mista com integrantes indicados entre a própria magistratura, o ministério público, advocacia e o Congresso Nacional (art. 103-B da CF/1988)”. Destarte, configura o CNJ como um órgão posicionado na disposição fundamental do Poder Judiciário, “com poderes de orientação, controle, fiscalização e disciplina, apurando indícios de descumprimento dos deveres da magistratura, nos termos do art. 103-B, caput e incisos, da Constituição da República”.³⁴⁴

O CNJ, portanto, configura um importante avanço do componente republicano “sobre o federalista, naquilo que concerta com a eficiência na solução de desequilíbrios de poder e de uso do direito por grupos específicos”. Assim, o órgão tem a função conferida pela Constituição “de trazer para as luzes do cenário nacional os problemas internos da judicatura, mais comuns e semelhantes entre si do que se

³⁴² TOFFOLI, José Antonio Dias. O poder judiciário através da história: antes e depois da Constituição Federal de 1988. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). **30 anos da constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 239.

³⁴³ TOFFOLI, José Antonio Dias. O poder judiciário através da história: antes e depois da Constituição Federal de 1988. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). **30 anos da constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 239.

³⁴⁴ TOFFOLI, José Antonio Dias. O poder judiciário através da história: antes e depois da Constituição Federal de 1988. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). **30 anos da constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 239.

imaginava”. Também possui a função de formular e coordenar as boas práticas e políticas judiciais a fim de alcançar eficiente prestação jurisdicional,³⁴⁵ coadunando-se com o direito fundamental, inserido pela mesma emenda, da razoável duração do processo.

Apesar de toda a construção de direitos contida na Constituição Federal de 1988, a prática, o mundo do ser é em muito díspar da norma, do direito, do mundo do dever ser e o desrespeito à racionalidade jurídica não parte somente do indivíduo que descumpre o direito, mas, sobretudo, das instituições, as quais, conforme se viu, no breve relato da história institucional, são impregnadas de autoritarismo e mesmo decorridos mais de 30 anos da entrada em vigor da Constituição cidadã, relutam em cumprir o direito e usar a norma máxima como integridade jurídica. Abdicando da racionalidade, o Poder Judiciário tem tido rompantes solipsistas, usando o direito como instrumento de poder pessoal, de interesses escusos e que contrariam diretamente o texto constitucional.

É possível, destarte, raciocinar um óbice hermenêutico para uma performance democrática no domínio do sistema de justiça. Isso ocorre porque existe “uma diferença ontológica entre o texto e a norma jurídica produzida pelo intérprete: a norma é sempre o produto da ação do intérprete condicionada por uma determinada tradição”³⁴⁶, a qual, como foi possível notar, é autoritária.

Assim, “a compreensão e o modo de atuar no mundo dos atores jurídicos ficam comprometidos em razão da tradição em que estão lançados. Intérpretes que carregam uma pré-compreensão inadequada à democracia”, notadamente, a confiança, arraigada, no uso da força, no ódio de classes e o medo da liberdade – e, baseado em seus próprios valores e que beneficiam seu lócus social, dão origem a “normas autoritárias, mesmo diante de textos tendencialmente democráticos. No Brasil, os atores jurídicos estão lançados em uma tradição autoritária que não sofreu solução de continuidade após a redemocratização formal do país”, com a CF/88. Os mesmos atores jurídicos, ou na sua ausência, seus herdeiros, que eram subservientes dos governos autoritários prosseguiram “a atuar no sistema de justiça com os mesmos valores, a mesma crença no uso abusivo da força, que condicionavam a aplicação do

³⁴⁵ TOFFOLI, José Antonio Dias. O poder judiciário através da história: antes e depois da Constituição Federal de 1988. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). **30 anos da constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 239.

³⁴⁶ SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da justiça: judiciário e política no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 11.

direito no período de exceção”,³⁴⁷ engendrando uma verdadeira hermenêutica de exceção, conforme se verá no último capítulo.

O julgador que se sobrepõe ao direito, o sujeito solipsista, portanto, de maneira autoritária em razão de estar amparado em uma institucionalidade, “falando de um determinado lugar (o lugar da fala, em que quem possui *skeptron* pode falar, em uma alegoria com o que se passa na Ilíada ou com a posse da concha, no livro *The Lord of flies*)”, em sua cotidianidade, ultrapassando este lugar e sem os atributos desse *locus*, acaba por se perder em meio a outras institucionalidades, razão pela qual se delimita a análise ao solipsismo judicial.³⁴⁸

No entanto, é importante lembrar que o Estado de Direito demanda, para a “sua preservação, bem mais do que um texto fundacional: são necessários garantidores institucionais. É preciso uma confiança de que as regras do jogo sejam razoavelmente justas, e de que os perdedores de hoje possam ressurgir” como os possíveis vencedores no futuro. Necessita permanecer garantida uma certa “segurança de que as decisões políticas possam ser reconsideradas, e de que os vencedores de hoje estarão dispostos a deixar suas posições no governo ao passo que mudem as marés eleitorais”³⁴⁹. É certo, assim, que a crise política percorre o caminho do Poder Judiciário, o direito não deve ser leniente com o desrespeito à integridade do direito e assim sendo, produz condições contrárias à democracia e, nada mais ilustrativo que o cenário político atual.³⁵⁰

2.3 O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: A TRADIÇÃO AUTORITÁRIA REFLETIDA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A filosofia do direito tem por objeto o direito, “enquanto estudado no seu aspecto universal” e essa possibilidade existe, tendo em vista que, apesar dos inúmeros

³⁴⁷ SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da justiça**: judiciário e política no Brasil. 1. ed. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 11.

³⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 277.

³⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz, MOTTA, Francisco José Borges. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer? **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza – CE, 2020. Disponível em <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/11284/pdf> Acesso em: 20 abr. 2021.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile democracies**: contested power in the era of Constitutional Courts. New York: Cambridge University Press, 2015.

³⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. Direito a favor da democracia [S. l.:s.n.], 17 maio 2021.1 vídeo (07 min 29 s). Publicado pelo canal Assembleia de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=g1WAI6QDuPs> Acesso em: 10 jul. 2021.

sistemas jurídicos existentes em cada Estado, há uma “fundamental identidade da natureza humana que o direito enraíza”.³⁵¹

Dada essa similitude entre os diversos sistemas jurídicos é que se torna possível realizar uma investigação fenomenológica, a qual Giorgio Del Vecchio nomeia de “metahistórica (sic), pois ultrapassa a história particular de uma nação e, por conseguinte, a própria competência das ciências que se dedicam ao estudo do direito de uma nação determinada”.³⁵²

Assim, a filosofia do direito abrange diferentes investigações, a lógica, a fenomenológica e a deontológica e pode ser definida como “a disciplina que define o Direito na sua universalidade lógica, investiga os fundamentos e os caracteres gerais de seu desenvolvimento histórico e avalia-o segundo o ideal de justiça traçado pela razão pura”^{353, 354}

Ernildo Stein, ao explicar a filosofia, esclarece que há quatro tipos fundamentais de filósofo: a) o filósofo dogmático; b) o esteta; c) o filósofo científico; e d) o filológico-hermenêutico. O último, interesse da pesquisa que se delineaia.³⁵⁵

O tipo filológico-hermenêutico confere, como função da filosofia, aprofundar-se nos teóricos de cada tempo, colocando-o em sua conjuntura fática-temporal, para alcançar a compreensão daquilo que foi escrito, trata-se de uma inquietação histórica. Há a necessidade de delimitar a dimensão filológica-histórica a fim de buscar alcançar aquilo que foi escrito. Tal é a razão pela qual há a busca inicial do momento histórico de elaboração do ainda em vigor Código de Processo Penal, Decreto Lei n. 3.689/41.

De fato, o pensamento crítico que a filosofia impõe ao investigador ocasiona o despertar da consciência crítica e com ela “surge a necessidade de averiguar se as imposições legais vigentes são também justas, se a autoridade que manda procede

³⁵¹ VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito**. Trad. Antonio José Brandão. 5 ed. Coimbra: Armênio Amador, 1979. p. 303-306.

³⁵² VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito**. Trad. Antonio José Brandão. 5 ed. Coimbra: Armênio Amador, 1979. p. 306.

³⁵³ Razão pura, razão teórica, é a faculdade “que contém os princípios para conhecer algo absolutamente *a priori*”. No entanto, na obra escrita por Kant, *Crítica da Razão Pura*, o autor separa as atuações práticas da teórica. “A crítica da razão acaba, necessariamente, por conduzir à ciência; ao contrário, o uso dogmático da razão, sem crítica, conduz a afirmações sem fundamento, a que se podem opor outras igualmente ilusórias [*scheinbare*] e, conseqüentemente, ao *cepticismo*.” KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft (KrV)* [1781; 1787]. Tradução portuguesa de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Mourão: **Crítica da Razão Pura**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 51.

³⁵⁴ VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito**. Tradução de Antonio José Brandão. 5 ed. Coimbra: Armênio Amador, 1979. p. 307.

³⁵⁵ STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. Ijuí: Unijuí, 2005.

segunda a razão”. A filosofia do direito é a responsável por desvelar as imbricadas relações entre aquilo que se diz direito e o que racionalmente é.³⁵⁶

É de conhecimento comum que o vigente Código de Processo Penal, apesar de inúmeras reformas que tem sofrido nos últimos anos, entrou em vigor por meio do Decreto-lei n. 3.689, de 30 de outubro de 1941; também, no mesmo ano, foi promulgado o Decreto-lei n. 3.931, de 11 de dezembro 1941, a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal. Trata-se de legislação promulgada sob a égide da Constituição de 1937.

A Constituição de 1937, também chamada de polaca, concretizou o golpe de Estado perpetrado por Getúlio Vargas e inaugurou o que foi denominado Estado Novo. A Constituição de 1937 possuía, portanto, diante do contexto histórico, com a segunda grande guerra à espreita, inspiração nazifascista. De fato, o momento histórico que deu ensejo à elaboração de tal Constituição foi o término da República Velha, a qual foi marcada pela “imposição de um projeto político autoritário, que, a partir de 1937, passou a flertar diretamente com o totalitarismo nazifascista”³⁵⁷, em consonância com o contexto histórico mundial que naquele momento apresentava as raízes da Segunda Guerra Mundial.

De fato, a relevância dessa percepção histórica e de como ela ainda reflete na *práxis* do processo penal reside “na influência do CPP Italiano, ou Código Rocco, da década de 30, na estruturação do nosso CPP”. Tal concepção ideológica insiste, ainda nos dias atuais, em permanecer “na normatividade ordinária, no ensino jurídico, na jurisprudência e nas atividades dos sujeitos, ou seja, na *law in action*”³⁵⁸, o que é reforçado por toda a estrutura sociopolítica explicada na sessão anterior.

É possível compreender ideologia “como um conjunto de ideias e valores informadores da direção do pensamento e da ação, na compreensão e resolução de um problema, ou seja, como pensar, o que pensar, como fazer e o que fazer”³⁵⁹. É por meio dela que o Estado cria aquilo que Althusser chama de aparelhos ideológicos de

³⁵⁶ VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito**. Tradução de Antonio José Brandão. 5 ed. Coimbra: Armênio Amador, 1979. p. 309.

³⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. A relação direito e política: uma análise da atuação do judiciário na história brasileira. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 744, set./dez. 2013.

³⁵⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 84.

³⁵⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 84.

Estado, importante não confundir com aparelho repressivo de Estado. O último “funciona de uma maneira massivamente pela repressão (inclusive física), embora funcione secundariamente pela ideologia” (como exemplo o autor cita o exército e a polícia). Os aparelhos ideológicos de Estado laboram de uma maneira “massivamente prevalente pela ideologia, embora funcionando secundariamente pela repressão mesmo que no limite, mas apenas no limite, esta seja bastante atenuada, dissimulada ou até simbólica (não há aparelho puramente ideológico)”.³⁶⁰

Nesse sentido, é por meio da ideologia – e dos aparelhos estatais – “que o poder dominante se legitima, o qual recebe uma identidade de pensamento, irradiando, ao ser considerado o *case* processo penal, um entendimento deste, da pena, da prisão preventiva, v. g”. A ideologia, portanto, “legitima, integra e justifica uma realidade e, paradoxalmente, também a deforma e profana. Há um certo consenso de que a ideologia conduz a ação e o pensamento, as pré-compreensões, determinando práticas e apresentando resultados”.³⁶¹

O *crash* da bolsa de Nova Iorque em 1929 causou uma grave crise econômica mundial, resultando em queda das exportações e das importações de produtos industrializados pelo Estado brasileiro, razão pela qual se desenvolveu a indústria brasileira. No ano de 1930, o Brasil foi tomado pelo populismo de Vargas, determinado, especialmente, “nos setores previdenciário e trabalhista. Vargas transformou-se no árbitro da situação política, reforçando o poder do Estado e o seu próprio poder”. No contexto europeu, imediatamente depois da Primeira Guerra Mundial, “o desemprego, a miséria e a inflação propiciaram o nascimento de propostas totalitárias, apoiadas pela burguesia, receosa da implantação do regime socialista, como ocorrera na Rússia”. Assim, a defesa foi a construção de um Estado forte, hábil para superar a crise econômica. Portanto, o autoritarismo granjeou simpatizantes e justificativas que fundamentavam de certa forma o uso da força. “Fortaleceu-se o poder totalitário europeu, com a crise americana de 1929. Dez anos mais tarde iniciou-se o expansionismo territorial”, o que resultou na Segunda Guerra Mundial.³⁶²

³⁶⁰ ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos do Estado**: nota sobre aparelhos ideológicos do Estado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985. p. 47.

³⁶¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 84.

³⁶² GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 84.

De acordo com o que já foi narrado na sessão anterior, a política populista e autoritária também foi abraçada pelas elites brasileiras. E em 1937, Vargas instaurou a ditadura do Estado Novo, a qual perdurou até 1945. Nesse momento histórico, foi colocada em prática “uma brutal repressão policial, uma rígida censura à imprensa e uma máquina de propaganda em defesa do regime ditatorial, através do Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP). A Polícia Especial (PE) e as polícias estaduais” obtiveram ampla liberdade para agir, sem controle, “prendendo, torturando e assassinando qualquer pessoa que se opusesse ao regime. Em razão do crescimento da economia e dos direitos trabalhistas, o regime recebeu forte apoio popular”, apesar do fechamento das Assembleias Legislativas e das Câmaras Municipais e da subordinação do Poder Judiciário ao Poder Executivo.³⁶³

Sob o contexto de que os comunistas assumiriam o poder – mais uma vez a eleição de um inimigo que legitima ações autoritárias –, outorgou-se a CF de 1937 fascista, “tendo como um dos autores intelectuais Francisco Campos, o mesmo que assina a exposição de motivos do CPP de 1941, ainda referenciado pelo fundamentalismo processual contemporâneo”.³⁶⁴ Assim, o sistema processual penal brasileiro hodierno, “assentado no CPP de 41 (cópia do *Codice Rocco*, da Itália, de 1930, o fascista Vincenzo Manzini na dianteira), tem por base [...] a estrutura inquisitorial.”³⁶⁵

Depois do golpe de 10 de novembro de 1937, eliminada a Constituição de 1934 e decretado o Estado Novo, o presidente da República assumiu a mais conhecida característica ditatorial: a de ser todo-poderoso. Entre os eventos “à disposição do ditador estavam incluídos aqueles cujas regras ele mesmo determinava, e sua jogada mais inspirada consistiu em submeter a elite política à sua política pessoal servindo-se dos quadros provenientes da própria elite”.³⁶⁶

³⁶³ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 84.

³⁶⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 84.

³⁶⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 109-110, jul./set. 2009.

³⁶⁶ CODATO, Adriano. Estado novo no Brasil: um estudo da dinâmica das elites políticas regionais em contexto autoritário. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, 2015, v. 58, n. 2, p. 305-330. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/00115258201545> Acesso: 24 abr. 2021.

É possível compreender que “durante o “Estado Novo”, Vargas mostrou todo o seu autoritarismo e arbítrio. Vigorou no país o estado de emergência, sem tolerância à oposição política. O período pode ser caracterizado “como totalitário, ditatorial, conservador e reacionário. Esse autoritarismo era sufragado pelas elites industriais, banqueiros e grandes comerciantes. Um governo forte deveria controlar a população”.³⁶⁷ Um dos meios de controle foi o sistema criminal, ao estilo do que Althusser denominou de Aparelho Repressivo do Estado com o auxílio do Aparelho Ideológico do Estado.

A oposição política foi paralisada, usando até mesmo a força física. “Direitos fundamentais, Estado de Direito, democracia, respeito à dignidade, reconhecimento do outro eram vistos como obra demoníaca e de comunistas. Seus defensores eram tidos como inimigos do Estado e aliados da impunidade”. É exatamente nesse ambiente, em tal contexto, que foi concebido e elaborado o CPP de 1941, “à margem do Estado de Direito, alheio ao Estado Constitucional legítimo, em uma época em que predominou o comportamento político reacionário e conservador”. Além disso, controles externos, “além-mar, forneciam a base teórica e ideológica ao proceder brasileiro”.³⁶⁸

A historiografia já havia demonstrado que o tecnicismo jurídico-penal no campo doutrinário foi capaz de produzir grandes mudanças no direito penal. O [...] trabalho fornece uma pequena mostra de como essa dimensão pode ser ampliada quando o que está em jogo não é mais apenas a interpretação do direito, mas a lei que o cristaliza. Os regimes de força brasileiro e italiano souberam empregar isso a seu favor, utilizando a maleabilidade do tecnicismo para dar conta da demonstração de forças do autoritarismo com reformas penais.

Nesse sentido, o direito penal foi um espaço privilegiado, pois é por ele que o Estado tem a maior possibilidade de exercício de controle sobre os indivíduos. Reconstruir o sistema penal foi algo que ambos os regimes colocaram como prioridade, seja para reforçar a repressão contra os opositores políticos, como também

³⁶⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 84.

³⁶⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 84.

para demonstrar sua adequação com a moderna dogmática jurídica que se vislumbrava ao período.

Mesmo que o conteúdo eminentemente autoritário dessas leis seja discutível em alguns casos, para esses regimes a imposição da lei ao seu modo já era demonstração suficiente de força. O meio para tanto foi desprezar o parlamento e avocar para o Governo a legitimidade da atividade legislativa e fazer a Lei ser irrestritamente respeitada. O autoritarismo, no caso das codificações penais, fascista e estado-novista, se valeu do legalismo para seu respeito.³⁶⁹

Com efeito, alterar uma técnica legal é, aproximadamente, o mesmo que modificar uma forma de governo, destarte, transmutam-se as câmaras legislativas, as quais funcionam como se fossem “laboratórios de manufatura legal, onde, além de se escolher, cuidadosamente, todos os elementos substanciais, para a composição da lei, se empregava o máximo cuidado, no estudo apurado do efeito que as leis”, de tal maneira confeccionadas, iriam causar, não somente no corpo material da nacionalidade, “mas, sobretudo, no espírito cultural legal da nova época”.³⁷⁰ O emprego do direito, especialmente da lei, para dar aparência de que é o correto ou a verdade a ser respeitada, em regimes antagônicos à existência e à ética humana, baseia-se na visão de que o positivismo possui da justiça, ou seja, um ideal irracional e inalcançável. “Por considerá-la um ideal irracional, acessível apenas pelas vias da emoção, o positivismo se omite em relação aos valores”³⁷¹ e é o fundamento de regimes autoritários.

Nesse sentido é que a participação de juristas de renome nesse processo de elaboração do CPP apresentou “uma cobertura capaz de inebriar os ânimos quanto aos meios empregados, uma vez que as codificações penais brasileira e italiana são reconhecidas como de alto nível técnico, a ponto de manterem-se em vigor” (não obstante as diversas reformas do pós-guerra em diante) – até a atualidade, com as marcas subterrâneas – camufladas – “de sua genealogia autoritária que continuam a circular pelo direito penal”³⁷² e, por conseguinte, do processo penal.

³⁶⁹ NUNES, Diego. Processo Legislativo para além do Parlamento em Estados Autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940. **Sequência**, Florianópolis, n. 74, p. 153-180, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2016v37n74p153>. Acesso em: 24 abr. 2021.

³⁷⁰ DUARTE, Gil. **A paisagem legal do Estado Novo**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941. p. 39-40.

³⁷¹ NÁDER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 382.

³⁷² NUNES, Diego. Processo Legislativo para além do Parlamento em Estados Autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940. **Sequência**, Florianópolis, n. 74, p. 153-180, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177->

A ideologia de todo o contexto sociopolítico mundial era instituir a ordem e a disciplina em âmbito social. Assim, “a proposta de Mussolini, El Duce, o líder, aquele que conduz, era: ‘tudo no Estado, nada contra o Estado, nada fora do Estado’. O fascismo não acreditava na paz, mas na guerra, no combate incessante, na luta”, tratava-se sempre de estratégia, de um jogo.³⁷³

Como toda concepção política bem-acabada, o fascismo é ação e é pensamento; ação na qual a doutrina é imanente, e a doutrina é emanada de um dado sistema de forças históricas no qual está inserida e operando internamente. Assim, sua forma está relacionada às contingências de tempo e espaço, mas ao mesmo tempo tem ainda um conteúdo ideal, que a torna uma expressão da verdade na mais alta esfera da história do pensamento. Não existe maneira de exercer influência espiritual no mundo tendo-se uma vontade humana dominando a vontade alheia a menos que se tenha uma concepção tanto da transitoriedade quanto da realidade específica em que essa ação será exercida, bem como da realidade permanente e universal em que o transitório reside e tem sua essência. Para conhecer os homens, é preciso conhecer o homem; e para conhecer o homem é preciso ter conhecimento da realidade e suas leis. Não existe concepção de Estado que não seja fundamentalmente uma concepção de vida: filosofia ou intuição, sistema de ideias que evolui dentro do contexto da lógica ou se concentra numa visão ou numa fé, mas sempre, ao menos potencialmente, uma concepção orgânica do mundo.³⁷⁴

A ideologia fascista, a concepção defendida acima por Mussolini, reflete-se diretamente no Processo Penal, o qual é concebido pelo protótipo da obrigação de batalhar com o acusado, “a concepção de que o réu é inimigo do Estado, um inimigo da sociedade. Por isso, deve ser combatido. ‘Combate’, ‘guerra’, ‘inimigo’ e operação soavam como palavras de ordem”. O momento histórico e a ideologia pregada pelos

7055.2016v37n74p153. Acesso em: 24 abr. 2021.

³⁷³ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 84.

³⁷⁴ MUSSOLINI, Benito. **Fascismo**. Tradução de Regina Lyra. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019. p. 10.

fascistas possuíam o fito de neutralizar o indivíduo (liberalismo)³⁷⁵ em relação ao Estado (fascismo).³⁷⁶

Diante da ideologia fascista de que o indivíduo só existe em razão e em função do Estado, o processo penal busca a extirpação do imputado, o qual se submete ao poder acusatório, persecutório, punitivo e às necessidades do Estado. Assim, em tal esfera, “a neutralização ocorreu pela ideologia da funcionalidade repressora do sistema criminal, pela utilização do processo penal como braço do poder, como um prolongamento da força do Estado autoritário”.³⁷⁷

Nesse raciocínio, os direitos daqueles que eram alvo da investigação, da persecução criminal, foram postos em “segundo plano e sequer eram referidos, pois eram tidos como contrários à ordem constituída e à disciplina; em suma, um entrave ao desenvolvimento”. O réu era – e ainda é, apesar de ser o que dispõe a CF/88 – considerado como um inimigo estatal, a atual defensiva considerada uma instituição contra o Estado e contra a sociedade (bem a teor dos jargões que se apregoam atualmente contra os advogados de defesa). Assim, o “acusado e a defesa deveriam colaborar com o Estado, serem submissos e compreensivos. Potencializaram-se os danos com a persistência da adequação da teoria da relação jurídica ao processo penal”.³⁷⁸

De fato, é certo que no percurso histórico do controle penal, as atitudes institucionais não são novidades. A identificação de determinados sujeitos ou grupos

³⁷⁵ Nas palavras de Mussolini: “Anti-individualista, a concepção fascista da vida enfatiza a importância do Estado e aceita o indivíduo apenas na medida em que seus interesses coincidam com os do Estado, que representa a consciência e a vontade universal do homem como uma entidade histórica. Opõe-se ao liberalismo clássico, que surgiu como uma reação ao absolutismo e exauriu sua função histórica quando o Estado se tornou a expressão da consciência e da vontade do povo. O liberalismo negava o Estado em prol do indivíduo; o fascismo reafirma os direitos do Estado como expressão da essência verdadeira do indivíduo. E se a liberdade é o atributo de homens vivos e não de fantoches abstratos inventados pelo liberalismo individualista, então o fascismo defende a liberdade, a única liberdade válida, a liberdade do Estado e do indivíduo dentro do Estado. A concepção fascista do Estado é totalmente abrangente; fora dele inexistem valores humanos ou espirituais, nada disso tem valor. Nesse sentido, o fascismo é totalitário, e o Estado fascista — uma síntese e uma unidade inclusiva de todos os valores — interpreta, desenvolve e potencializa toda a vida de um povo.” MUSSOLINI, Benito. **Fascismo**. Tradução de Regina Lyra. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019. p. 15.

³⁷⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 84.

³⁷⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 86.

³⁷⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 86.

sociais como merecedores de uma punição mais severa não constitui inovação, pois o sistema penal – incluído aí o processo penal – sempre atuou como importante mecanismo de demarcação das fronteiras, das hierarquias sociais e de gestão das classes desfavorecidas. Distanciando-se de sua função legítima de guardião dos bens jurídicos fundamentais da sociedade, assumiu uma perversa faceta de exclusão de determinada parcela da sociedade das proteções e garantias constitucionais, evidenciando-se os limites de proteção do Estado Democrático de Direito.

Um ponto importante é que a base popular para a sustentação da força do Estado, no domínio do processo penal, foi canalizada pela mídia. O que causou “um forte decisionismo judicial³⁷⁹, vinculado aos interesses midiáticos da maioria, em detrimento dos excluídos do sistema de bem-estar e, paradoxalmente, justamente os incluídos no sistema criminal, no processo penal”. O Estado, na compreensão totalitária, desempenha uma terrível função “pedagógica”, educa pela força e pela ideologia. Tais funções foram transferidas ao sistema criminal, na concepção de que “o sujeito deve ser punido exemplarmente, para que se recupere e sirva de exemplo aos demais”,³⁸⁰ a função preventiva da pena.

De fato, a estratégia tradicional da mídia, que tem origens na ideologia fascista, para desempenhar a manipulação consiste na *agenda-setting*, o mecanismo de funcionamento e a escolha de temas que possam ser do interesse da sociedade, centralizando a atenção das pessoas em tais escolhas, a fim de serem refletidos nas esferas sociais, com o escopo de criar concordância entre o público, assim, no âmbito do sistema criminal, a eleição do arquétipo de crime e criminoso, de inimigos que devam ser exemplarmente punidos, até mesmo com execuções pelas forças policiais como ocorre nas já, infelizmente corriqueiras, chacinas. Assim, o método da *agenda-setting* tem como objetivo primordial a centralização da atenção das pessoas em um assunto determinado, que cause comoção ou sentimento de repulsa.³⁸¹

³⁷⁹ Lenio Streck, sob os aportes da Crítica Hermenêutica do Direito, cria uma Teoria da Decisão Judicial, pela qual traça uma diferença entre decidir e escolher. A decisão caracteriza um julgamento por princípio; a escolha, por sua vez, por critérios variáveis de pessoa para pessoa. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 112.

³⁸⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 86.

³⁸¹ SOUZA, Joyce; AVELINO, Rodolfo; SILVEIRA, Sérgio Amadeu (org.). **A sociedade de controle: manipulação e modulação nas redes digitais.** São Paulo: Herdra, 2018. p.160.

Um adendo importante nessa parte do texto serve para lembrar que, no Brasil, a dita Operação Lava Jato³⁸² foi similar à Mãos Limpas, no que diz respeito, dentre outras coisas, à atuação da mídia, em razão do uso claro da estratégia da *agenda-setting*, além de outras tecnologias de modulação³⁸³, especialmente com o uso de redes sociais, instrumento que não havia na época da Operação Mãos Limpas. O objetivo nas duas operações foi idêntico, criar um consenso público, de um inimigo comum e de um Estado a salvar (destruir a corrupção), apesar das inúmeras e graves violações aos direitos e garantias fundamentais, à integridade do direito, ocorrendo no Brasil no plano dessa operação que contou — e ainda conta — com amplo apoio na grande mídia.

A Operação Lava Jato se converteu em um “enunciado performativo”, e isso ficou evidente quando parte considerável da comunidade jurídica aderiu à tese de que os fins justificam os meios, o que se pode ver, nas atuações da denominada Força Tarefa do Ministério Público, pelas afirmações de Deltan Dallagnol de que garantias processuais são “filigranas” e o “que vale é a política”. Tudo simbolicamente representado pela declaração de que a Força Tarefa do MPF ostentou um lado na política, selecionando entre o diabo e o coisa ruim, admitindo de maneira explícita que optaram pelo então candidato à presidência da República, Jair Bolsonaro. Tanto o é que o juiz mais midiático da operação abandonou a magistratura para se aventurar na função, que exerceu em tempo célere, de Ministro da Justiça. Isso tudo dito em rede nacional de televisão pelo então jubilado procurador Carlos Fernando Lima. “O Livro das Suspeições” abriu a trilogia, com o subtítulo “O que fazer quando sabemos que Moro era parcial e suspeito?”, o qual conta com textos de mais de quarenta autores.³⁸⁴

É certo, portanto, que os princípios de Mussolini, quais sejam: “crer”, “combater” e “obedecer”, foram transplantados ao processo penal e ainda permanecem. Observa-

³⁸² A Operação Lava Jato teve evidente objetivo político, o que fica mais nítido com a atuação na esfera política dos principais expoentes da operação: o ex-juiz Sérgio Moro e ex-membro do MPF Dallagnol. O *lawfare*, uso político do direito contra adversários-inimigos, transparecia desde os primeiros passos da operação, podendo-se até mesmo afirmar que o “paciente zero” da epidemia jurídica estava localizado no *Habeas Corpus* nº 95.518, em que o Supremo Tribunal Federal disse, com toda as letras, que o juiz Moro praticara abusos na condução do processo.

³⁸³ “O processo de modulação começa por identificar e conhecer precisamente o agente modulável. O segundo passo é a formação do seu perfil e o terceiro é construir dispositivos e processos de acompanhamento cotidiano constantes, se possível pervasivos. O quarto passo é atuar sobre o agente para conduzir o seu comportamento ou opinião.” SOUZA, Joyce; AVELINO, Rodolfo; SILVEIRA, Sérgio Amadeu (org.). **A sociedade de controle: manipulação e modulação nas redes digitais**. São Paulo: Herdra, 2018. p. 39.

³⁸⁴ STRECK, Lenio; CARVALHO, Marco Aurélio de (org.). **O livro das suspeições**. Ribeirão Preto: Grupo Prerrogativas, 2020. p. 296.

se a compreensão “de que todos os problemas serão solucionados pelo processo penal, no qual os agentes públicos fazem o bem. Por isso, os acusados e a defesa devem obedecer às ordens dos sujeitos oficiais (Juiz e Ministério Público)”. Assim, o inimigo do Estado, o que deve ser combatido exemplarmente, ou seja, aquele que pratica – ou em tese pratica – uma infração criminal, há de ser vencido, “pois dela deve ser alijado, excluído e escondido atrás dos muros dos cárceres”.³⁸⁵

Nesse sentido, a ideologia totalitária pretende estabelecer um homem novo, de acordo com “os paradigmas do partido, do Estado, do líder, ou seja, um ser solidário, obediente, disciplinado, sem possibilidades de discutir. O reflexo disso é a concepção de que o processo penal construirá esse homem novo”, e com a pena de prisão, a segregação, livre do pecado do crime. É assim que a purgação e a limpeza das impurezas do crime e a do mal aconteceriam dentro do cárcere. É, portanto, essa ideologia fascista que “estruturou o CPP italiano da década de 30, refletiu no Brasil e na organização do sistema processual criminal brasileiro. Isso se pode observar na estrutura do CPP, nas modificações posteriores, na doutrina, na jurisprudência” e na forma de atuar dos agentes estatais, isso na década de 1940 e ainda hoje. “Essa engrenagem político-ideológica traçou profundos sulcos no processo penal, produzindo um modelo de estilo inquisitorial³⁸⁶, cujas marcas são visíveis, profundas e ainda persistem nas práticas judiciárias³⁸⁷ e, muito visíveis nos decisionismos judiciais e no uso político do processo penal.

³⁸⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 86.

³⁸⁶ O sistema inquisitivo “surgiu nos regimes monárquicos e se aperfeiçoou durante o direito canônico, passando a ser adotado em quase todas as legislações europeias dos séculos XVI, XVII e XVIII. Surgiu com sustento na afirmativa de que não se poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares, já que eram estes que iniciavam a persecução penal no acusatório privado anterior. O cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares”. RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 50.

³⁸⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 86.

2.3.1 O sistema acusatório versus inquisitivismo: a imprescindível retomada do Estado Democrático de Direito

Apesar de a estrutura do sistema criminal brasileiro, conforme narrado na sessão anterior, ser toda fundada no fascismo e no autoritarismo que sempre esteve presente na vida política, social, cultural e jurídica do país e que – sempre – serviu a interesses alheios ao direito, a Constituição Federal de 1988, apesar de inúmeras tentativas de colocá-la ao lado das cartas constitucionais que deixaram de existir, traça os direitos fundamentais daqueles que residem em território nacional.

Assevera Streck³⁸⁸: “de Aury Lopes Jr. a Alexandre Morais da Rosa, passando pelo decano do Supremo Tribunal Federal, por Jacinto Coutinho, Juarez Tavares, Geraldo Prado, Zacharias Toron e por todos os processualistas e constitucionalistas”, a CF/88 impôs o sistema acusatório³⁸⁹, como núcleo do sistema criminal. Atualmente, expressamente institucionalizado no artigo 3º-A, pela Lei 13.964/19: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

A aversão às arbitrariedades estatais, especialmente diante do uso do sistema inquisitivo na Idade Média, causou um retorno do direito penal moderno à ideia de um processo penal acusatório, que já havia sido utilizado na Antiguidade. A característica primordial é a tutela de liberdades individuais perante um Estado predisposto a violar tais direitos. Carvalho explica que “com a laicização do Estado e do direito, o crime

³⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Jorge Bheron. A batalha: o velho inquisitivismo não quer morrer — mas o novo nascerá. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 de jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-06/opiniao-velho-inquisitivismo-nao-morrer-nascera>. Acesso em: 20 maio 2021.

³⁸⁹ Há um consenso de que “a origem do sistema acusatório remonta ao direito grego, o qual se desenvolve referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador”. O sistema era aplicado nos casos de ação popular para os crimes graves (qualquer indivíduo detinha o poder de acusar) “e acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do direito civil.” LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 70. “O sistema acusatório surgiu tão logo a reação a uma ofensa grave da ordem jurídica deixou de ser o exercício do arbítrio do princípio ou da vingança privada do ofendido ou de sua tribo. Dominou durante toda a antiguidade (na Grécia e Roma) e foi até a Idade Média (século XIII), quando foi substituído pela inquisição. O sistema acusatório como acusação popular foi criado pelos gregos, desenvolvido pela república romana e conservado, até hoje, na Inglaterra.” FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009. p. 60. “Com o surgimento da *Ordennance sur la Procédure Criminelle*, verificada em 1670, durante o reinado de Luís XIV, o sistema inquisitivo continuou vigorando de forma expressiva, tendo como características o procedimento escrito, secreto, o não contraditório, em que a acusação e o julgamento poderiam ser feitos também por um magistrado, a quem incumbia conduzir a instrução”. MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias fundamentais na área criminal**. Barueri, SP: Manole, 2014. p. 85.

não corresponde mais à violação do divino, mas à livre e consciente transgressão da norma jurídica promulgada pelo Estado”, impondo o infrator à penalidade retributiva daquela inobservância.³⁹⁰

De acordo com a lição de Coutinho, o principal motivo por que a opção política deva ser pelo sistema acusatório é evitar, dentre outros motivos, aquilo que Franco Cordero chamou de lógica deforme, “afinal, o ‘primado das hipóteses sobre os fatos’ não é algo excepcional no Sistema Inquisitório, e sim mecanismo compatível como o simples modo de pensar (por sinal, da civilização ocidental toda)”, logo, a tendência é alcançar qualquer pessoa; “e não porque são juízes, mas porque são humanos”.³⁹¹

Além disso, Ferrajoli esclarece que inobstante a formulação do Estado de Direito de conformações garantistas há certas inclinações neoabsolutistas, as quais se apresentam em práticas normativas de emergência e de exceção provenientes de interesses setoriais da sociedade³⁹².

De fato, o “processo de tipo inquisitório é antítese do acusatório. Não há o contraditório, e por isso mesmo inexitem as regras de igualdade e liberdade processuais”, as funções processuais, quais sejam, de acusar, defender e julgar encontram-se reunidas em uma só pessoa: o juiz. O sistema inquisitivo tem suas bases nas ideias absolutistas de concentração do poder,³⁹³ as quais contemporaneamente se apresentaram nos regimes autoritários, inibindo a ideia de respeito aos direitos do acusado e transformando-o em um objeto.

Em rigor, a faceta mais sombria desta edificação teórica reside na ambiguidade e no viés autoritário dos critérios para a definição do *homo sacer*³⁹⁴, obedecendo meramente a antagonismos religiosos, diferenças étnicas, econômicas, políticas ou ideológicas que culminam na criminalização do embate político. Portanto, a noção do

³⁹⁰ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 43.

³⁹¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 111, jul./set. 2009.

³⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002.

³⁹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva. 34 ed. 2012. p. 115.

³⁹⁴ Conforme já caracterizado anteriormente, *Homo sacer* é um conceito extraído de um remoto instituto do direito romano arcaico. No tomo de “*Homo sacer I: il potere sovrano e la nuda vita*”, Agamben investiga a figura enigmática do *sacer*. O *homo sacer*, para o filósofo italiano, representa um conceito limite do ordenamento romano, que dificilmente pode ser pensado satisfatoriamente no quadro de referências do *jus divinum* e do *jus humanum*, porém permitiria abrir clareiras com vistas ao esclarecimento de seus recíprocos locais e limites.

homo sacer tende a identificar-se simplesmente com os elementos indesejados e nocivos para uma certa visão dominante da realidade social.

Na atualidade, o emprego político do sistema de justiça criminal está marcado pela opção institucional de utilizar o sistema penal como forma de obter resultados políticos específicos: imobilizar movimentos sociais e arrefecer a luta constituinte por direitos, destituir governantes eleitos, ocupar o governo e eliminar opositores legítimos. Considerando ainda que quando uma persecução penal é politicamente orientada, não se trata mais de construir a solução justa do caso penal, nem de assegurar um julgamento com respeito às regras.

Embora o século XX tenha sido generoso no sentido de uma Filosofia *no* Direito, notadamente após a Segunda Guerra com a incorporação dos direitos de terceira dimensão ao rol dos direitos individuais e sociais, atribui-se ao direito uma função transformadora, uma vez que os textos constitucionais passam a conter as possibilidades de resgate das promessas da modernidade.

Na Filosofia, o *linguistic turn*, a linguagem, entendida historicamente como uma terceira coisa “interposta” entre um sujeito e um objeto, passa ao *status* de condição de possibilidade de todo o processo compreensivo. Torna-se possível, assim, superar o pensamento metafísico que atravessou dois milênios. Esse giro hermenêutico, que pode ser denominado também de giro *linguístico-ontológico*, proporciona um novo olhar sobre a interpretação e as condições sob as quais ocorre o processo compreensivo – é com Ferdinand Saussure que a linguagem passa a ser compreendida além da gramática: ela possui um lado individual e outro social, é a responsável atuando como intermediária, estruturada para a compreensão.³⁹⁵

Nesse novo paradigma, o Direito assume um elevado grau de autonomia frente à política, isto é, a Constituição passou a ser um modo de concretização de direito, o que representou “fazer democracia através do Direito”, portanto, a autonomia do direito é condição de possibilidade para o Estado Democrático do Direito.

No entanto, o pragmatismo político vem colocando historicamente o direito em permanente estado de exceção, o que representa o próprio declínio do “império do direito” e uma acentuada perda de autonomia do Direito. O ativismo é uma configuração violenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte

³⁹⁵ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. 27 ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

que tentaram interpretá-la e as morosas tradições da cultura política. O ativista assim o faria para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça determina. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *Fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la.³⁹⁶

Ocorre, também, aquilo que Carrara chama de discurso mitológico, o qual constrói-se no nível do ser e do tempo, de maneira que o passado possa “transitar impunemente pelo presente: o trabalho de criação do discurso mítico é, sem dúvidas, um trabalho de recriação, consciente ou inconsciente. No processo penal brasileiro, o mito atua na recriação de um ambiente autoritário”, em total contradição às disposições da Constituição da República de 1988.³⁹⁷

De fato, a Constituição do Brasil afiança, em seu artigo 5º, que os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos não devem ser abrandados, reduzidos em sua observância, sem o devido processo legal ocorrido notadamente do “respeito às regras do jogo e da oportunidade de os jogadores explanarem seus pontos de vista amplamente e de se contraporem aos demais argumentos apresentados”. Tal premissa, no processo penal, deve ser observada para acusação e defesa, “ou seja, já se teve oportunidade de questionar por que, — depois de uma intensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais e inclusão das conquistas civilizatórias nos textos legais-constitucionais”, a partir desse ponto, importante é a indagação reflexiva de Streck: “deveríamos continuar a delegar ao juiz um papel que não lhe cabe?”³⁹⁸

A ideia inquisitivista no processo tem sua manifestação expressa no “utilitarismo judicial, em atos dominados pelo segredo, forma escrita, aumento das penas processuais (prisões cautelares, crimes inafiançáveis etc.), algumas absurdas inversões da carga probatória” e, especialmente, concessão de maiores poderes para os juízes “investigarem”³⁹⁹, em busca de uma “verdade real”.

³⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 451-452.

³⁹⁷ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 141.

³⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Jorge Bheron. A batalha: o velho inquisitismo não quer morrer — mas o novo nascerá. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 de jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-06/opiniao-velho-inquisitismo-nao-morrer-nascera>. Acesso em: 20 de maio de 2021.

³⁹⁹ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 69.

Esse objetivo, o de alcançar a verdade real, gera consequências aos aplicadores do Código de Processo Penal. Com efeito, sob o argumento da relevância dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal e averiguação de sua lesão pelo direito processual penal, autorizaria, no sentido inquisitivista, atos que extrapolem os direitos do acusado; “a gravidade das questões penais seria suficiente para permitir uma busca mais ampla e mais intensa da verdade, ao contrário do que ocorreria, por exemplo, em relação ao processo civil”.⁴⁰⁰

Enquanto atuou como integrante do MP como fiscalizador de ilegalidades, aliás é esse o exercício da função dentro dos limites constitucionais, Streck examinava “amiúde as provas, longe da ficção da ‘verdade real’ e credices desse jaez. E, importante, o membro do MP Lenio Streck não fazia agir estratégico. Era imparcial. Quantas teses garantidoras saíram de meu gabinete?”⁴⁰¹. Trata-se de respeito à integridade do direito, de atuação respeitosa ao sistema acusatório, contrário, pois, à ideologia fascista, autoritária, meio único de respeitar o Estado Democrático de Direito.

Assim é que a perseguição pela “verdade real” dá fundamento supostamente idôneo para práticas judiciais que escapam aos limites constitucionais, especialmente práticas probatórias que atentam contra o sistema acusatório, difundindo uma cultura inquisitiva dentro dos órgãos estatais, especialmente no Poder Judiciário, assim, “a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal”.⁴⁰²

No caso específico da Operação Lava Jato, ocorreu a prorrogação da competência do juiz paranaense, segundo aponta Nobre:

A 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba se declarava competente para julgar processos que não influíam no acervo probatório de outras ações penais, não tinham relação com o contexto da Petrobrás, como versavam imputações de crimes que sequer haviam sido cometidos na área territorial que abrange a referida subseção judiciária de Curitiba.⁴⁰³

⁴⁰⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 285.

⁴⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. O Ministério Público da Paraíba e o Professor Agassiz. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-26/streck-ministerio-publico-paraiba-professor-agassiz>. Acesso em: 15 maio 2021.

⁴⁰² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 286.

⁴⁰³ NOBRE, Marcelo. Os limites do poder de julgar: uma crítica à “Competência Universal” de alguns processos específicos para um Juiz escolhido. *In*: STRECK, Lenio Luiz; PRONER, Carol;

Nota-se que “a subversão do sistema se deu para atender, única e exclusivamente, ao sombrio e injustificável deslocamento da competência para levar processos para um juiz escolhido”, ferindo inquestionavelmente a garantia constitucional do juiz natural “e, ao se combinar isso, esvai-se qualquer chance de um julgamento imparcial, sereno e justo”.⁴⁰⁴

A incompetência do juiz, justamente por ferir vários direitos e garantias fundamentais, deve ser declarada de ofício pelo próprio juiz. Assim, um juiz “jamais poderia aceitar uma ilegalidade, pois iniciaria a condução dos seus trabalhos de busca da verdade real já maculado na partida por estar ‘defendendo’ uma causa, que era a suposta caça aos corruptos”⁴⁰⁵, clara manifestação fascista, a sujeição do indivíduo a interesses estatais, superiores.

A caça à corrupção, o inimigo do Estado, de acordo com o que se verificou na condução da operação, tanto pelo juiz quanto pelos membros do MPF, “justificaria o desrespeito a qualquer lei que fosse contrária ao que ‘queria’ o juiz da causa. Ele, juiz, deveria ser o primeiro a rechaçar qualquer ideia de montar essa estratégia processual ilegal e jamais concordar em ajudar a orquestrar” essa união de inúmeros processos para engodar uma “hipercompetência que sabia não ser, legalmente, a sua”.⁴⁰⁶ As ilegalidades, portanto, tiveram início com a fixação da competência se estendendo por todo o processo, até mesmo na atuação dos agentes públicos nos “bastidores” processuais, segundo divulgação do jornal *Intercept*, após conversas vazadas por hackers.

CARVALHO, Marco Aurélio de; SANTOS, Fabiano Silva dos (org.). **Livro das parcialidades**. Rio de Janeiro: Telha, 2021. p. 42.

⁴⁰⁴ NOBRE, Marcelo. Os limites do poder de julgar: uma crítica à “competência universal” de alguns processos específicos para um juiz escolhido. *In*: STRECK, Lenio Luiz; PRONER, Carol; CARVALHO, Marco Aurélio de; SANTOS, Fabiano Silva dos (org.). **O livro das parcialidades**. Rio de Janeiro: Telha, 2021. p. 42. *E-book*. Disponível em: <https://www.prerrogativas.com.br/wp-content/uploads/2021/03/O-Livro-das-Parcialidades-Grupo-Prerrogativas-Marc%CC%A7o-2021.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021.

⁴⁰⁵ NOBRE, Marcelo. Os limites do poder de julgar: uma crítica à “competência universal” de alguns processos específicos para um juiz escolhido. *In*: STRECK, Lenio Luiz; PRONER, Carol; CARVALHO, Marco Aurélio de; SANTOS, Fabiano Silva dos (org.). **O livro das parcialidades**. Rio de Janeiro: Telha, 2021. p. 42. *E-book*. Disponível em: <https://www.prerrogativas.com.br/wp-content/uploads/2021/03/O-Livro-das-Parcialidades-Grupo-Prerrogativas-Marc%CC%A7o-2021.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021.

⁴⁰⁶ NOBRE, Marcelo. Os limites do poder de julgar: uma crítica à “competência universal” de alguns processos específicos para um juiz escolhido. *In*: STRECK, Lenio Luiz; PRONER, Carol; CARVALHO, Marco Aurélio de; SANTOS, Fabiano Silva dos (org.). **O livro das parcialidades**. Rio de Janeiro: Telha, 2021. p. 42. *E-book*. Disponível em: <https://www.prerrogativas.com.br/wp-content/uploads/2021/03/O-Livro-das-Parcialidades-Grupo-Prerrogativas-Marc%CC%A7o-2021.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021.

Como se sabe, a excepcionalidade sempre foi o argumento legitimador de toda a inquisição da história, desde a caça às bruxas até hoje, através de todos os golpes e ditaduras subsequentes e que ninguém nunca exerceu um poder repressivo arbitrário sem invocar a necessidade e exceção, encobertos pelo discurso de estar agindo legitimados pela urgência de salvar valores mais elevados contra a ameaça dos males de extrema gravidade.⁴⁰⁷

A Constituição Federal de 1988 é nítida ao escolher o sistema acusatório, “como ‘porta de entrada da democracia’, de forma a garantir que o Estado exerça de modo (i) igualitário a aplicação da lei e (ii) limitado e equalizado o poder persecutório”. A CF realiza “um giro linguístico-ontológico, em que os sentidos não mais se dão pela consciência do sujeito (juiz), mas, sim, pela intersubjetividade (partes)”, compreensão que deveria estar clara para os juristas, apesar de não estar.⁴⁰⁸

De fato, “a vivência da democracia está entrelaçada à necessária limitação dos poderes e à exclusão (utópica, ideal) ou mitigação (fática, real) das discricionariedades, arbitrariedades e inquisitorialidades”.⁴⁰⁹ Os agentes públicos que conduzem a Operação Lava Jato se valeram de ilicitudes, transvestidas de legitimidade, os quais sob a imagem de combatentes à corrupção, promovidos por agentes públicos oriundos de concurso público, o que teoricamente os afastaria do ambiente “promíscuo” da política, passando a imagem de não pertencimento e, conseqüente, isenção, fomentaram a imagem de heroísmo, retidão e coragem, tendo agido de forma inquisitorial, parcial, seletiva, violando garantias que somente foram consolidadas em um documento constitucional após de quase 500 anos.

A Crítica Hermenêutica do Direito é fundamental para alicerçar a análise crítica dessas decisões, pois a partir dela se compreende que embora o intérprete sempre atribua sentido ao texto, não significa a possibilidade deste estar autorizado a atribuir sentidos de forma arbitrária aos textos, ficando afastadas todas as formas de decisionismo e discricionariedade, questões que serão debatidas detalhadamente no

⁴⁰⁷ ZAFFARONI, Raul. El escándolo jurídico. **Diário Página 12**, Argentina, 30 out. 2016. Disponível em: <https://www.pagina12.com.ar/diario/contratapa/13-313021-2016-10-30.html>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁴⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Jorge Bheron. A batalha: o velho inquisitismo não quer morrer — mas o novo nascerá. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 de jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-06/opiniao-velho-inquisitismo-nao-morrer-nascera>. Acesso em: 20 de maio de 2021.

⁴⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Jorge Bheron. A batalha: o velho inquisitismo não quer morrer — mas o novo nascerá. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 de jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-06/opiniao-velho-inquisitismo-nao-morrer-nascera>. Acesso em: 20 de maio de 2021.

último capítulo. O fato de não existir um método que possa dar garantia à “correção” do processo interpretativo, não autoriza o intérprete a escolher o sentido que mais lhe convém, o que seria dar abertura à discricionariedade típica do convencionalismo exegético-positivista, e é isso o que acontece na dogmática jurídica dominante, revelando, pois uma profunda crise da dogmática jurídica, a qual, no caso da pesquisa, se apresenta de forma cristalina no âmbito do processo penal.

3 ESTUDO DE CASO: DECISÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DA 4ª REGIÃO

Como abordado no capítulo anterior, com uma história marcada pela eclosão de golpes políticos, o Brasil, assim como toda a sociedade latino-americana, vivenciou tardiamente a experiência democrática, sendo considerado, portanto, um dos países que são chamados de “novas democracias”⁴¹⁰. Essa interrupção no amadurecimento da história democrática brasileira constituiu um verdadeiro retrocesso ao que já havia sido construído no âmbito político-constitucional, sobretudo pela sobreposição da política ao direito.

Na redemocratização, apesar dos avanços promovidos pelo texto constitucional de 1988, os entraves para sua efetivação nesta nova ordem política contribuíram para a ampliação do Poder Judiciário. Essa redefinição do seu papel permitiu que o judiciário fizesse parte da arena política,⁴¹¹ para a consolidação de um Estado “que tem objetivos declarados de transformação social, redução de desigualdades de renda e de oportunidades, e também de desigualdades regionais⁴¹²”

Assim, a partir da transição tardia e malfeita de uma legislação autoritária para uma legislação democrática, permeada por direitos e garantias constitucionais, floresceu uma aposta no protagonismo do Judiciário. Inobstante, “[...] ao mesmo tempo em que triunfa, o Judiciário falha: não dá conta da demanda e nem está preparado para assumir a postura que dele se deve esperar em um Estado Democrático de Direito⁴¹³”. De tal modo que o ativismo judicial surgiu como uma atuação, uma “postura, um comportamento de juízes e tribunais, que através de um ato de vontade, isto é, de um critério não jurídico, proferem seus julgamentos, extrapolando os limites de sua atuação.”⁴¹⁴.

⁴¹⁰ A partir de Ran Hirschl, “novas democracias” são consideradas as nações que fizeram em tempos recentes a transição de regimes quase democráticos ou autoritários para a formação de estados constitucionais fortalecidos. HIRSCH, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 7-10.

⁴¹¹ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, v.8, n.2, p.262, maio/ago. 2003.

⁴¹² VERISSIMO, Marcus Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008. p. 408.

⁴¹³ STRECK, Lenio Luiz; SANTOS JUNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Vontade de poder versus normatividade: o que o nazismo nos ensina? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 21, n. 2, p.398, mai-ago 2016. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9090>. Acesso em: 15 maio 2021.

⁴¹⁴ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. E- book.

Apesar de um longo período decorrido da promulgação da Constituição de 88, as teses típicas de regimes autoritários ainda reverberam na dogmática jurídica brasileira, não cedendo lugar para uma dogmática jurídica de feição plenamente democrática e mesmo depois de mais de 30 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, em um cenário de tímidas alterações legislativas, a dogmática processual-penal de raiz autoritária ainda persiste.

O senso comum teórico dos juristas⁴¹⁵, a ideologia fascista ainda presente no Código Processo Penal, o inquisitivismo ainda manifesto nos processos judiciais através de argumentos utilitaristas e da busca por uma “verdade real” que supostamente autorizaria que juízes investiguem são exemplos da dogmática processual-penal de raiz autoritária que são reiterados de maneira acrítica, impedindo o desenvolvimento da ciência do direito.

A ausência de uma Teoria da Decisão tem ocasionado decisões arbitrárias, voluntaristas e violadoras de preceitos constitucionais, pois ainda que a dogmática jurídica tradicional admita que parcela significativa do texto da lei é plurívoca, isso não pode significar que cada intérprete atribua os sentidos que mais lhe convierem. A linguagem pública não apenas estabelece limites ao poder, mas sintetiza a vontade política, cujo termo final é a segurança⁴¹⁶, buscando ocupar o espaço das linguagens privadas, inegavelmente autointeressadas.

Mas se a linguagem pública é condição de possibilidade para o alicerce de unidade de organizações sociais e políticas nos Estados delimitados pelo Constitucionalismo Contemporâneo⁴¹⁷, como resistirá a esfera pública em que pese o uso de “subterrâneas linguagens”⁴¹⁸, vilipendiando a autonomia do direito através do acolhimento de sentidos totalmente descompromissados com o sentido do direito,

⁴¹⁵ Expressão cunhada por Luis Alberto Warat.

⁴¹⁶ ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. Tradução de Mauro Barbosa de Almeida. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

⁴¹⁷ O Constitucionalismo Contemporâneo é um fenômeno que surge no segundo pós-guerra. Esta expressão foi cunhada no livro Verdade e consenso do Prof. Dr. Lenio Streck para superar as aporias das teorias neoconstitucionalistas. Para Streck: “No âmbito do Constitucionalismo Contemporâneo, o Direito assume um elevado grau de autonomia, no interior do qual Direito e moral são cooriginários. Conseqüentemente, a moral, a política e a economia não podem determinar a correção da aplicação do Direito. Isto é, esses elementos ‘predadores’ passam a estar institucionalizados no Direito. Por isso se está diante de um novo paradigma.” STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 65.

⁴¹⁸ Expressão utilizada por Lenio Streck.

fazendo dele não mais um limite ao poder, mas um instrumento, uma ferramenta de poder?

Essa tensão entre o texto e o sentido a ser atribuído ao texto coloca a hermenêutica diante de vários caminhos, no entanto, todos ligados às condições de possibilidade de acesso do homem ao conhecimento acerca das coisas. A partir da Crítica Hermenêutica do Direito, entre o texto e a norma há uma diferença ontológica⁴¹⁹, sendo o texto o ponto de partida para a interpretação e ao mesmo tempo o seu limite interpretativo.⁴²⁰ Sobre essa relação entre texto e norma elucidada Streck:

Sustentar que há uma diferença (ontológica) entre texto e norma não significa que haja uma cisão estrutural entre ambos (o mesmo valendo para a dualidade vigência validade). O que se quer dizer é que o texto não subsiste como texto (algo como “um conceito em abstrato”). Não há texto sem contexto, assim como não há texto jurídico isolado da norma que se atribui a esse texto.⁴²¹

Aquela tradição de cingir os momentos interpretativos em fases⁴²², em que eu primeiro conheço, depois interpreto e só então aplico, já sucumbiu pelos contributos de Gadamer, que revelaram que é impossível reproduzir sentidos, portanto, não há mais que se falar em extrair um sentido do texto, mas, sim, em atribuir sentido ao texto. Portanto, isso significa dizer que não existe norma sem texto, tampouco texto sem norma.

No entanto, observa-se que em casos de grande clamor social, mas não apenas nestes, o pragmatismo, os subjetivismos e a discricionariedade seduzem os intérpretes a decidirem como se houvesse um grau zero de sentido. A partir dessa

⁴¹⁹ “Sustentar que há uma diferença (ontológica) entre texto e norma não significa que haja uma cisão estrutural entre ambos (o mesmo valendo para a dualidade vigência validade). O que se quer dizer é que o texto não subsiste como texto (algo como “um conceito em abstrato”). Não há texto sem contexto, assim como não há texto jurídico isolado da norma que se atribui a esse texto. Quando interpretamos – e estamos sempre interpretando – o texto jurídico (lei, constituição, princípio etc.) já nos aparece com alguma norma, que é produto da atribuição de sentido do intérprete. Todavia, o intérprete não é livre para atribuir qualquer sentido ao texto. Ele sempre estará inserido em uma determinada tradição, que sobre ele exerce constrangimento. Assim como o ser humano não atribui um sentido qualquer aos objetos no seu cotidiano, o que seria esquizofrenia, do mesmo modo o intérprete do Direito também possui limites e não pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”. STRECK, Lenio. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 10.

⁴²⁰ STRECK, Lenio. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 95.

⁴²¹ STRECK, Lenio. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 10.

⁴²² *Subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi.*

perspectiva, o intérprete constrói o texto, como se não houvesse *ex ante*, totalmente incoerentes com o Direito Positivo e a história institucional do fenômeno.

Afinal, o significado das palavras “está diretamente relacionado com o seu contexto histórico-temporal e com o sentido construído acerca dele”⁴²³, não podendo a decisão judicial ser “o produto de um conjunto de imperscrutáveis valorações subjetivas, subtraídas de qualquer critério reconhecível ou controle intersubjetivo⁴²⁴”, ou seja, proferida com base em juízos puramente subjetivos da parte do intérprete.

Em países de democracia tardia como o Brasil, que passaram por regimes de absoluta restrição de direitos, o fortalecimento de uma efetiva jurisdição constitucional foi um “ato emancipatório” ao direito, passando o direito e a política a serem compreendidos de modo indissociável, entretanto distinto, delimitado por critérios jurídicos os limites da política. Inobstante, esse fortalecimento do Judiciário acabou gerando, nos termos de Hirschl⁴²⁵, uma “juristocracia”⁴²⁶. Com isso, o grau de judicialização no Brasil atingiu a megapolítica ou a “política pura”⁴²⁷.

Neste contexto, a Operação Lava Jato evidenciou que o esquema tático da dogmática jurídica processual penal tradicional foi liquidado não apenas pelo discurso *da livre apreciação da prova e da busca da verdade real*⁴²⁸, *mas, sobretudo, pelo uso político do direito, ou seja*, a condução do raciocínio judicial para consecução de objetivos políticos. Descreve Streck esta estratégia como o “Direito contra o Direito. Direito usado como mero instrumento,⁴²⁹” violando gravemente sua autonomia:

⁴²³ STRECK, Lenio. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 190.

⁴²⁴ COMOGLIO, Luigi P; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Bologna: Giuffrè, 1995. p. 623.

⁴²⁵ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new onstitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p.1.

⁴²⁶ À progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para o Judiciário, ou seja, à substituição da negociação política pelo julgamento, do voto pela sentença, Hirschl chamou de juristocracia.

⁴²⁷ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 140, maio/ago. 2009.

⁴²⁸ “A ideia de ‘verdade real’ remete para um conceito de verdade em correspondência com a realidade, com a ‘coisa objeto do conhecimento’. Ilustrativa, nesse sentido, seria a imagem de um juiz que não passava (na verdade, ainda hoje é assim) de um juiz que era um produto mixado por dois modelos filosóficos (melhor dizendo, vulgatas de dois modelos): ao mesmo tempo em que ‘cava’ a prova ao seu talento (sendo, assim, um subjetivista), utiliza-se, ideologicamente, do ‘mito do dado’ para dar ‘pureza’ ao ‘produto escavado’”. STRECK, Lenio Luiz. A verdade das mentiras e as mentiras da verdade. **Consultor Jurídico**, 26 nov. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-28/senso-incomum-verdade-mentiras-mentiras-verdade-real>. Acesso em: 28 nov. 2021.

⁴²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 71.

A autonomia do Direito representa a blindagem ou resistência contra os seus predadores “naturais”, exógenos e endógenos. Com efeito, a moral, a política e a economia, embora sejam fundadores cooriginários ao Direito, institucionalmente passam a buscar espaços na ossatura jurídica estatal. Esse é o jogo democrático.⁴³⁰

O fortalecimento de uma cultura de interpretações judiciais inautênticas e teleológicas na história brasileira notabilizou-se durante a Lava Jato, pois revelou a morte do direito pelos seus predadores, pois esta “cultura” permitiu ao judiciário sair da posição de expectador e se colocar na posição de inquisidor, conduzindo o raciocínio judicial para outros objetivos.

Inobstante a gravidade dos atos de corrupção investigados durante a Operação Lava Jato, isso não pode justificar o desrespeito ao direito e, sobretudo, o amesquinamento de direitos fundamentais, que são limites inegociáveis do Estado Democrático de Direito. Como observa Colantuono e Valim: “Mais perigoso, porém, que o uso estratégico da corrupção, é o tratamento dispensado ao chamado ‘combate à corrupção.’”⁴³¹

Para retratar a substancialidade da discussão proposta, a Hermenêutica de Exceção na Lava Jato, a exemplaridade do estudo de caso é uma ferramenta necessária para sua compreensão. Essa estratégia de pesquisa permite conectar a teoria à prática, identificando as bases conceituais do fenômeno a partir de uma situação real. Define Yin que o estudo de caso é a pesquisa de um fenômeno específico inserido em uma determinada realidade, mediante a exploração de uma situação real utilizando fontes de informação⁴³².

Assim, o estudo de caso permitirá o diálogo entre o particular e o universal identificando a definição de uma hermenêutica de exceção a partir da decisão judicial que foi proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4 no processo n.º 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, em 22 de setembro de 2016, que analisou o recurso impetrado contra a decisão do Corregedor-Regional da Justiça Federal da 4ª Região,

⁴³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 32.

⁴³¹ OLANTUONO, Pablo Ángel Gutiérrez; VALIM, Rafael. “O enfrentamento da corrupção nos limites do Estado de Direito”. In: ZANIN MARTINS, Cristiano; TEIXEIRA ZANIN MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael (coord.). **O Caso Lula**: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil. ISBN. 978-85-69220-19-0, São Paulo: Contracorrente, p. 74, 2017.

⁴³² YIN, Robert K. **Estudo de caso**: planejamento e método. Tradução de Daniel Grassi. 3. ed. Porto Alegre: Bookmann, 2005. p.20-29.

que ordenou o arquivamento da representação que solicitava a instauração de processo administrativo disciplinar contra o titular da 13ª Vara Federal de Curitiba.

Portanto, neste capítulo da pesquisa, tem-se como objetivo específico apresentar a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por meio de sua corte especial, que arquivou a representação contra um Juiz Federal da Operação Lava Jato, episódio que ficou conhecido como “Morogate”,⁴³³ revelando como as situações de exceção do Estado Democrático Brasileiro são utilizadas como regra, sob a “roupagem” de um discurso de legalidade.

Diante de um cenário de intenso voluntarismo dos atores do sistema da Justiça, pretende-se descrever em especial a atuação do Judiciário Federal que permeia o estudo de caso, evidenciando que a Operação Lava Jato tornou-se um projeto de poder⁴³⁴, uma operação que foi além do voluntarismo, uma operação com propósitos políticos, para então, no terceiro capítulo, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, identificar a definição de Hermenêutica de Exceção.

A decisão analisou o fato de o magistrado ter deixado de preservar o sigilo de gravações de interceptações judiciais e ter divulgado para a imprensa comunicações telefônicas de autoridades com privilégio de foro, cujas conversas não se relacionavam com o objeto da investigação, em especial gravação envolvendo, à época, a presidente da república Dilma Rousseff e o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que inclusive estava sem autorização judicial.

A publicidade das gravações telefônicas partiu do titular da 13ª Vara Federal de Curitiba, o magistrado Sergio Fernando Moro, que, após o pedido de quebra de sigilo de dados telefônicos feito pelo MPF na investigação nº 5006205--98.2016.4.04.7000/PR, deferiu o pedido, entendendo que não haveria mais necessidade de manter o sigilo, utilizando como fundamento a necessidade de propiciar a ampla defesa e a publicidade processual⁴³⁵.

⁴³³ A expressão de autoria do jurista Lenio Streck, fazendo referência ao caso Watergate que resultou na renúncia do Presidente Richard Nixon nos Estados Unidos. STRECK, Lenio Luiz. Nas escutas, juristas se revelam mais moristas do que o próprio Moro. **Consultor Jurídico**, 21 mar. 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-mar-21/lenio-streck-escutas-juristas-revelam-moristas-moro>. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁴³⁴ Expressão utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes no Julgamento do HC 164.493. Supremo Tribunal Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. - Íntegra do Voto Vista . Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. p.31. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/integra-voto-gilmar-mendes-suspeicao.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁴³⁵ Evento nº 135 referente ao pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico nº 5006205-

A decisão de 22 de setembro de 2016 do Tribunal Regional da 4ª Região foi paradigmática, pois negou provimento ao recurso utilizando-se de argumentos de exceção, no sentido de que as regras jurídicas só incidem no âmbito da normalidade, não se aplicando a situações excepcionais⁴³⁶.

Faz-se imprescindível o estudo da decisão, pois embora a moral e a política construam o direito, uma vez estabelecido torna-se autônomo. Independentemente da posição política adotada, a referida decisão revelou quão frágil o direito pode se tornar quando atacado pelo Poder que foi instituído para preservá-lo, portanto a análise da decisão não se refere à política, tão pouco à moral, mas ao direito e sua autonomia, que uma vez estabelecido, é autônomo.

Nesse sentido, analisa Streck, sobre a condução da Lava Jato para outros fins:

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.⁴³⁷

A reclamação disciplinar encaminhada por advogados questionando a conduta do magistrado Sergio Moro na condução dos autos do Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônicos⁴³⁸ revela que a antiga problemática da Teoria do Direito em torno da relação entre direito e os seus predadores, sobretudo com a moral e a

98.2016.4.04.7000/PR. Despacho do magistrado Sérgio Fernando Moro: “[...] O levantamento propiciará assim não só o exercício da ampla defesa pelos investigados, mas também o saudável escrutínio público sobre a atuação da Administração Pública e da própria Justiça criminal. A democracia em uma sociedade livre exige que os governados saibam o que fazem os governantes, mesmo quando estes buscam agir protegidos pelas sombras.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônica n. 5006205-98.2016.4.04.7000/PR**. Requerente: Ministério Público Federal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-levantamento-sigilo.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2019.

⁴³⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti. 29 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁴³⁷ STRECK, Lenio Luiz. Do apelo ao senso comum aos poderes de fato: o novo direito 3.0 que legitima o arbítrio ou “quando a episteme vira doxa”. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (org.). **Comentários a um acórdão: o processo Lula no TRF4**. 1. ed., São Paulo: Outras Expressões, 2018, p. 125. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20180813053425/comentarios.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁴³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônica n. 5006205-98.2016.4.04.7000/PR**. Requerente: Ministério Público Federal. Disponível em:

política, alcançou a teoria da decisão judicial e, as suas consequências são nefastas para a democracia.

A fim de alcançar o objetivo proposto, o segundo capítulo foi dividido em 5 tópicos. O primeiro busca descrever as diversas fases da Operação Lava Jato até a 24ª fase, em que ocorreu a decisão que será analisada. O segundo descreve a representação contra a conduta do Juiz Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba, a decisão do Corregedor Celso Kipper até a decisão em grau recursal pelo Tribunal Federal da 4ª Região, incluindo a Reclamação realizada pela então Presidente Dilma Rousseff ao Supremo Tribunal Federal acerca dos mesmos fatos. No terceiro tópico, narra-se outro fato ocorrido durante a 24ª fase da Operação, a condução coercitiva do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que evidencia o agir estratégico do Judiciário para dar aparência de legitimidade às decisões judiciais, revelando o espetáculo punitivo ocorrido durante a Lava Jato. Posteriormente, expõe-se o deslinde do estudo de caso, em que o Supremo Tribunal Federal finalmente declarou a incompetência do Juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba e considerou que os atos praticados pelo Juiz Sergio Fernando Moro durante a Lava Jato foram parciais em relação ao ex-presidente Luiz Inácio da Silva, declarando nulo o processo. E por último, revela-se o agir estratégico do magistrado Sergio Moro durante a condução da Operação Lava Jato, sobrelevando os limites do sistema acusatório, ocultando informações e perseguindo seletivamente as provas dos processos vinculados à Lava Jato.

3.2 A OPERAÇÃO LAVA JATO

Quando a Lava Jato eclodiu, com o discurso do “combate sem tréguas à corrupção”, era possível assegurar que promoveria uma “limpeza” que alcançaria a todos, sem distinção de partido, tampouco que privilegiaria a esquerda ou a direita. Afinal, a operação era realizada por pessoas alheias à política, agentes públicos concursados sem qualquer interesse na causa. Apesar da propensa crise e do desgaste, era o preço a se pagar para romper o ciclo de impunidade. “Mesmo à esquerda, colava a ideia de que a corrupção – sempre vista como um problema do

caráter de alguns indivíduos, não um elemento sistêmico da relação entre capital e política – era o maior problema nacional”.⁴³⁹

No início das investigações, seletividade das investigações e a a manipulação deliberada das informações eram criticadas por uma minoria que se preocupava em analisar a instrumentalidade da operação, quer pelo desmonte das empresas estatais ou pelo avanço da extrema direita. A maioria acreditava na retórica da “limpeza geral” do sistema político, assim, os custos de ser contra a Lava Jato eram imensos: era como ser a favor da corrupção. Até os integrantes do Partido dos Trabalhadores eram cautelosos ao criticar os “heróis da justiça”, pois o preço era alto, e procuravam adotar um discurso público conciliador. O candidato a presidente da República em 2018, Fernando Haddad, garantiu apoio a Lava Jato e concluiu que: “Em geral, Moro fez um bom trabalho.”⁴⁴⁰

Atuando na Operação Lava Jato desde março de 2014, o juiz federal Sergio Fernando Moro já havia trabalhado em outras operações que também envolviam agentes políticos e grandes empresários, como no caso denominado Mensalão e na Operação Farol da Colina⁴⁴¹.

A partir de 19 de dezembro de 2014, o Tribunal Regional da 4ª Região permitiu que o juiz responsável pela Lava Jato em Curitiba só recebesse processos que tivessem relação com a Operação, sendo, portanto, suspensa a distribuição de outros, garantindo uma agilidade incomum à 13ª Vara Federal de Curitiba pela dedicação exclusiva.

Observa Rodrigues, que desde o início das investigações Lula foi o alvo das investigações:

[...] parece difícil negar que Lula foi o alvo principal desde as fases iniciais da investigação, ao menos desde a assinatura, em 2014, dos acordos de colaboração premiada de Paulo Roberto Costa (27 de agosto), Alberto Youssef (24 de

⁴³⁹ MIGUEL, Luís Felipe. Punitivismo, antipolítica e avanço da direita: o caso da Lava Jato. *In*: **Justificando**: Mentis Inquietas Pensam Direito, 12 jun. 2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/06/12/punitivismo-antipolitica-avanco-da-direita-o-caso-da-lava-jato/>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁴⁴⁰ CORREIO DO ESTADO. **Haddad diz que Sérgio Moro fez bom trabalho**. Campo Grande, 17 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.correiadoestado.com.br/noticias/haddad-diz-que-sergio-moro-fez-bom-trabalho/338882/>. Acesso em: 20 jul. 2019.

⁴⁴¹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato**: Curitiba. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/curitiba>. Última atualização: 24/08/2021. Acesso em: 24 ago. 2021.

setembro), Augusto Ribeiro Neto (22 de outubro) e Pedro Barusco Filho (19 de outubro), todos ouvidos como testemunhas no caso do triplex do Guarujá⁴⁴².

Pode-se dizer que a Lava Jato foi estruturada e conduzida pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, de um lado, e pela Justiça Federal, de outro, para atingir essencialmente os integrantes do sistema político. E desde as fases iniciais das investigações, Lula foi o alvo principal ao menos desde a assinatura, em 2014, dos acordos de colaboração premiada de Paulo Roberto Costa (27 de agosto), Alberto Youssef (24 de setembro), Augusto Ribeiro Neto (22 de outubro) e Pedro Barusco Filho (19 de outubro), ouvidos como testemunhas no caso do triplex do Guarujá.

A primeira denúncia criminal contra o ex-presidente Lula, na Operação Lava Jato, foi oferecida pelo Procurador-Geral da República, em 4 de maio de 2016, a partir de um aditamento da inicial, após as delações premiadas dos denunciados Delcídio do Amaral e o seu ex-chefe de gabinete, Diogo Ferreira Rodrigues. De acordo com a exordial, o ex-presidente teria praticado a conduta prevista no artigo 2º, §1º, da Lei 12.850/2013, por ter impedido ou embaraçado as investigações da Operação Lava Jato. A referida Ação Penal, por determinação do ministro Teori Zavascki, tramitou pela Justiça Federal em Brasília, por entender o ministro que os fatos não tinham conexão com as demais investigações relacionadas às fraudes no âmbito da Petrobras.

A segunda denúncia em desfavor do ex-presidente foi oferecida pela Procuradoria da República no Paraná, em 14 de setembro de 2016; juntamente com outras 7 pessoas, Lula foi acusado pela prática dos crimes de corrupção passiva em concurso material. De acordo com a peça acusatória, Lula, após assumir o cargo de Presidente da República, “[...] comandou a formação de um esquema delituoso de desvio de recursos públicos destinados a enriquecer ilícitamente, bem como, visando à perpetuação criminosa no poder, comprar apoio parlamentar e financiar caras campanhas eleitorais⁴⁴³”.

Ainda de acordo com a inicial, os executivos da Petrobras constituíram um cartel para fraudar procedimentos licitatórios, e através da corrupção de funcionários

⁴⁴² RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato**: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. v.1, p. 299.

⁴⁴³ BRASIL. Ministério Público Federal. **Distribuição por dependência aos autos nº 500661729.2016.4.04.7000/PR e 5035204-61.2016.4.04.7000/PR**. Curitiba, 14 set. 2016. p.5. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/denuncia-lula-apartamento.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

públicos de alto escalão, “[...] impuseram um cenário artificial de ‘não concorrência’, permitindo-lhes elevar ao máximo o preço que receberiam em decorrência da execução das respectivas obras [...] as empresas cartelizadas comprometiam-se a repassar, após o início da execução das obras, percentuais dos valores totais dos contratos que lhes fossem adjudicados.”⁴⁴⁴

Consta na peça inicial que o ex-presidente era o líder da prática fraudulenta e, juntamente com o Partido dos Trabalhadores, o maior beneficiado com o esquema criminoso:

Todos ganhavam, mas as rédeas da criação e desenvolvimento do esquema estavam nas mãos de uma estrutura partidária, do PT, que tinha grande influência sobre as decisões do governo federal de distribuição de cargos. LULA, enquanto seu líder de maior projeção, foi o maior interessado e beneficiário da governabilidade corrompida (compra de apoio de terceiros partidos) e da perpetuação criminosa no poder pela formação de um colchão de propina que seria usado para financiar campanhas eleitorais nos mais diversos níveis.⁴⁴⁵

Desta feita, de acordo com a narrativa, todos os fatos convergiam para o representante máximo do PT, assegurando inclusive que o Mensalão e a Lava Jato eram “como faces da mesma moeda”, pois em ambos os casos houve “a criação de uma estrutura que direcionava benefícios aos que estavam no poder e seus partidos.”⁴⁴⁶

Assim, para que houvesse êxito na fraude, Lula teria escolhido e mantido os diretores da Petrobras que fossem “comprometidos com a arrecadação”, tendo amplos poderes para decidir sobre o esquema criminoso. [...] “uma nota comum dessas engrenagens delituosas foi o seu funcionamento em benefício de LULA, não só pelas vantagens financeiras que recebeu, mas também pela governabilidade conquistada e pelo fortalecimento de seu partido⁴⁴⁷”.

⁴⁴⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. **Distribuição por dependência aos autos nº 500661729.2016.4.04.7000/PR e 5035204-61.2016.4.04.7000/PR**. Curitiba, 14 set. 2016. p.6. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/denuncia-lula-apartamento.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

⁴⁴⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. **Distribuição por dependência aos autos nº 500661729.2016.4.04.7000/PR e 5035204-61.2016.4.04.7000/PR**. Curitiba, 14 set. 2016. p.6. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/denuncia-lula-apartamento.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

⁴⁴⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. **Distribuição por dependência aos autos nº 500661729.2016.4.04.7000/PR e 5035204-61.2016.4.04.7000/PR**. Curitiba, 14 set. 2016. p.14. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/denuncia-lula-apartamento.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

⁴⁴⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. **Distribuição por dependência aos autos nº**

Em particular, em desfavor do ex-presidente havia três acusações: de corrupção em três contratos da construtora OAS com a Petrobras, em que foram pagas propinas no montante de 87 milhões de reais; outra, de lavagem de dinheiro referente a melhorias pagas pela empreiteira OAS, no valor de 2,3 milhões de reais, no caso do triplex do Guarujá e, por último, de lavagem de dinheiro em decorrência do serviço de armazenagem de bens de seu acervo pessoal, ao custo de 1,3 milhão de reais, pago pela mesma empreiteira por meio de um contrato falso.

O alvo principal da força-tarefa de Curitiba ficou evidente no célebre documento em PowerPoint exibido pelo Ministério Público Federal quando foi apresentada a primeira acusação contra Lula, em 14 de setembro de 2016. O coordenador da força-tarefa de Curitiba, ao falar da repercussão da coletiva em que exibiu o documento, ofereceu a justificativa de que a representação gráfica teve a intenção de mostrar que “Lula era o comandante do sistema criminoso implantado na Petrobras⁴⁴⁸”.

A terceira denúncia em desfavor do ex-presidente foi oferecida pela Procuradoria da República no Distrito Federal na Operação Janus, por tráfico de influência para favorecer contratos da Odebrecht em Angola, corrupção passiva, lavagem de dinheiro e organização criminosa.

E a quarta foi decorrente da Operação Zelotes, em que se acusou o ex-presidente pelos crimes de tráfico de influência, lavagem de dinheiro e organização criminosa relacionados à aquisição de caças pelo governo brasileiro e à prorrogação de incentivos fiscais em benefício de montadoras de veículos.

A Lava Jato atingiu números impressionantes no Brasil: entre 2014 e março de 2020, apenas em Curitiba foram apresentadas 119 denúncias, cumpridos 1.343 mandados de busca e apreensão e foram decretadas 293 prisões cautelares e, ainda, 500 pessoas denunciadas, 165 condenadas em segunda instância⁴⁴⁹.

Durante o “auge” da Lava Jato, em que seu protagonista já aparecia representado no carnaval como super-herói até nos gigantescos bonecos de Olinda, o magistrado Sergio Moro declarou ao Tribunal Regional Federal 4ª região que, em

500661729.2016.4.04.7000/PR e 5035204-61.2016.4.04.7000/PR. Curitiba, 14 set. 2016. p.18. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/denuncia-lula-apartamento.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

⁴⁴⁸ BOM DIA BRASIL. MPF diz que Lula era o comandante máximo da corrupção na Petrobras. **G1**. [São Paulo], 15 set. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/09/mpf-diz-que-lula-era-o-comandante-maximo-da-corrupcao-na-petrobras.html>. Acesso em: 29 ago. 2021.

⁴⁴⁹ RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato**: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. v.1.

2016, ministrou 16 eventos externos, sendo 9 palestras, 3 homenagens e 2 audiências no Congresso Nacional e, em 2017 e 2018, até a assunção ao cargo de Ministro da Justiça, o magistrado declarou a participação em 25 eventos.⁴⁵⁰ Os temas das palestras giravam entorno do combate à corrupção.

Durante a premiação “Brasileiros do Ano”, realizada em 5 de dezembro de 2017 pela revista Isto é, em São Paulo, o magistrado Sergio Fernando Moro recebeu a homenagem na categoria Justiça.⁴⁵¹

O magistrado também teve destaque no cenário internacional, aparecendo na lista das cem personalidades mais influentes da revista Time⁴⁵², na revista Fortune⁴⁵³ foi considerado o 13º maior líder mundial e, ainda, foi eleito pelo jornal britânico Financial Times como uma das cinquenta personalidades mundiais, sendo, inclusive, homenageado na quarta edição do Brasil Mônaco Project, ocasião em que agradeceu às autoridades do país pela cooperação internacional com as investigações da força tarefa de Curitiba.⁴⁵⁴

Semelhantemente, na Ação Penal nº 470 que envolvia a compra de votos e ficou conhecida como Mensalão, ocorreu esse processo de heroificação e celebração dos magistrados. Embora com uma repercussão em menores proporções, o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, tornou-se uma verdadeira celebridade nacional.

Depois do impeachment da Presidente Dilma Rousseff, em 31 de agosto de 2016, o juiz federal de 1ª instância Sergio Fernando Moro era sinônimo de coragem e retidão. E o apoio à operação pela população gerou uma comoção com direito a passeatas e movimentos pela continuação das investigações. “Por convicção, por

⁴⁵⁰ SPERB, Paula; BALTHAZAR, Ricardo; AUDI, Amanda. Moro omitiu palestra remunerada em prestação de contas como juiz federal: juízes têm 30 dias para informar sua participação nos eventos e devem registrar data, assunto, local e entidade que organizou. **Folha de São Paulo**, 04 ago. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/08/moro-omitiu-palestra-remunerada-em-prestacao-de-contas-como-juiz-federal.shtml>. Acesso em: 09 set. 2021.

⁴⁵¹ ALESSI, Gil. **Foto de Moro e Aécio rindo juntos eletriza as redes em pleno caos no país**. 07 de dezembro de 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/12/07/politica/1481121036_884537.html. Acesso em 20 jul. 2020.

⁴⁵² SÉRGIO Moro aparece na lista dos '100 mais influentes' da revista 'Time'. In: **G1**, São Paulo, 21 abr. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/04/sergio-moro-aparece-na-lista-dos-100-mais-influentes-da-revista-time.html>. Acesso em: 7 ago. 2021.

⁴⁵³ MORO é considerado pela 'Fortune' o 13º maior líder mundial". In: **O Estado de S. Paulo**, 24 mar. 2016. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,sergio-moro-e-considerado-pela-fortune-o-13-maior-lider-mundial,10000023003>. Acesso em: 7 ago. 2021.

⁴⁵⁴ SERGIO Moro é homenageado em baile de gala em Mônaco. In: **G1**, São Paulo, 24 nov. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/12/24/sergio-moro-e-eleito-uma-das-50-personalidades-da-decada-pelo-jornal-financial-times.ghtml>. Acesso em: 7 ago. 2021.

ingenuidade ou por oportunismo, muitos abriram as portas para o discurso punitivista e, assim, para a derrocada do Estado de Direito e da democracia”.⁴⁵⁵

O discurso da mídia e da direita eram uníssonos, a Lava Jato era considerada a maior operação de combate à corrupção da história do país. Havia aqueles que, desde o começo das investigações, questionavam a motivação política da operação e o comportamento parcial e antiético do magistrado Sergio Moro, mas com o impeachment da Presidente Dilma Rousseff e posterior nomeação do juiz federal a Ministro da Justiça, as especulações passaram a tomar força.

A Operação Lava Jato foi deflagrada em 17 março de 2014 pela Polícia Federal do estado do Paraná, com o objetivo de investigar crimes de evasão de divisas, lavagem de dinheiro e outros crimes financeiros conduzidos por uma organização criminosa, em seis estados: Mato Grosso, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo e no Distrito Federal, tendo disso cumpridos 81 mandados de busca e apreensão. A denominação “Lava Jato” para a operação decorre do uso de uma rede brasileira de lavanderia em postos de combustíveis encobrir transações financeiras de origem ilícita pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas.

Três dias após as primeiras buscas, na segunda fase da operação, denominada Bidone, a Polícia Federal cumpriu 6 mandados de busca e apreensão, com a prisão temporária do ex-diretor de Refino e Abastecimento da Petrobras Paulo Roberto Costa, acusado de tentar destruir provas sobre uma suposta ligação com o doleiro Alberto Youssef. A polícia federal apontou, na ocasião, que o doleiro Alberto Youssef era o chefe de uma quadrilha especializada em lavagem de dinheiro.

A investigação direcionava-se para a cartelização das empresas em detrimento da concorrência real que deveria existir entre elas para auferir contratos com a Petrobras. As propostas de preço decorrentes da abertura de edital licitatório, que deveriam ser secretas e incomunicáveis à Petrobras, eram calculadas e ajustadas em reuniões secretas nas quais se definiam quem ganharia o contrato e qual seria o preço que, obviamente, era superfaturado, em detrimento dos cofres da estatal. De acordo a explicação contida no sítio eletrônico do Ministério Público Federal sobre a Lava

⁴⁵⁵ MIGUEL, Luís Felipe. Punitivismo, antipolítica e avanço da direita: o caso da Lava Jato. *In*: **Justificando**: Mentis Inquietas Pensam Direito, 12 jun. 2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/06/12/punitivismo-antipolitica-avanco-da-direita-o-caso-da-lava-jato/>. Acesso em: 20 jun. 2019.

Jato, os processos licitatórios da Petrobras eram fraudados em um esquema típico de organizações criminosas:

[...] as empreiteiras se cartelizaram em um “clube” para substituir uma concorrência real por uma aparente. Os preços oferecidos à Petrobras eram calculados e ajustados em reuniões secretas nas quais se definia quem ganharia o contrato e qual seria o preço, inflado em benefício privado e em prejuízo dos cofres da estatal. O cartel tinha até um regulamento, que simulava regras de um campeonato de futebol, para definir como as obras seriam distribuídas. Para disfarçar o crime, o registro escrito da distribuição de obras era feito, por vezes, como se fosse a distribuição de prêmios de um bingo.⁴⁵⁶

Em contrapartida, as empreiteiras organizadas pagavam valores indevidos para altos executivos da estatal e outros agentes públicos, variando de 1% a 5% do montante total de contratos superfaturados, que era distribuído por meio de operadores financeiros do esquema, incluindo doleiros investigados na primeira etapa⁴⁵⁷. Inicialmente, foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio; posteriormente, o Ministério Público Federal recolheu provas de um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras.

A investigação inicial foi avançando para uma nova direção a partir da celebração de acordos de colaboração, entre o MPF e investigados, resultando em novas fases e novas operações. De acordo com o Ministério Público Federal, apenas na 1ª instância, na 13ª Vara de Curitiba foram realizadas 130 denúncias, 179 ações penais, 553 pessoas foram denunciadas, 174 pessoas foram condenadas em 1ª e 2ª instância; houve 209 acordos de colaboração, 17 acordos de leniência, 163 prisões temporárias, 132 prisões preventivas, 1450 mandados de busca e apreensão, 211 conduções coercitivas e 723 pedidos de cooperação internacional.⁴⁵⁸

Com 80 fases operacionais autorizadas⁴⁵⁹ até 11 de fevereiro de 2021, a partir da 18ª fase as medidas adotadas durante a operação já revelavam o alvo, o ex-

⁴⁵⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato**: Entenda o caso. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 23 set. 2021.

⁴⁵⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato**: Entenda o caso. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 23 set. 2021.

⁴⁵⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato**: Resultados. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>. Última atualização: 24/08/2021. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁴⁵⁹ **1.ª fase** (Lava Jato) — Em 17 de março de 2014, **2.ª fase** (*Bidone*) — Em 20 de março de 2014, **3.ª fase** (*Dolce Vita*) — Em 11 de abril de 2014, **4.ª fase** (*Casablanca*) **5.ª fase** (*Bidone II*) — No dia 1º de julho de 2014, **6.ª fase** (*Bidone III*) — Em 22 de agosto de 2014, **7.ª fase** (*Juízo Final*) —

presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Em 04 de setembro de 2015, um dos homens de confiança do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, ex-ministro da Casa Civil José Dirceu e outras 16 pessoas foram denunciadas pelo Ministério Público Federal pelos crimes de organização criminosa, corrupção ativa e lavagem de dinheiro, utilizando-se das atribuições do cargo da Diretoria de Serviços da Petrobras. Na 21ª fase da operação, denominada Passe Livre, devido a uma delação do lobista Fernando Baiano, o pecuarista e empresário José Carlos Bumlai foi preso preventivamente, por supostamente ter repassado R\$ 2 milhões a uma nora de Lula, em esquema que teria como fundo contratos do pré-sal.

Em 14 de novembro de 2014, *Operação Pseudeia*; **8.ª fase** — Em 14 de janeiro de 2015 **9.ª fase** (*My Way*) — Em 5 de fevereiro de 2015 **10.ª fase** (Que País é esse?) — **11.ª fase** (A Origem) — Em 10 de abril de 2015, a PF deu início à fase denominada de "A Origem", **12.ª fase** Em 15 de abril de 2015, **13.ª fase** Em 21 de maio de 2015, **14.ª fase** (*Erga Omnes*) — Em 19 de junho de 2015, **15.ª fase** (Conexão Mônaco) — Em 2 de julho de 2015; **16.ª fase** (Radioatividade) em 28 de julho de 2015 **17.ª fase** (Pixuleco) — em 3 de agosto de 2015 a fase da operação batizada de "Operação Pixuleco", **18.ª fase** (Pixuleco II) — A PF deflagrou em 13 de agosto de 2015; **19.ª fase** (*Nessum Dorma*) — **20.ª fase** (Corrosão) — Lava Jato. **21.ª fase** (Passe Livre) — **22.ª fase** (Tripló X) — em 27 de janeiro de 2016; **23.ª fase** (Acarajé) — A PF deflagrou, em 22 de fevereiro de 2016, **24.ª fase** (*Aletheia*) — A PF deflagrou, em 4 de março de 2016, **25.ª fase** (Polimento) — A polícia judiciária portuguesa cumpriu, em 21 de março de 2016 em Lisboa; **26.ª fase** (Xepa) — A PF deflagrou, em 22 de março de 2016, **27.ª fase** (Carbono 14) — Em 1º de abril de 2016; **28.ª fase** (Vitória de Pirro) — Em 12 de abril de 2016; **29.ª fase** (Repescagem) — Em 23 de maio de 2016, **30.ª fase** (Vício), Em 24 de maio, **31.ª fase** (Abismo) — Em 4 de julho de 2016, **32.ª fase** (Caça-Fantasmas) — Em 7 de julho de 2016, **33.ª fase** (Resta Um) — Em 2 de agosto de 2016; **34.ª fase** (Arquivo X) — Em 22 de setembro de 2016; **35.ª fase** (*Omertà*); **36.ª fase** (Dragão) — Em 10 de novembro de 2016; **37.ª fase** (Calicute) — Em 17 de novembro de 2016, **38.ª fase** (*Blackout*) — Em 23 de fevereiro de 2017, **39.ª fase** (Paralelo) — Em 28 de março de 2017, **40.ª fase** (Asfixia) — Em 4 de maio de 2017 **41.ª fase** (Poço Seco) — Em 26 de maio de 2017, **42.ª fase** (Cobra) — Em 27 de julho de 2017, **43.ª fase** (Sem Fronteiras) — Em 18 de agosto de 2017, **44.ª fase** (Abate) **45.ª fase** (Abate II) — Em 23 de agosto de 2017, **46.ª fase** — (Sem nome) - Em 20 de outubro de 2017; **47.ª fase** (Sothis) — Em 21 de novembro de 2017; **48.ª fase** (Integração) — Em 22 de fevereiro de 2018, **50.ª fase** (Sothis II) — Em 23 de março de 2018; **51.ª fase** (Déjà vu) — Em 8 de maio de 2018, **52.ª fase** (Greenwich) em 21 de junho de 2018, **53.ª fase** (Piloto) — Em 11 de setembro de 2018; **54.ª fase** — Em 25 de setembro de 2018, **55.ª fase** (Integração II) — Em 26 de setembro de 2018, **56.ª fase** (Sem Fundos) XXX, **57.ª fase** (Sem Limites); **58.ª fase** — Em 25 de janeiro; **59.ª fase** (*Quinto ano*) — Em 31 de janeiro de 2019; **60.ª fase** (*Ad infinitum*) — Em 19 de fevereiro de 2019, **61.ª fase** (*Disfarces de Mamom*) — Em 8 de maio de 2019; **62.ª fase** (*Rock city*) em 31 de julho de 2019, **63.ª fase** (*Carbonara Chimica*) em 21 de agosto de 2019; **64.ª fase** (*Pentiti*), em 23 de agosto de 2019; **65.ª fase** (*Galeria*), em 10 de setembro de 2019, **66.ª fase** (*Alerta Mínimo*), em 27 de setembro, **67.ª fase** (*Tango & Cash*), em 23 de outubro, **68.ª fase** (*Appium*), **69.ª fase** (*Mapa da mina*) em 10 de dezembro 2019, **70.ª fase** (*Óbolo*) — Em 18 de dezembro de 2019; **71.ª fase** (*Operação Sem Limites II*) — Em 18 de junho de 2020; **72.ª fase** (*Navegar é Preciso*) — Em 19 de agosto de 2020; **73.ª fase** (*Ombro a Ombro*) — em 25 de agosto de 2020, **74.ª fase** (*Sovraprezzo*) — Em 10 de setembro de 2020, **75.ª fase** (*BOEMAN*) — Em 23 de setembro de 2020, **76.ª fase** (*Sem Limites III*) — Em 07 de outubro de 2020, **77.ª fase** (*Sem Limites IV*) — Em 20 de outubro de 2020; **78.ª fase** (*Sem Limites V*) - em 26 de novembro de 2020; **79.ª fase** (*Operação Vernissage*) - Em 12 de janeiro de 2021; **80.ª fase** (*Operação Pseudeia*) - Em 11 de fevereiro de 2021. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato**: Resultados. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>. Última atualização: 24/08/2021. Acesso em 24 ago. 2021.

Em 27 de janeiro de 2016, na 22ª fase da Operação, as investigações chegaram a um triplex construído pela empreiteira OAS no Guarujá, que seria da família do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, mas que estava registrado em nome de uma panamenha, Mossack Fonseca. Segundo a investigação, Mossack Fonseca era responsável pela abertura de empresas offshore⁴⁶⁰ e contas no exterior usadas para ocultar o dinheiro desviado da Petrobras. A Polícia Federal cumpriu seis mandados de prisão temporária e duas conduções coercitivas.

Em 22 de fevereiro de 2016, na 23ª fase da operação, denominada Acarajé, o publicitário João Santana, responsável pelas campanhas presidenciais de Lula e Dilma Rousseff, foi alvo de um mandado de prisão acusado de corrupção e lavagem de dinheiro.

A decisão que será objeto de estudo ocorreu na fase seguinte, denominada Aletheia. Durante esta fase, diversos atos praticados pelo Juiz Sergio Moro foram sujeitos a questionamentos, ensejando, em 2021, a anulação pelo Supremo Tribunal Federal dos processos do ex-presidente Lula, pela parcialidade demonstrada através de atos processuais, superexposição na mídia e, ainda, pela posterior assunção ao cargo de Ministro da Justiça.

3.2.1 Da 24ª fase da Operação Lava Jato: Aletheia

A 24ª fase, em 4 de março de 2016, batizada de Aletheia, denominação que faz referência à expressão grega que significa a busca da verdade, foi deflagrada para investigar indícios da segunda denúncia ⁴⁶¹recebida em desfavor de Lula, em que se apurava se ex-presidente teria recebido dinheiro desviado da Petrobras por meio da execução de reformas no apartamento triplex do Guarujá e do sítio de Atibaia. A operação realizou 44 mandados de busca e apreensão e 11 de condução coercitiva, e uma delas foi para a condução para depoimento do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

⁴⁶⁰ Offshore é uma palavra inglesa que significa situado “*fora da costa*”, ou seja, em outro território.

⁴⁶¹ Nos autos nº 5006205-98.2016.4.04.7000 em desfavor do ex-presidente havia três acusações: de corrupção em três contratos da construtora OAS com a Petrobras, em que foram pagas propinas no montante de 87 milhões de reais; outra, de lavagem de dinheiro referente a melhorias pagas pela empreiteira OAS, no valor de 2,3 milhões de reais, no caso do triplex do Guarujá e, por último, de lavagem de dinheiro em decorrência do serviço de armazenagem de bens de seu acervo pessoal, ao custo de 1,3 milhão de reais, pago pela mesma empreiteira por meio de um contrato falso.

O juiz federal da 13ª Vara Federal de Curitiba, o então Juiz Sergio Fernando Moro, na decisão concessiva da medida coercitiva afirmou: “Embora o ex-Presidente mereça todo o respeito, em virtude da dignidade do cargo que ocupou (sem prejuízo do respeito devido a qualquer pessoa), isso não significa que está imune à investigação, [...]”⁴⁶². O ex-presidente prestou depoimento por cerca de quatro horas em sala do aeroporto de Congonhas. Logo após a oitiva, convocou uma entrevista coletiva e teceu críticas ao magistrado: “Moro não precisaria ter mandado uma coerção da Polícia Federal na minha casa de manhã, na casa dos meus filhos. Era só ter me convidado⁴⁶³”, afirmou.

Em 16 de março de 2016, foi divulgado o conteúdo de áudios captados em decorrência das interceptações telefônicas autorizadas, em um momento estrategicamente determinado para impedir a nomeação do ex-presidente Lula como Ministro. No referido dia, às 13h32, a conversa telefônica entre a então presidente Dilma Rousseff e o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva referia-se supostamente ao Termo de Posse do ex-presidente Lula como Ministro da Casa Civil, que seria utilizado como mecanismo para garantir o foro privilegiado e impedir a continuidade da tramitação pela 13ª Vara de Curitiba:

Diálogo interceptação telefônica - Conversa com Dilma:⁴⁶⁴

Dilma: "Alô."

Lula: "Alô."

Dilma: "Lula, deixa eu te falar uma coisa."

Lula: "Fala, querida. Ahn?"

Dilma: "Seguinte, eu tô mandando o 'Bessias' junto com o papel pra gente ter ele, e só usar em caso de necessidade, que é o termo de posse, tá?!"

Lula: "Uhum. Tá bom, tá bom."

Dilma: "Só isso, você espera aí que ele tá indo aí."

Lula: "Tá bom, eu tô aqui, fico aguardando."

Dilma: "Tá?!"

⁴⁶² BRASIL. Justiça Federal. **Petição nº 5007401-06.2016.4.04.7000/PR**. Requerente: Ministério Público Federal. Requeridos: Marisa Leticia, Lula da Silva, Luiz Inácio Lula da Silva. Despacho/Decisão: Sergio Fernando Moro. Curitiba, 29 fev. 2016. Disponível: <https://www.conjur.com.br/dl/pf-violou-lei-penal-ordem-moro-conduzir.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2021.

⁴⁶³ LULA diz que ficou indignado por ter sido levado à força pela PF: ex-presidente Lula falou com os jornalistas na sede do diretório nacional do PT. Do lado de fora, teve confusão e militantes agrediram jornalistas. JORNAL Nacional. Lula diz que ficou indignado por ter sido levado à força pela PF. *In* **G1**, São Paulo. 4 mar. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/03/lula-diz-que-ficou-indignado-por-ter-sido-levado-forca-pela-pf.html>. Acesso em: 05 fev. 2021.

⁴⁶⁴ BIBLIOTECA do Senado Federal. Lula cai nas mãos de Moro. 14 de junho de 2016. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/525152/noticia.html?sequence=1>. Acesso em 19 fev. 2021.

Lula: "Tá bom."
Dilma: "Tchau."
Lula: "Tchau, querida."

No despacho que autorizou a divulgação das conversas, Moro havia argumentado que:

O levantamento propiciará assim não só o exercício da ampla defesa pelos investigados, mas também o saudável escrutínio público sobre a atuação da Administração Pública e da própria Justiça criminal. A democracia em uma sociedade livre exige que os governados saibam o que fazem os governantes, mesmo quando estes buscam agir protegidos pelas sombras.⁴⁶⁵

Além da ilegalidade dessa conduta do magistrado, que já ensejaria a instauração de procedimento para apuração, ao divulgar a conversa entre Lula e a Presidente Dilma Rousseff, houve ainda outra ilegalidade, pois o magistrado Sérgio Moro havia determinado a interrupção da interceptação, por despacho, no dia 16 de março de 2016, às 11h12 (evento 112). O delegado da Polícia Federal Luciano Flores de Lima e as operadoras de telefonia foram informados da suspensão dos grampos às 12h18. Entre a decisão e a implementação da ordem junto às operadoras, foi juntado aos autos pela autoridade policial um novo diálogo telefônico colhido às 13h32 (evento 133), justamente o diálogo entre Lula e Dilma que não estava mais amparado pela legalidade do sigilo.⁴⁶⁶

No mesmo dia, antes de divulgação, a Polícia Federal, às 15h34, comunicou ao juízo da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba sobre o conteúdo. Mesmo assim, às 16h21, o magistrado determinou o levantamento do sigilo do processo inteiro, inclusive da gravação ilegal da conversa entre a presidente e o acusado. Posteriormente, em despacho, no dia 17 de março, arguiu: "Não havia reparado antes no ponto, mas não vejo maior relevância"⁴⁶⁷. No despacho escreveu o juiz:

⁴⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônica n. 5006205-98.2016.4.04.7000/PR**. Requerente: Ministério Público Federal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-levantamento-sigilo.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2019

⁴⁶⁶ RODAS, Sérgio. Moro reconhece erro no grampo de Dilma e Lula, mas mantém divulgação. **Consultor Jurídico**, São Paulo, SP: 17 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-17/moro-reconhece-erro-grampo-dilma-lula-nao-recua>. Acesso em: 20 jul. 2019.

⁴⁶⁷ Despacho proferido pelo magistrado Sérgio Moro: Revejo o segundo despacho de 16/03 (evento 135). Determinei a interrupção da interceptação, por despacho de 16/03/2016, às 11:12:22 (evento 112). Entre a decisão e a implementação da ordem junto às operadoras, colhido novo diálogo telefônico, às 13:32, juntado pela autoridade policial no evento 133. Não havia reparado antes no ponto, mas não vejo maior relevância. Como havia justa causa e autorização legal para a

Revejo o segundo despacho de 16/03 (evento 135). Determinei a interrupção da interceptação, por despacho de 16/03/2016, às 11:12:22 (evento 112). Entre a decisão e a implementação da ordem junto às operadoras, colhido novo diálogo telefônico, às 13:32, juntado pela autoridade policial no evento 133. Não havia reparado antes no ponto, mas não vejo maior relevância. Como havia justa causa e autorização legal para a interceptação, não vislumbro maiores problemas no ocorrido, valendo, portanto, o já consignado na decisão do evento 135.⁴⁶⁸

O magistrado para “fundamentar” sua decisão de manutenção dos áudios ilegais, citou o caso US vs Nixon, de 1974, em que a Suprema Corte dos EUA decidiu que o presidente Richard Nixon não poderia se recusar a fornecer gravações de conversas na Casa Branca a outros entes do Estado:

Não é ainda o caso de exclusão do diálogo considerando o seu conteúdo relevante no contexto das investigações, conforme já explicitado na decisão do evento 135 e na manifestação do MPF do evento 132. A circunstância do diálogo ter por interlocutor autoridade com foro privilegiado não altera o quadro, pois o interceptado era o investigado e não a autoridade, sendo a comunicação interceptada fortuitamente. Ademais, nem mesmo o supremo mandatário da República tem um privilégio absoluto no resguardo de suas comunicações, aqui colhidas apenas fortuitamente, podendo ser citado o conhecido precedente da Suprema Corte norte-americana em US v. Nixon, 1974, ainda um exemplo a ser seguido⁴⁶⁹.

O referido caso US vs Nixon, utilizado como argumento pelo magistrado no sentido de que nem mesmo o presidente "tem um privilégio absoluto" na proteção de suas conversas, refere-se ao caso em que a Suprema Corte dos EUA decidiu que o então presidente Richard Nixon não poderia se recusar a fornecer gravações ordenadas por ele mesmo na Casa Branca a outros entes do Estado. O julgamento decorreu do caso Watergate, descoberto por repórteres do jornal *Washington Post*, que receberam a informação de que o presidente republicano Richard Nixon

interceptação, não vislumbro maiores problemas no ocorrido, valendo, portanto, o já consignado na decisão do evento 135. Não é ainda o caso de exclusão do diálogo considerando o seu conteúdo relevante no contexto das investigações, conforme já explicitado na decisão do evento 135 e na manifestação do MPF do evento 132. BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônica n. 5006205-98.2016.4.04.7000/PR**. Requerente: Ministério Público Federal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-levantamento-sigilo.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2019.

⁴⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônica n. 5006205-98.2016.4.04.7000/PR**. Requerente: Ministério Público Federal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-levantamento-sigilo.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2019.

⁴⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônica n. 5006205-98.2016.4.04.7000/PR**. Requerente: Ministério Público Federal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-levantamento-sigilo.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2019.

grampeou reuniões do Partido Democrata, para obter documentos relacionados a seu adversário na campanha eleitoral de 1972.

Entretanto, as situações são distintas, pois as fitas que levaram à queda de Nixon foram feitas a partir de gravações ordenadas por ele mesmo para seu arquivo pessoal. Em 1973, durante as investigações do caso Watergate, o ex-assessor de Nixon, Alexander Butterfield, revelou, no Congresso, que o presidente gravava todas as suas conversas desde 1971. Na ocasião, o juiz determinou que Nixon entregasse todas as gravações para análise. O presidente apelou da decisão e o apelo foi negado. Nas fitas entregues por Nixon, contudo, faltava um trecho de 18 minutos, que, segundo a Casa Branca, teria sido apagado acidentalmente pela secretária de Nixon, Rose Mary Woods. A Suprema Corte ordenou que a Casa Branca entregasse as gravações completas. No trecho cortado, estava o diálogo que comprometeria Nixon Assim, diferentemente do caso em que Lula foi vítima de um grampo e uma divulgação ilegais, no caso Nixon, utilizado como exemplo por Moro para justificar o levantamento do sigilo a Suprema Corte Americana, o presidente havia grampeado adversários políticos.

A conduta do magistrado, ainda que discursivamente repousada em princípios gerais como o da publicidade e o da moralidade pública, foi praticada à margem da Constituição. O magistrado não poderia ter tornado públicas gravações que envolvem autoridades, já que isso é de competência do Supremo Tribunal Federal. Em um Estado Democrático de Direito, o respeito ao texto tem como uma das finalidades evitar o casuísmo da atuação estatal, afastando-se com isso a possibilidade de julgamentos de exceção com base em convicções pessoais do julgador.

Sobre essa tentativa de fundamentação entendeu Streck:

A vingar a tese de Moro de que não há mais sigilo [em conversas envolvendo autoridades, desde que elas não tenham sido diretamente grampeadas], todos os segredos da República poderiam ser divulgados. Uma cadeia de contatos que exporiam todo tipo de assunto que o Presidente da República falasse com pessoas sem foro”, analisou. “Quem examinar esse fato à luz da democracia, dirá: Moro foi longe demais”.⁴⁷⁰

⁴⁷⁰ CANÁRIO, Pedro; VASCONCELOS, Marcos de. Sérgio Moro divulgou grampos ilegais de autoridades com prerrogativa de foro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-16/moro-divulgou-grampos-ilegais-autoridades-prerrogativa-foro>. Acesso em: 12 ago. 2019.

Luiz Inácio Lula da Silva foi efetivamente nomeado Ministro da Casa Civil, no governo de Dilma Rousseff, em 16 de março de 2016, e permanecendo no cargo por apenas dois dias, teve sua nomeação suspensa provisoriamente por decisão monocrática de mandado de segurança, pelo ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes⁴⁷¹. Para o Ministro, a nomeação tinha como objetivo apenas fazer com que eventual denúncia contra Lula fosse julgada pelo Supremo.

O deferimento da liminar suspendendo a eficácia da nomeação foi em decorrência dos mandados de segurança que foram impetrados pelo Partido da Social Democracia Brasileiro e Partido Popular Socialista⁴⁷² contra a nomeação. A alegação apresentada foi o desvio de finalidade “[...] na medida em que buscou finalidade não pública – conferir prerrogativa de foro ao nomeado, impedindo o curso das investigações”⁴⁷³, e como fundamento foram apresentadas as interceptações telefônicas entre Dilma e Lula que mencionavam o termo de posse⁴⁷⁴, de natureza evidentemente ilícita.

No referido mandado de segurança, o ministro Gilmar Mendes pontuou os motivos para a suspensão da nomeação, apesar de ser atribuição privativa do Presidente da República a nomeação de Ministro de Estado (art. 84, inciso I, da CF). Contextualizando o momento da nomeação, o ministro entendeu que o ato que visa o preenchimento de tal cargo deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais, mais notadamente os da moralidade e da impessoalidade (interpretação sistemática do art. 87 c/c art. 37, II, da CF):

Primeiro: a operação “Lava Jato”, cujo Juízo competente é exercido pelo magistrado Sergio Moro, tem revelado que diversas pessoas, sabidamente aliadas do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva,

⁴⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática). **Mandado de Segurança n. 34.070 Distrito Federal**. MS, Decisão monocrática: Min. Gilmar Mendes, Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da República. Relator Ministro Gilmar Mendes, 18 março de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-suspende-lula-casa-civil.pdf>. Acesso em 19 jul. 2019.

⁴⁷² Respectivamente MS 34.070 e 34.071.

⁴⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática). **Mandado de Segurança n. 34.070 Distrito Federal**. MS, Decisão monocrática: Min. Gilmar Mendes, Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da República. Relator Ministro Gilmar Mendes, 18 de março de 2016. p. 2. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-suspende-lula-casa-civil.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2019.

⁴⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática). **Mandado de Segurança n. 34.070 Distrito Federal**. MS, Decisão monocrática: Min. Gilmar Mendes, Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da República. Relator Ministro Gilmar Mendes, 18 de março de 2016. p. 8. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-suspende-lula-casa-civil.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2019.

seriam autoras da prática de crimes (diversos deles contra a Administração Pública), inclusive com sentenças condenatórias já proferidas. (doc. 2); Segundo: em 29 de fevereiro de 2016, foi proferida decisão pelo Juiz Sergio Moro, determinando a condução coercitiva do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para prestar depoimento no bojo de investigações relacionadas com a operação “Lava Jato” (doc. 3); Terceiro: em 14 de março de 2016, a Juíza da 4ª Vara Criminal de São Paulo, ao apreciar o pedido de prisão preventiva do Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no bojo do processo 0017018-25.2016.8.26.0050, declinou de sua competência, por entender que o Juízo responsável pela “Operação Lava Jato” é o competente para apreciar os pedidos formulados pelo Ministério Público (doc. 4); Quarto: todos os setores da sociedade brasileira começam a especular a possibilidade de prisão do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o que é fato público e notório; Quinto: dois dias após (16.03.2016), a autoridade coatora anuncia e decide nomear o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva como Ministro Chefe da Casa Civil, a deslocar todas as investigações contra o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o STF (doc. 1); e, Sexto: nesse mesmo dia, interceptação telefônica da Polícia Federal revelou diálogo entre a Excelentíssima Presidente da República e o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva [...] ⁴⁷⁵

Na decisão, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que o ato de nomear pessoa para lhe atribuir foro privilegiado é nulo, concluindo que “[...] é “autoevidente” que o deslocamento da competência é forma de obstrução ao progresso das medidas judiciais.”⁴⁷⁶ Com base nas gravações divulgadas, Gilmar Mendes, em 18 de março de 2016, apesar de declarar-se ciente do argumento de que aquela conversa teria sido gravada fora do período de autorização judicial, suspendeu a eficácia da nomeação de Lula para o cargo e determinou a manutenção dos procedimentos criminais de primeira instância em seu desfavor.

As impetrações são amparadas em provas produzidas no Processo 50062059820164047000, da 13ª Vara Federal de Curitiba, no qual foi determinada a interceptação de vários telefones, entre eles terminais utilizados por Luiz Inácio Lula da Silva. Em decisão datada de 16.3, o juiz da causa levantou o sigilo das gravações, pelo que não há óbice em utilização como prova neste procedimento. Antes de progredir, é indispensável avaliar a possibilidade de o diálogo entre a Presidente da República e Luiz Inácio Lula da Silva, travado na tarde do dia 16.3,

⁴⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 34.070 Distrito Federal**. MS, Decisão monocrática: Min. Gilmar Mendes, Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da República. Relator Ministro Gilmar Mendes, 18 de março de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-suspende-lula-casa-civil.pdf>. Acesso em 19 jul. 2019. p. 1-2.

⁴⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.071 Distrito Federal**. MS, Decisão Monocrática: Impetrante Partido da Social Democracia Brasileira. Impetrado: Presidente da República. Relator Ministro Gilmar Mendes, 18 de março de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/medida-cautelar-mandado-seguranca-34071.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2019. p. 20.

13h32, poder ser invocado para demonstração dos fatos. A validade da interceptação é publicamente contestada, por ter sido realizada após ordem judicial para a suspensão dos procedimentos. De fato, houve decisão determinando a interrupção das interceptações em 16.3.2016, às 11h13. A ordem não foi imediatamente cumprida, o que levou ao desvio e gravação do áudio mencionado. No momento, não é necessário emitir juízo sobre a licitude da gravação em tela. Há confissão sobre a existência e conteúdo da conversa, suficiente para comprovar o fato. Em pelo menos duas oportunidades, a Presidente da República admitiu a conversa, fazendo referências ao seu conteúdo. Uma delas, uma nota oficial, datada de quarta-feira, 16 de março de 2016, às 23h58 [...].⁴⁷⁷

Assim, entendeu o Ministro que apesar de discricionário o ato de nomeação pelo Presidente da República, o ato administrativo praticado pelo chefe do executivo deverá respeitar os princípios constitucionais, neste caso especificamente, o princípio da moralidade. Concluindo que a não observância ao princípio ocasiona a nulidade absoluta do ato, quis fazer crer Gilmar Mendes que não foi considerado o diálogo entre Lula e Dilma Rousseff para concessão da liminar diante da impossibilidade de “emitir juízo sobre a licitude da gravação em tela”. No entanto, o diálogo interceptado ilicitamente foi mencionado por Gilmar Mendes para elucidar o desvio da finalidade da nomeação, que posteriormente ocasionou a suspensão:

O objetivo da Presidente da República de nomear Luiz Inácio Lula da Silva para impedir sua prisão é revelado pela conversa seguinte, em 16.3, 13h32. Trata-se de diálogo sobre o termo de posse, com o seguinte conteúdo: “DILMA: Alô. LILS: Alô. DILMA: LULA, deixa eu te falar uma coisa. LILS: Fala, querida. "Ahn" DILMA: Seguinte, eu tô mandando o "BESSIAS" junto com o PAPEL pra gente ter ele, e só usa em caso de necessidade, que é o TERMO DE POSSE, tá?! LILS: "Uhum". Tá bom, tá bom. DILMA: Só isso, você espera aí que ele tá indo aí. LILS: Tá bom, eu tô aqui, eu fico aguardando. DILMA: Tá?! LILS: Tá bom. DILMA: Tchou. LILS: Tchou, querida.⁴⁷⁸

Fazendo menções ao diálogo obtido sem autorização judicial durante a decisão, o Ministro deixa claro que a posse não poderia ter ocorrido da maneira como foi, com o termo de posse sendo enviado previamente, pois a nomeação só ocorreria

⁴⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 34.070 Distrito Federal**. MS, Decisão monocrática: Min. GILMAR MENDES, Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da República. Relator Ministro Gilmar Mendes, 18 de março de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-suspende-lula-casa-civil.pdf>. Acesso em 19 jul. 2019. p. 21.

⁴⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 34.070 Distrito Federal**. MS, Decisão monocrática: Min. Gilmar Mendes, Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da República. Relator Ministro Gilmar Mendes, 18 de março de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-suspende-lula-casa-civil.pdf>. Acesso em 19 jul. 2019. p. 30-31.

na cerimônia de posse marcada no dia seguinte. Caso não estivesse presente, Lula poderia assumir por procuração ou nos dias subsequentes. Com isso, Gilmar Mendes utiliza a interceptação telefônica como prova inequívoca do desvio de finalidade, concluindo a partir do diálogo que todos os fundamentos apresentados demonstram que o termo de posse enviado à casa de Lula apenas serviria para criar uma falsa situação, que garantiria o foro privilegiado.

Com efeito, a prova ilícita que deveria ter sido descartada do processo, desentranhada dos autos sem qualquer efeito jurídico, ressalvada a responsabilidade do autor do ato ilegal, foi utilizada até como uma “prova emprestada” para anular a nomeação do ex-presidente Lula como Ministro da Casa Civil. Alerta Bahia e Bacha e Silva que não se trata mais de divergências doutrinárias, mas da permanência ou não do Estado Democrático de Direito, diante do risco de um estado de exceção.⁴⁷⁹

Streck já denunciava não apenas a ilegalidade da decisão de Moro ao divulgar as conversas entre Dilma e Lula, mas também que os juristas estavam se revelando mais “moristas” que o próprio juiz Sergio Moro. “Morista” ou não, o Supremo Tribunal Federal utilizou-se do diálogo ilegal como um fundamento para anular a nomeação do ex-presidente Lula como Ministro da Casa Civil, embora o próprio magistrado em outra ocasião tenha reconhecido que o grampo foi “irregular”: “Moro confessou a ilegalidade do grampo da conversa de Dilma e Lula. Mas os juristas, cegamente, recusam-se a acreditar no próprio Moro⁴⁸⁰”.

Deste modo, restou manifesta que a Operação Lava Jato converteu-se em um “enunciado performativo”, quando parte considerável da comunidade jurídica aderiu à tese utilitarista de que os fins justificam os meios. Sobre a Lava Jato e as conversas divulgadas no Intercept Brasil, entre Dellagnol e Moro, Streck observou:

Estamos, pois, em uma encruzilhada: entre o Estado de Direito e a tese utilitarista de que “os fins justificam os meios”, pela qual juiz e procurador podem fazer tabelinha para condenar réus (ou para atrasar a soltura de presos).⁴⁸¹

⁴⁷⁹ BAHIA, Alexandre; BACHA E SILVA, Diogo; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Autocracia judicial? o poder judiciário e o risco do estado de exceção**. 27 set. 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.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>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁴⁸⁰ BAHIA, Alexandre; BACHA E SILVA, Diogo; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Autocracia judicial? o poder judiciário e o risco do estado de exceção**. 27 set. 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.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>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁴⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. Os fins justificam os meios? No Direito, não! Mas na "lava jato", sim!.

A referida decisão é como um prenúncio ao que Streck e outros tantos juristas vêm alertando, “O grande problema contemporâneo será o de construir as condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio direito”,⁴⁸² com efeito a lei aprovada democraticamente perde espaço diante daquilo que “o juiz pensa acerca da lei”⁴⁸³. Não resta dúvida que há um conteúdo na lei, que não se pode ignorado,⁴⁸⁴ atingindo o ativismo judicial o seu ápice, com a adoção de uma máxima com status constitucional: “os fins justificam os meios”.

O julgador que se sobrepõe ao direito, o sujeito solipsista, portanto, de maneira autoritária em razão de estar amparado em uma institucionalidade, “falando de um determinado lugar (o lugar da fala, em que quem possui *skeptron* pode falar, em uma alegoria com o que se passa na *Ilíada* ou com a posse da concha, no livro *The Lord of flies*)”, em sua cotidianidade, ultrapassando este lugar e sem os atributos desse *locus*, acaba por se perder em meio a outras institucionalidades, razão pela qual se delimita a análise ao solipsismo judicial.⁴⁸⁵

3.3 DA REPRESENTAÇÃO CONTRA A CONDUTA DO JUIZ FEDERAL DA 13ª VARA FEDERAL DE CURITIBA

Em 5 de abril de 2016, os advogados Gomercindo Lins Coitinho, Mário Madureira, Valmir Martins Batista, Jorge Santos Buchabqui, Glênio Luís Ohlweiler Ferreira, Felipe Néri Dresch da Silveira, Amarildo Maciel Martins, Thiago Cecchini Brunetto, Gabriel Lemos Weber e as advogadas Raquel Paese e Raíssa Tonial do Estado do Rio Grande do Sul encaminharam junto à Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em Porto Alegre, uma representação solicitando a apuração da conduta do juiz federal Sergio Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba,

Consultor Jurídico, São Paulo, 24 jun. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jun-24/streck-fins-justificam-meios-direito-nao-masna-lava-jato-sim>. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁴⁸² STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos Juízes”. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET**, Curitiba, n. 1, 2009. Disponível em: http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acesso em: ago. 2021. p. 13.

⁴⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4 ed. Livraria do Advogado, 2013. p. 30.

⁴⁸⁴ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (org.). **Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 229.

⁴⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 277.

devido ao levantamento do sigilo e divulgação das conversas entre autoridades com foro privilegiado no episódio envolvendo as interceptações telefônicas do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Na representação⁴⁸⁶ cuja decisão em caráter recursal será objeto de estudo, os signatários questionaram, em síntese:

- I) a manutenção nos autos de audiocomunicação interceptada sem ordem judicial – porque ocorrida posteriormente à determinação de interrupção da medida investigatória;
- II) a manutenção nos autos de áudios cujos conteúdos mostraram-se totalmente desvinculados do objeto de investigação, não havendo qualquer ligação, sequer reflexa, com supostas práticas criminosas investigadas;
- III) levantamento do sigilo judicial dos expedientes, o que resultou em ampla e imediata divulgação dos áudios, inclusive daquele gravado sem ordem judicial e assim mesmo mantido nos autos – nos veículos de comunicação social, os quais, como se pode perceber da escuta dos diálogos, em nada se relacionam com o objeto da investigação.

Os signatários da representação expuseram que a decisão do juiz Sergio Moro determinando a manutenção nos autos de áudio obtido através de interceptação telefônica ilegal, em decisão em que o próprio magistrado reconhece a ilegalidade da gravação, é flagrantemente violadora à lei e à Constituição Federal. E acrescentam que o magistrado, “ao tomar ciência de que gravações realizadas em período não atingido pela autorização judicial, consignou nos autos que não vislumbrou maiores problemas no ocorrido e decidiu manter – e sem sigilo! – as conversas ilegalmente gravadas⁴⁸⁷”, concluindo que a conduta do magistrado constitui verdadeiramente uma prática delituosa, contida no artigo 10 do Lei 9.296, de 24 de julho de 1996:

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.

⁴⁸⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Decisão. Trata-se de cinco expedientes em transição nesta Corregedoria (Processos SEI nº 0002879-28.2016.4.04.8000, 0002606-49.2016.4.04.8000, 0002766-74.2016.4.04.8000, 0003021-32.2016.4.04.8000 e 0003967-04.2016.4.04.8000), todos manejados em face do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região. Corregedor: Celso Kipper. 10 de junho de 2016.

⁴⁸⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Decisão. Trata-se de cinco expedientes em transição nesta Corregedoria (Processos SEI nº 0002879-28.2016.4.04.8000, 0002606-49.2016.4.04.8000, 0002766-74.2016.4.04.8000, 0003021-32.2016.4.04.8000 e 0003967-04.2016.4.04.8000), todos manejados em face do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região. Corregedor: Celso Kipper. 10 de junho de 2016.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.⁴⁸⁸

Ressaltaram ainda que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional e o Código de Ética da Magistratura Nacional preveem que o juiz deve cumprir com exatidão as disposições legais, deve agir e julgar com imparcialidade, mantendo-se uma conduta que resguarda a equidistância entre as partes, buscando a verdade dos fatos com objetividade. Fundamenta ainda a representação no artigo 12 do Código de Ética da Magistratura no que diz respeito à relação do juiz com os meios de comunicação, devendo o magistrado cuidar:⁴⁸⁹

- 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.

Consideraram ainda inapropriada a conduta do magistrado Sergio Moro que demonstra uma busca por reconhecimento social e autopromoção, conforme preceitua o artigo 13 do Código de Ética: “O magistrado deve evitar comportamentos que impliquem a busca injustificada e desmesurada por reconhecimento social, mormente a autopromoção em publicação de qualquer natureza”.

A partir do conjunto de irregularidades e ilegalidades apontadas na representação, foram apresentados os seguintes requerimentos:

- a) A instauração de processo administrativo disciplinar contra o juiz federal Sergio Fernando Moro, consubstanciado no artigo 402 e seguintes do Regimento Interno do TRF da 4ª Região;
- b) O afastamento cautelar do magistrado até a data do processo disciplinar, com fulcro no artigo 405 do Regimento Interno do TRF da 4ª Região;
- c) A imposição de medidas disciplinares cabíveis por violação ao artigo 35, I da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC nº35, de 1979) e aos artigos 25 e 12 do Código de Ética da Magistratura Nacional;

⁴⁸⁸ BRASIL. **Lei 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 24 de julho de 1996. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em 02 fev. 2020.

⁴⁸⁹ BRASIL. **Lei complementar nº 35, de 14 de março de 1979**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1996, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em 02 fev. 2020.

- d) A averiguação de ocorrência de infração ao disposto na Resolução 59 do Conselho Nacional de Justiça;
- e) O envio de cópia de representação à Corregedoria Nacional de Justiça, à vista do disposto no artigo 19 da Resolução nº59 do mesmo órgão;
- f) O envio de cópia da representação à autoridade competente para a investigação sobre cometimento do crime do artigo 325 do Código Penal;
- g) Publicação dos atos decisórios com fundamentação clara, explícita e congruente, conforme o artigo 50 da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99);
- h) Alegação de que o magistrado teria deixado de preservar o sigilo das gravações e divulgar, inclusive, comunicações telefônicas de autoridades com privilégio de foro, questionando ainda a realização de interceptações sem autorização judicial. Requerimento de instauração de processo administrativo disciplinar contra Moro e seu afastamento dos julgamentos da Operação Lava Jato. No dia 10 de junho, a Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região arquivou as reclamações.

Em decorrência da identidade do objeto, o Corregedor Regional da Justiça Federal 4ª Região, Desembargador Federal Celso Kipper, em 10 de junho de 2016, analisou e decidiu sobre as cinco reclamações disciplinares acerca do mesmo tema, da 24ª fase da Operação:

- 1) Reclamação Disciplinar⁴⁹⁰encaminhada pelo advogado Guilherme Zagallo aduz que as autoridades não cuidaram de preservar o sigilo das gravações, assim como divulgaram comunicações telefônicas de autoridades com privilégio de foro e ainda de comunicações telefônicas que não interessavam à instrução processual, alegando que o magistrado praticou a conduta delituosa prevista no artigo 10 da Lei 9.296/96, por ter violado o segredo de justiça a que estavam obrigados os agentes da lei;

⁴⁹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Decisão. Trata-se de cinco expedientes em transição nesta Corregedoria (Processos SEI nº 0002879-28.2016.4.04.8000, 0002606-49.2016.4.04.8000, 0002766-74.2016.4.04.8000, 0003021-32.2016.4.04.8000 e 0003967-04.2016.4.04.8000), todos manejados em face do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região. Corregedor: Celso Kipper. 10 de junho de 2016.

- 2) Reclamação Disciplinar⁴⁹¹ apresentada pelo advogado Luís Fernando Silva, relacionada à não preservação do sigilo e divulgação, em que requer a investigação da conduta do juiz Sergio Moro por violação aos artigos 35, I do Estatuto da Magistratura Nacional, artigos 12 e 25 do Código de Ética da Magistratura, aos dispositivos da Lei nº 9.296/96, o disposto na Resolução nº 59 do Conselho Nacional de Justiça e aos artigos 1º, III e 5º, XII da Carta da República;
- 3) Reclamação Disciplinar⁴⁹² proposta pelo advogado Álvaro Sergio Rincoski Faria em que também questiona a quebra do sigilo, alegando que competia unicamente ao magistrado, considerando que recebeu um áudio ilegal, remetê-lo ao Supremo Tribunal Federal, permanecendo silente a respeito. Afirma que “o magistrado de 1º grau usurpou a competência do STF, de modo deliberado, ciente de que o fazia, de modo que a ocorrência de abuso de poder merece ser devidamente analisada, caracterizada pela absoluta falta de competência para a prática de tal ato processual/meritório”⁴⁹³;
- 4) Reclamação Disciplinar⁴⁹⁴ apresentada pelos signatários Emiliano Maldonado e Rodrigo Medeiros Silva afirma que, ao retirar o sigilo da interceptação telefônica do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, inclusive com pessoas com foro privilegiado, como a Presidente Dilma Rousseff e

⁴⁹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Decisão. Trata-se de cinco expedientes em transição nesta Corregedoria (Processos SEI nº 0002879-28.2016.4.04.8000, 0002606-49.2016.4.04.8000, 0002766-74.2016.4.04.8000, 0003021-32.2016.4.04.8000 e 0003967-04.2016.4.04.8000), todos manejados em face do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região. Corregedor: Celso Kipper. 10 de junho de 2016.

⁴⁹² BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Decisão. Trata-se de cinco expedientes em transição nesta Corregedoria (Processos SEI nº 0002879-28.2016.4.04.8000, 0002606-49.2016.4.04.8000, 0002766-74.2016.4.04.8000, 0003021-32.2016.4.04.8000 e 0003967-04.2016.4.04.8000), todos manejados em face do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região. Corregedor: Celso Kipper. 10 de junho de 2016.

⁴⁹³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Decisão. Trata-se de cinco expedientes em transição nesta Corregedoria (Processos SEI nº 0002879-28.2016.4.04.8000, 0002606-49.2016.4.04.8000, 0002766-74.2016.4.04.8000, 0003021-32.2016.4.04.8000 e 0003967-04.2016.4.04.8000), todos manejados em face do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região. Corregedor: Celso Kipper. 10 de junho de 2016. p.2.

⁴⁹⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Decisão. Trata-se de cinco expedientes em transição nesta Corregedoria (Processos SEI nº 0002879-28.2016.4.04.8000, 0002606-49.2016.4.04.8000, 0002766-74.2016.4.04.8000, 0003021-32.2016.4.04.8000 e 0003967-04.2016.4.04.8000), todos manejados em face do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região. Corregedor: Celso Kipper. 10 de junho de 2016.

Ministros, viola a Constituição Federal, a Lei nº 9.296/1996 e, ainda, o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994). Imputando ao magistrado Sergio Moro diversas infrações disciplinares no exercício do cargo, alegaram que a conduta do magistrado “atenta contra a independência e harmonia entre os poderes, além de violar a sua imparcialidade⁴⁹⁵”, requerendo o afastamento do denunciado do julgamento da ação judicial e investigações da Operação Lava Jato.

O desembargador Celso Kipper, preliminarmente, esclareceu que não compete à Corregedoria processar e julgar expediente visando à aplicação de sanção penal e cível ao magistrado, não reconhecendo estes pedidos. E concluiu sobre os requerimentos apresentados nas cinco reclamações: “[...] os peticionantes estão irredimidos quanto à não preservação do sigilo de algumas gravações obtidas no bojo da Operação Lava Jato⁴⁹⁶”.

O magistrado Sergio Moro, em informação trazida aos autos e que foi também encaminhada ao Ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Zavaski, Relator da Medida Cautelar da Reclamação 23.457, apresentou suas justificativas para a divulgação das conversas telefônicas coletadas sem autorização judicial:

O levantamento do sigilo não teve por objetivo gerar fato político-partidário, polêmicas ou conflitos, algo estranho à função jurisdicional, mas, atendendo ao requerimento do MPF, dar publicidade ao processo e especialmente a condutas relevantes do ponto de vista jurídico e criminal do investigado do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva que podem eventualmente caracterizar obstrução à Justiça ou tentativas de obstrução à Justiça (art.2º, §1º, da Lei nº12.850/2013).⁴⁹⁷

⁴⁹⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Decisão. Trata-se de cinco expedientes em transição nesta Corregedoria (Processos SEI nº 0002879-28.2016.4.04.8000, 0002606-49.2016.4.04.8000, 0002766-74.2016.4.04.8000, 0003021-32.2016.4.04.8000 e 0003967-04.2016.4.04.8000), todos manejados em face do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região. Corregedor: Celso Kipper. 10 de junho de 2016.

⁴⁹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Decisão. Trata-se de cinco expedientes em transição nesta Corregedoria (Processos SEI nº 0002879-28.2016.4.04.8000, 0002606-49.2016.4.04.8000, 0002766-74.2016.4.04.8000, 0003021-32.2016.4.04.8000 e 0003967-04.2016.4.04.8000), todos manejados em face do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região. Corregedor: Celso Kipper. 10 de junho de 2016.

⁴⁹⁷ BRASIL. Justiça Federal. **Ofício nº 700001743752**. Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR. Curitiba, 29 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oficio-moro-lula.pdf>. Acesso em 21 jan. 2021.

Justificou Sergio Moro que o diálogo em que o ex-presidente e a presidente Dilma falavam sobre sua suposta nomeação como Ministro de Estado era relevante do ponto de vista jurídico-criminal, pois relacionando-o a outros diálogos como entre Rui Falcão e o então Ministro Chefe da Casa Civil Jacques Wagner⁴⁹⁸ e, em 9 de março de 2016, entre o Governador do Piauí Wellington Dias e o ex-Presidente evidenciavam a intenção de obstrução, intimidação e de influência indevida na justiça, entendendo assim pela manutenção nos autos de diálogos interceptados: “[...] o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil teria por objetivo obter proteção jurídica contra as investigações⁴⁹⁹.”

Sobre a conservação do áudio captado em horário posterior ao despacho que determinou a interrupção e a divulgação do sigilo, o reclamado esclarece:

Certamente o Juízo havia reparado no diálogo já ao proferir o despacho de 16/03/2016 (evento 135). Mas, sinceramente, não havia atinado para o horário da interceptação, o que motivou o novo despacho de 17/03/2016 para esclarecer o ocorrido e determinar a conservação do diálogo nos autos sem prejuízo de eventual diferente deliberação do Supremo Tribunal Federal.⁵⁰⁰

Em sede de apreciação das reclamações e do ofício apresentado pelo reclamado, o Corregedor Regional da Justiça Federal, o desembargador Celso Kipper, entendeu que a decisão do magistrado Sergio Moro sobre a não preservação do sigilo de algumas gravações obtidas no bojo da Operação Lava Jato “[...] foram devidamente justificadas⁵⁰¹”. E segue seu raciocínio no sentido de que é natural, durante a demanda, que as decisões judiciais possam gerar descontentamento, e que isso por si só não configura uma conduta ilícita:

⁴⁹⁸ No qual o primeiro solicita ao segundo iniciativa para nomeação do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva como Ministro de Estado, já que havia pedido de prisão preventiva formulado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo pendente de apreciação no Juízo da 4ª Vara Criminal da Justiça Estadual de São Paulo.

⁴⁹⁹ BRASIL. Justiça Federal. **Ofício nº 700001743752**. Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR. Curitiba, 29 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oficio-moro-lula.pdf>. Acesso em 21 jan. 2021.

⁵⁰⁰ BRASIL. Justiça Federal. **Ofício nº 700001743752**. Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR. Curitiba, 29 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oficio-moro-lula.pdf>. Acesso em 21 jan. 2021.

⁵⁰¹ Decisão que apreciava as 5 reclamações em tramitação nesta corregedoria – Processos SEI nº 0002879-28.2016.4.04.8000, 0002606-49.2016.4.04.8000, 0002766-74.2016.4.04.8000, 0003021-32.2016.4.04.8000 e 0003967-04.2016.4.04.8000) em 10/06/2016 – p. 03. BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Corregedoria da Justiça Federal da 4ª Região arquiva reclamações disciplinares contra Sérgio Moro**. Porto Alegre, 10 jun. 2016. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=11959. Acesso em 02 jan. 2020.

Se um juiz decide de forma diferente do esperado ou por modo que não representa o pensamento de outros magistrados em casos semelhantes, isso não traduz uma conduta funcional ilícita. Aliás, o contrário disso revela afronta direta à própria essência daquilo que sustenta o exercício jurisdicional, assentado na ideia de independência do juiz para decidir, isento de qualquer possibilidade de influências externas.⁵⁰²

E faz uma defesa ao exercício da jurisdição, reforçando a ausência de qualquer ilicitude no tocante à publicidade das conversas telefônicas sem autorização entre a Presidente Dilma Rousseff e Luiz Inácio Lula da Silva, reduzindo as reclamações a um mero inconformismo:

Não admite, entretanto, que esse inconformismo se volte contra a pessoa do juiz, no âmbito administrativo-disciplinar, na medida em que este somente se mostra passível de ser acionado quando os limites da decisão são extrapolados, apresentando-se como verdadeiro ato não jurisdicional tomado no ambiente jurisdicional.⁵⁰³

Esclarece ainda que, a seu ver, os argumentos das representações em análise se trata “[...] unicamente de assunto de índole estritamente jurisdicional⁵⁰⁴.” E completa: “Não se vislumbra nos atos mencionados qualquer intencionalidade por parte do magistrado representado de motivação além do legítimo exercício jurisdicional⁵⁰⁵.” Minimizando o volume de reclamações contra a conduta do

⁵⁰² Decisão que apreciava as 5 reclamações em tramitação nesta corregedoria – Processos SEI nº 0002879-28.2016.4.04.8000, 0002606-49.2016.4.04.8000, 0002766-74.2016.4.04.8000, 0003021-32.2016.4.04.8000 e 0003967-04.2016.4.04.8000) em 10/06/2016 – p. 03. BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Corregedoria da Justiça Federal da 4ª Região arquiva reclamações disciplinares contra Sérgio Moro**. Porto Alegre, 10 jun. 2016. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=11959. Acesso em 02 jan. 2020.

⁵⁰³ Decisão que apreciava as 5 reclamações em tramitação nesta corregedoria – Processos SEI nº 0002879-28.2016.4.04.8000, 0002606-49.2016.4.04.8000, 0002766-74.2016.4.04.8000, 0003021-32.2016.4.04.8000 e 0003967-04.2016.4.04.8000) em 10/06/2016 – p. 03. BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Corregedoria da Justiça Federal da 4ª Região arquiva reclamações disciplinares contra Sérgio Moro**. Porto Alegre, 10 jun. 2016. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=11959. Acesso em 02 jan. 2020.

⁵⁰⁴ Decisão que apreciava as 5 reclamações em tramitação nesta corregedoria – Processos SEI nº 0002879-28.2016.4.04.8000, 0002606-49.2016.4.04.8000, 0002766-74.2016.4.04.8000, 0003021-32.2016.4.04.8000 e 0003967-04.2016.4.04.8000) em 10/06/2016 – p. 03. BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Corregedoria da Justiça Federal da 4ª Região arquiva reclamações disciplinares contra Sérgio Moro**. Porto Alegre, 10 jun. 2016. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=11959. Acesso em 02 jan. 2020.

⁵⁰⁵ Decisão que apreciava as 5 reclamações em tramitação nesta corregedoria – Processos SEI nº 0002879-28.2016.4.04.8000, 0002606-49.2016.4.04.8000, 0002766-74.2016.4.04.8000, 0003021-32.2016.4.04.8000 e 0003967-04.2016.4.04.8000) em 10/06/2016 – p. 03. BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Corregedoria da Justiça Federal da 4ª Região arquiva**

magistrado Sergio Moro, entendeu como “mera opinião, sem qualquer significado para a eficácia do que foi decidido”.

Para Kipper, não é possível identificar atos por parte de Moro que tenham extrapolado o âmbito do exercício da função jurisdicional. “O invocado direito à intimidade e ao sigilo dos atos processuais não é absoluto e, assim, não pode, por si só, caracterizar os atos do juiz como contrários à conduta funcional⁵⁰⁶,” encontrando-se, inclusive, sob o crivo do STF, sendo incabível qualquer juízo de valor sobre a interpretação legal do dispositivo.

Relativizando o invocado direito à intimidade e ao sigilo dos atos processuais, entendeu que o controle disciplinar requerido pelos peticionantes mostra-se “impróprio” no caso concreto.

Na decisão, o Corregedor citou uma das respostas que o representado, o magistrado Sergio Moro, deu como justificativa para quebra do sigilo e publicidade das conversas:

Consignei expressamente nas informações encaminhadas àquela Corte, o levantamento do sigilo teve por pressuposto a competência deste Juízo e a necessidade de preservar a integridade da Justiça considerando o teor dos diálogos interceptados. A afirmação de que eles teriam natureza exclusivamente privada não corresponde à realidade, bastando a mera leitura.⁵⁰⁷

Entendendo que ação do magistrado não foi ilegal, mas apenas um mero posicionamento acerca do tema interceptação e divulgação de comunicações, que ainda não havia sido consolidado pelos tribunais, afirmou que não compete à corregedoria interferir na atividade eminentemente jurisdicional desenvolvida por seus magistrados, pois se houvesse interferência “[...] viriam a limitar sobremaneira a liberdade das decisões dos juízes, podendo com isso acarretar, sem situações extremas, a punição do juiz que não segue a mesma linha de pensamento do Tribunal

reclamações disciplinares contra Sérgio Moro. Porto Alegre, 10 jun. 2016. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=11959. Acesso em 02 jan. 2020.

⁵⁰⁶ Processos SEI nº 0002879-28.2016.4.04.8000, 0002606-49.2016.4.04.8000, 0002766-74.2016.4.04.8000, 0003021-32.2016.4.04.8000 e 0003967-04.2016.4.04.8000) – Anexo p. 04. BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Corregedoria da Justiça Federal da 4ª Região arquiva reclamações disciplinares contra Sérgio Moro.** Porto Alegre, 10 jun. 2016. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=11959. Acesso em 02 jan. 2020.

[...]”.⁵⁰⁸ E concluiu o Corregedor que “não se vislumbra nenhum ato que extrapole o âmbito do exercício da função jurisdicional⁵⁰⁹”.

Por fim, Celso Kipper amenizou o número de reclamações em desfavor do magistrado Sergio Moro, pelo volume de trabalho no processo da 13ª Vara Federal de Curitiba, que se ramificou em dezenas de operações policiais e ações penais, envolvendo muitos investigados, exigindo do magistrado inúmeras decisões, “sendo natural e até salutar que existam contestações”.⁵¹⁰

E concluiu que “embora os peticionários tenham apresentado críticas à atuação do magistrado, não trouxeram qualquer prova de que sua atuação pudesse configurar, sequer em tese, falta disciplinar, não ensejando qualquer medida a ser tomada por esta corregedoria⁵¹¹”.

Fundamentado no artigo 1º do Provimento n.17, de 15 de março de 2013, entendeu que a Corregedoria Regional é o órgão encarregado de fiscalização, disciplina e orientação administrativa da Justiça Federal de Primeira Instância e das Turmas Recursais da 4ª Região.

No dia 10 de junho de 2016, a Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região arquivou as reclamações disciplinares encaminhadas por advogados contra o juiz federal Sergio Moro.

Nesse interstício, a Presidente da República Dilma Rousseff ingressou com a Reclamação nº 23.457, com pedido de liminar, em face da decisão⁵¹² do magistrado

⁵⁰⁸ Decisão que apreciava as 5 reclamações em tramitação nesta corregedoria – Processos SEI nº 0002879-28.2016.4.04.8000, 0002606-49.2016.4.04.8000, 0002766-74.2016.4.04.8000, 0003021-32.2016.4.04.8000 e 0003967-04.2016.4.04.8000) em 10/06/2016 – p. 05. BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Corregedoria da Justiça Federal da 4ª Região arquivou reclamações disciplinares contra Sérgio Moro**. Porto Alegre, 10 jun. 2016. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=11959. Acesso em 02 jan. 2020.

⁵⁰⁹ Decisão que apreciava as 5 reclamações em tramitação nesta corregedoria – Processos SEI nº 0002879-28.2016.4.04.8000, 0002606-49.2016.4.04.8000, 0002766-74.2016.4.04.8000, 0003021-32.2016.4.04.8000 e 0003967-04.2016.4.04.8000) em 10/06/2016 – p. 05. BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Corregedoria da Justiça Federal da 4ª Região arquivou reclamações disciplinares contra Sérgio Moro**. Porto Alegre, 10 jun. 2016. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=11959. Acesso em: 02 jan. 2020.

⁵¹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Corregedoria da Justiça Federal da 4ª Região arquivou reclamações disciplinares contra Sérgio Moro**. Porto Alegre, 10 jun. 2016. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=11959. Acesso em: 02 jan. 2020.

⁵¹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Corregedoria da Justiça Federal da 4ª Região arquivou reclamações disciplinares contra Sérgio Moro**. Porto Alegre, 10 jun. 2016. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=11959. Acesso em: 02 jan. 2020.

⁵¹² BRASIL. Justiça Federal. Ofício nº 700001743752. **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou**

Sergio Moro, visando a apuração das responsabilidades administrativas e criminais decorrentes das ilegalidades envolvendo a divulgação das escutas, requerendo a instauração de processo administrativo-disciplinar contra o titular da 13ª Vara Federal de Curitiba e seu afastamento dos julgamentos da Operação Lava Jato.

Na Reclamação, a Presidente da República alegava que houve usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, devido ao fato de que no curso da interceptação telefônica que tinha como investigado principal o ex-presidente, Luiz Inácio Lula da Silva, foram captadas conversas mantidas com a Presidente da República, autoridade com prerrogativa de foro:

[...] ao constatar a presença de conversas de autoridade com prerrogativa de foro, como é o caso da Presidente da República, [...] deveria encaminhar essas conversas interceptadas para o órgão jurisdicional competente, o Supremo Tribunal Federal⁵¹³.

Expôs que houve violação da competência da Suprema Corte, nos termos do art. 102, I, b, da Constituição da República, concluindo que a decisão de divulgar as conversas da Presidente da República não poderiam ter sido proferidas em primeiro grau de jurisdição e que a comunicação é questão de segurança nacional⁵¹⁴.

O relator Ministro Teori Zavascki ponderou que o objeto da causa é a divulgação pública imediata das conversas interceptadas, “[...] sem levar em consideração que a prova sequer fora apropriada à sua única finalidade constitucional legítima (“para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”), muito menos submetida ao contraditório mínimo”⁵¹⁵. Reconheceu que os efeitos práticos da decisão do juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba são irreversíveis, deferindo a sustação dos efeitos futuros que da decisão poderiam decorrer, julgando parcialmente

telefônico nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR. Curitiba, 29 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oficio-moro-lula.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2021.

⁵¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (4. Região). **Reclamação 23.457/PR.** Reclamante: Presidente da República. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 jun. 2016. p. 1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Rcl23457.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

⁵¹⁴ “[...] a decisão de divulgar as conversas da Presidenta - ainda que encontradas fortuitamente na interceptação - não poderia ter sido prolatada em primeiro grau de jurisdição, por vício de incompetência absoluta” e “[...] a comunicação envolvendo a Presidenta da República é uma questão de segurança nacional (Lei n. 7.170/83), e as prerrogativas de seu cargo estão protegidas pela Constituição [...]” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (13ª Vara). **Reclamação 23.457/PR.** Reclamante: Presidente da República. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 jun. 2016. p. 1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Rcl23457.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

⁵¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (4. Região). **Reclamação 23.457/PR.** Reclamante: Presidente da República. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 jun. 2016. p. 16. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Rcl23457.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021,

procedente a reclamação, reconhecendo a violação de competência do Supremo Tribunal Federal, cassando as decisões proferidas⁵¹⁶ pelo juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba em 16.3.2016 (evento 135) e 17.3.2016 (evento 140), que determinaram o levantamento do conteúdo de conversas lá interceptadas e reconhecendo a nulidade do conteúdo de conversas colhidas após a determinação judicial de interrupção das interceptações telefônicas.⁵¹⁷

Logo depois, Luiz Inácio Lula da Silva tornou-se réu com a denúncia recebida pelo próprio juiz que autorizara a condução coercitiva e a divulgação das escutas clandestinas das conversas entre Dilma e Lula.

3.3.1 Do recurso à decisão do Corregedor Celso Kipper ao Tribunal Federal da 4ª Região

Inconformados com a decisão da Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região, que determinou o arquivamento das reclamações disciplinares, ingressaram com recurso os advogados Gomercindo Lins Coutinho e mais 11 advogados,⁵¹⁸ visando a instauração de procedimento administrativo disciplinar contra o juiz federal Sergio Fernando Moro.

O relator do Procedimento Administrativo na Corte Especial, o Desembargador Rômulo Pizzolatti, inicia seu relatório descrevendo os requerimentos apresentados no recurso, que solicitavam a instauração de procedimento administrativo disciplinar contra o juiz federal Sergio Fernando Moro, fundamentando no artigo 402 e seguintes do Regimento Interno do TRF da 4ª Região; a imposição de medidas disciplinares cabíveis por violação ao artigo 35, I, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional; a averiguação de ocorrência de infração ao disposto na Resolução 59 do Conselho Nacional de Justiça; envio de cópia da representação à Corregedoria Nacional de

⁵¹⁶ BRASIL. Justiça Federal. Ofício nº 700001743752. **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR**. Curitiba, 29 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oficio-moro-lula.pdf>. Acesso em 21 jan. 2021.

⁵¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na medida cautelar na reclamação n. 23.457 PR**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Reclamante: Presidente da República. Reclamado: Juiz Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862888604/referendo-na-medida-cautelar-na-reclamacao-mc-ref-rcl-23457-pr-parana>. Acesso em: 02 fev. 2020.p. 8 e 9.

⁵¹⁸ Mário Madureira, Valmir Martins Batista, Jorge Santos Buchabqui, Glênio Luís Ohlweiler Ferreira, Felipe Néri Dresch da Silveira, Amarildo Maciel Martins, Thiago Cecchini Brunetto, Gabriel Lemos Weber e as advogadas Raquel Paese e Raíssa Tonial.

Justiça e, por último, a publicação de atos decisórios com fundamentação clara, explícita e congruente, prevista no artigo 50 da Lei 9.784/99.

Na referida representação, os signatários questionavam a ilegalidade da conduta realizada pelo juiz federal da 13ª Vara Federal de Curitiba, apontando às disposições contidas no Estatuto da Magistratura e no Código de Ética dos Magistrados, especialmente no tocante ao levantamento do sigilo e à manutenção dos áudios de comunicação telefônica interceptada sem autorização judicial e sem qualquer relação com o objeto da investigação.⁵¹⁹

Da decisão recorrida, o relator faz o recorte da fundamentação que justificou o arquivamento, no sentido de que o Corregedor Celso Kipper entendeu que não restava evidenciado que o magistrado agiu com dolo ou fraude, não restando motivo, portanto, para a sanção disciplinar. E, por fim, justifica que tal questão acerca do levantamento e publicização das conversas telefônicas encontram-se “intensamente judicializadas na mais alta corte do país⁵²⁰”.

Em seu voto, o Relator Desembargador Rômulo Pizzolatti mencionou que estes fatos já haviam sido apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Reclamação nº 23.457, proposta pela ex-presidente Dilma Rousseff; citou o trecho em que o relator da Reclamação, o Ministro Teori Zavascki, entende que a divulgação das conversas interceptadas “[...] comprometeu o direito à garantia do sigilo [...]”, entendendo como inconcebível a divulgação pública das conversações, “[...] especialmente daquelas que sequer têm relação com o objeto da investigação⁵²¹”.

⁵¹⁹ “[...] I - a manutenção nos autos de áudio de comunicação telefônica interceptada sem ordem judicial; II) a manutenção nos autos de áudios cujos conteúdos mostram-se totalmente desvinculados do objeto da investigação, não havendo qualquer ligação, sequer reflexa, com as supostas práticas criminosas investigadas; iii) o levantamento do sigilo judicial dos expedientes, o que resultou na ampla e imediata divulgação dos áudios - inclusive daquele gravado sem ordem judicial e assim mesmo mantido nos autos - nos veículos de comunicação social, os quais, como se pode perceber da escuta dos diálogos, em nada se relacionam com o objeto da investigação [...]. BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti. 29 set. 2016. p. 1. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁵²⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti. 29 set. 2016. p. 1. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁵²¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti. 29 set. 2016. p.03. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

Contudo, concluiu o Desembargador Federal que o Ministro não vislumbrou indícios de infração disciplinar, haja vista não ter determinado o encaminhamento ao Ministério Público, como preceitua o artigo 40 do Código de Processo Penal.

Ao analisar os dispositivos imputados ao magistrado representado, quais sejam, artigo 35 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, artigos 12 e 25 do Código de Ética da Magistratura Nacional, o artigo 8º da Lei 9.296/1996 e a Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 59, de 9 de setembro de 2008, que estabelecem que a conduta do magistrado deve ser independente, atuando de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar e, em relação aos meios de comunicação, deverá comportar-se de forma prudente e equitativa para que não sejam prejudicados direitos, abstendo-se de emitir opinião sobre processo pendente de julgamento. Veda ainda o Conselho Nacional de Justiça que o magistrado forneça quaisquer informações a terceiros ou aos órgãos de comunicação social de elementos sigilosos ou que tramitem em segredo de justiça. O artigo 17 §1º prevê ainda que, em caso de violação de sigilo por integrantes do Poder Judiciário, deverá haver responsabilização.

Após transcrever os referidos dispositivos, o relator adverte que “[...] essas regras jurídicas só podem ser corretamente interpretadas à luz dos fatos a que se ligam e de todo modo verificado que incidiram dentro do âmbito da *normalidade* por elas abrangido.”⁵²²

E conclui que tais normas não se aplicam em situações excepcionais, ou seja, embora não refutando a tipicidade da conduta do reclamado nas infrações alegadas, entendeu que as leis somente são aplicadas em períodos de normalidade considerando, portanto, a Operação Lava Jato como uma situação excepcional que justificaria a suspensão da norma: “É que a norma jurídica incide no plano da normalidade, não se aplicando a situações excepcionais [...]”⁵²³

A partir de uma citação totalmente equivocada e desconexa do caso concreto, o relator citou um trecho da obra do jurista Eros Roberto Grau em que explica acerca do estado de exceção a partir dos ensinamentos do filósofo italiano Giorgio Agamben.

⁵²² BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti. 29 set. 2016. p.04. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁵²³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti. 29 set. 2016. p.04. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

No entanto, Agamben, em sua teoria acerca do estado de exceção, critica a suspensão das garantias e direitos pelo soberano nas democracias contemporâneas, como a praticada pelo relator do recurso, denunciando que nas democracias há uma permanente exceção, suspendendo-se direitos, sob o artifício da anormalidade. A exceção acaba tornando-se a regra por meio de sistemática atuação ilegal por parte de quem Agamben denomina de Soberano⁵²⁴. Essa relativização de direitos constitucionais é combatida pelo filósofo, que alerta sobre os riscos para a democracia.

Em relação ao argumento acima de que se trata de um estado de exceção, que promoveria a suspensão do regramento genérico e que, neste caso, o magistrado atuaria como aquele quem decide sobre a exceção ao ordenamento vigente, é preciso esclarecer a previsão constitucional acerca do estado de exceção. O modelo promulgado em 5 de outubro de 1988 concebe o estado de defesa e o estado de sítio como espécies do estado de exceção, cuja decretação para o estado de defesa é de competência do Presidente da República, ouvidos o Conselho da República e o Conselho Nacional (art. 136) e, para o estado de sítio, pode ser decretado pelo Presidente da República, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, depois de autorização do Congresso Nacional. Assim, persistiu o núcleo conceitual centralizado no juízo de “um sistema constitucional das crises”,⁵²⁵ justificado como “princípio fundante da necessidade ou da temporariedade”,⁵²⁶ do estado de exceção, não se vislumbrando, portanto, em nenhuma hipótese a possibilidade de o Poder Judiciário suspender a legislação vigente.

Logo em seguida, o desembargador Rômulo Pizzolatti desenvolve seus argumentos, alegando que normas jurídicas só são aplicáveis em casos de normalidade, não se aplicando a situações excepcionais:

[...] neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns. [...] 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.⁵²⁷

⁵²⁴ Soberano para Agamben e Carl Schmitt é quem decide acerca da exceção.

⁵²⁵ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 617.

⁵²⁶ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 618.

⁵²⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-**

32.2016.4.04.8000/RS. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti. 29 set. 2016.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20

O relator entendeu também que o sigilo das comunicações telefônicas pode ser relativizado quando o sigilo favorecer os investigados, tendentes estes a obstruir as investigações criminais, em uma analogia com a relativização do sigilo das correspondências, conforme decidido pelo STF no HC n. 70.814 (Rel. Min. Celso de Mello), permitindo sua violação em determinados casos:

[...] as investigações e processos criminais da chamada “Operação Lavajato” constituem caso inédito 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.⁵²⁸

E conclui seu voto afirmando ser “incensurável” a publicidade das investigações e justifica a conduta do magistrado representado no sentido de que:

[...] tem sido o mais eficaz meio de garantir que não seja obstruído um conjunto, inédito na administração da justiça brasileira, de investigações e processos criminais – “Operação Lava Jato” -, voltados contra altos agentes públicos e poderes privados até hoje intocados⁵²⁹.

E fundamenta seu posicionamento em um julgado do Supremo Tribunal Federal, cujo relator Ministro Celso de Mello, no julgamento de um *Habeas Corpus*, entendeu que a administração penitenciária, em razão da segurança pública, disciplina prisional e preservação da ordem jurídica, permite, excepcionalmente, interceptar as correspondências remetidas aos sentenciados e que, por razões análogas, *o sigilo das comunicações telefônicas* não poderia favorecer condutas ilícitas de investigados, tendentes à obstrução das investigações criminais:

jun. 2019.

⁵²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em ação direta de inconstitucionalidade n. 4.048-1/ DF**. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, fev. 2011. Julgamento 14 fev. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi4048GM.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2019.

⁵²⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti. 29 set. 2016. p.05. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

[...] não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas, sendo permitida sua violação em casos excepcionais, como aquele previsto no parágrafo único do artigo 41 da Lei de Execução penal, em relação à correspondência remetida pelos sentenciados.⁵³⁰

Por 13 votos a 1, a Corte Especial do TRF da 4ª Região entendeu que a Operação Lava Jato, dado seu ineditismo, mereceria um tratamento excepcional, entendendo não haver crime, qualquer infração na conduta do Juiz Sergio Moro na divulgação de conversa telefônica interceptada sem autorização. O voto divergente do Desembargador Federal Rogério Favreto rebate duramente o Relatório do Desembargador Rômulo Pizzolati, sobretudo pela fundamentação no estado de exceção, revelando a gravidade da linha argumentativa para o Estado Democrático de Direito e, ainda, citando trecho da obra de Direito Constitucional de Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto que lucidamente revelam que “Não nos parece apropriado [...] atribuir ao STF o 'poder soberano', no sentido de Carl Schmitt, de suspender a força de normas jurídicas para instaurar a exceção.”⁵³¹

E cinde a análise da instauração do processo disciplinar em desfavor da conduta do magistrado Sergio Moro em dois momentos: da legalidade do levantamento do sigilo e, se ilegal, se as circunstâncias são aptas à instauração de processo disciplinar.

Iniciando pela legalidade do sigilo, o Desembargador Federal assevera que Sergio Moro incorreu em transgressão à literalidade da lei ao determinar o levantamento do sigilo de conversas captadas em interceptações telefônicas, citando o artigo 8º e 9º da Lei 9.296/1996 que dispõe:

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada⁵³².

⁵³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus n. 70.814**. São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello, 24 de junho de 1994. p. 49. Disponível em: Acesso em: 03 mar. 2019.

⁵³¹ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 545-546.

⁵³² Lei de interceptações de comunicações telefônicas. BRASIL. **Lei 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 de julho de 1996. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm.

Eliminando qualquer tipo de justificativa para a suspensão da lei, entendeu que o regramento é explícito, no sentido de vedar expressamente, ou seja, não se vislumbrando exceções que relativizem o sigilo, para a publicidade das comunicações telefônicas interceptadas. E completou acerca da conduta do magistrado no sentido de que também descumpriu o artigo 17 da normativa do Conselho Nacional de Justiça, expressada na sua Resolução nº 59, que assim dispôs:

Art. 17. Não será permitido ao magistrado e ao servidor fornecer quaisquer informações, direta ou indiretamente, a terceiros ou a órgão de comunicação social, de elementos contidos em processos ou inquéritos sigilosos, sob pena de responsabilização nos termos da legislação pertinente.

A referida resolução visa disciplinar e uniformizar as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Em seu capítulo único denominado “Do Procedimento de Interceptação de Comunicações Telefônicas e de Sistemas de Informática e Telemática”, prevê nas considerações para a adoção das medidas previstas na resolução a “*imprescindibilidade de preservar o sigilo das investigações realizadas e das informações colhidas, bem como a eficácia da instrução processual*”⁵³³, em especial a obrigação de sigilo da diligência e o conteúdo das comunicações interceptadas (Seção IX), em consonância com o sistema de garantias processuais da Constituição Federal. E observa ainda acerca do levantamento do sigilo sem ao menos oportunizar o prévio contraditório:

Diante de tal arcabouço legal e regulamentar, não vislumbro hipótese de relativização do sigilo, direito fundamental do cidadão inscrito na Carta Federal. Releva notar, além disso, que a drástica decisão de levantamento do sigilo foi prolatada sem oportunização de prévio contraditório, que, assim como o sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, XII), é direito com fundamento constitucional (art. 5º, LV).⁵³⁴

Acesso em 02 fev. 2020.

⁵³³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (CNJ). **Resolução n. 59, 9 de setembro de 2008.**

Disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/101>. Acesso em: 05 mar. 2020.

⁵³⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Voto-vista: Desembargador Rogério Favreto. 29 set. 2016. p.02.

Classifica a conduta do magistrado como grave, diante do fato de que as conversas divulgadas foram captadas ilegalmente, sem qualquer relação com o objeto da investigação e, ainda, emanada por juízo incompetente, porquanto trata-se de diálogo com uma pessoa detentora de prerrogativa de função, o que deveria ter ensejado a imediata remessa do feito ao Supremo Tribunal Federal. E observa as consequências da ação do magistrado, que expôs à “execração pública não apenas o investigado, mas também terceiras pessoas”⁵³⁵

E sentença acerca das ilegalidades praticadas pelo reclamado: [...] houve transgressão aos arts. 8º e 9º da Lei 9.296/1996 e ao seu fundamento constitucional (art. 5º, XII); b) não foi observado o prévio contraditório, com infração ao art. 5º, LV, da Constituição Federal; c) parte das conversas divulgadas foi captada ilegalmente, após a ordem de interrupção da interceptação; d) a decisão emanou de juízo incompetente.⁵³⁶

Superada a primeira fase da análise, em que restou configurada a ilegalidade do ato, o desembargador avalia se é pertinente a instauração de procedimento administrativo para a apuração, esclarecendo que decisões em desacordo com lei ou a Constituição, por si só, não constituem infração disciplinar “[...] sob pena de amesquinhar-se a independência dos juízes, garantia que se reveste de alto significado num Estado Democrático de Direito”.⁵³⁷

E suscita que a atuação do magistrado pode ter sido motivada por fatores externos ao processo. Nesse sentido, analisa o que o desembargador considera primeiro fator externo, a posição doutrinária do juiz Sergio Moro contrária à proibição da divulgação dos dados colhidos em investigações, fazendo alusão ao artigo publicado em uma revista,⁵³⁸ ressaltando que o levantamento do sigilo das conversas

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁵³⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Voto-vista: Desembargador Rogério Favreto. 29 set. 2016. p.02.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁵³⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Voto-vista: Desembargador Rogério Favreto. 29 set. 2016. p.02.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁵³⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Voto-vista: Desembargador Rogério Favreto. 29 set. 2016. p.03.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁵³⁸ “A publicidade conferida às investigações teve o efeito salutar de alertar os investigados em potencial sobre o aumento da massa de informações nas mãos dos magistrados, favorecendo

interceptadas é vedado expressamente nos artigos 8º e 9º da Lei 9.296/1996 e a sua transgressão deliberada tem previsão no artigo 35, I, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Entende ainda que a justificativa apresentada para o levantamento do sigilo, a relevância da operação e a publicidade dos atos “[...] se afastam do objeto e objetivos da investigação criminal, mormente porque decisão judicial deve obediência aos preceitos legais, e não ao propósito de satisfazer a opinião pública”.⁵³⁹

Como segundo fator externo e estranho ao procedimento hermenêutico, o Desembargador Rogério Favreto aponta para uma motivação política e pontuando que mesmo sem juízo definitivo, entende que seria precipitado descartar essa possibilidade diante da participação do magistrado em eventos públicos com a participação de opositores políticos da ex-presidente Dilma Rousseff:

[...] tenha agido instigado pelo contexto sociopolítico da época em que proferida a decisão de levantamento do sigilo de conversas telefônicas interceptadas. São conhecidas as participações do magistrado em eventos públicos liderados pelo Sr. João Dória Júnior, atual candidato à Prefeitura de São Paulo pelo PSDB e opositor notável ao governo da ex-Presidente Dilma Rousseff. Vale rememorar, ainda, que a decisão foi prolatada no dia 16 de março, três dias após grandes mobilizações populares e no mesmo dia em que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi nomeado para o cargo de Ministro da Casa Civil.⁵⁴⁰

E advertindo acerca do comportamento parcial e extremamente exposto do magistrado, no sentido de uma busca por um reconhecimento social e ainda em busca de uma autopromoção, observou que a referida medida do magistrado “[...] teve o

novas confissões e colaborações. Mais importante garantiu o apoio da opinião pública às ações judiciais, impedindo que as figuras públicas investigadas obstruíssem o trabalho dos magistrados, o que, como de fato, foi tentado.

*Há sempre o risco de lesão indevida à honra do investigado ou acusado. Cabe aqui, porém, o cuidado na desvelação de fatos relativos à investigação, e não a proibição abstrata de divulgação, pois a publicidade tem objetivos legítimos e que não podem ser alcançados por outros meios. As prisões, confissões e a publicidade conferida às informações obtidas geraram um círculo virtuoso, consistindo na única explicação possível para a magnitude dos resultados obtidos pela operação *mani pulite*”. MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite. **Revista CEJ- Conselho Justiça Federal**, Brasília, n. 26, p.56-62, jul-set. 2004.*

⁵³⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Voto-vista: Desembargador Rogério Favreto. 29 set. 2016. p.05.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁵⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Voto-vista: Desembargador Rogério Favreto. 29 set. 2016. p.05.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

condão de convulsionar a sociedade brasileira e suas disputas políticas”.⁵⁴¹ Apresentando evidências sobre as suas conclusões, lembrou que no dia 13 de março de 2016, dia dos protestos contra o governo da ex-Presidente Dilma, o juiz federal Sergio Moro enviou carta pessoal à Rede Globo e postou nota no seu *blog*, manifestando ter ficado “tocado” pelas manifestações da população e destacando ser *“importante que as autoridades eleitas e os partidos ouçam a voz das ruas”*⁵⁴². *E completa:*

Ora, esse comportamento denota parcialidade, na medida em que se posiciona politicamente em manifestações contrárias ao Governo Federal e, ao mesmo tempo, capta e divulga ilegalmente conversas telefônicas de autoridades estranhas à sua competência jurisdicional⁵⁴³.

Sobre a parcialidade do magistrado, fundamentou nos artigos 8º do Código de Ética da Magistratura Nacional que assevera que o magistrado imparcial é que busca as provas com objetividade e fundamento, mantendo uma distância das partes, evitando comportamentos que possam refletir favoritismo, predisposição e preconceito e, ainda, o artigo 25 do mesmo instituto, que estabelece que incumbe ao magistrado atuar “de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar”.⁵⁴⁴

⁵⁴¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Voto-vista: Desembargador Rogério Favreto. 29 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019, p.05.

⁵⁴² *“Apesar das referências ao meu nome, tributo a bondade do Povo brasileiro ao êxito até o momento de um trabalho institucional robusto que envolve a Polícia Federal, o Ministério Público Federal e todas as instâncias do Poder Judiciário. Importante que as autoridades eleitas e os partidos ouçam a voz das ruas e igualmente se comprometam com o combate à corrupção, reforçando nossas instituições e cortando, sem exceção, na própria carne, pois atualmente trata-se de iniciativa quase que exclusiva das instâncias de controle. Não há futuro com a corrupção sistêmica que destrói nossa democracia, nosso bem-estar econômico e nossa dignidade como País. 13/03/2016, Sérgio Fernando Moro”* LOBO, Cristiana. Sérgio Moro diz que ficou ‘tocado’ com apoio da população à Lava Jato. *In: São Paulo, G1*, 13 mar. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/blog/cristiana-lobo/post/sergio-moro-diz-que-ficou-tocado-com-apoio-da-populacao-lava-jato.html>. Acesso em: 19 fev. 2019.

⁵⁴³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Voto-vista: Desembargador Rogério Favreto. 29 set. 2016. p.05. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁵⁴⁴ Código de Ética da Magistratura Nacional. Art. 8º. 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 e preconceito. Art. 25. Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Código de ética da magistratura nacional**. Brasília/DF, 26 de agosto de 2008. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/01/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf. Acesso em: 02 fev. 2020.

E faz uma advertência acerca do comportamento dos membros da Ministério Público e do magistrado durante a Lava Jato, no sentido de que mais parecem atores globais e midiáticos:

Aliás, esse dever de cautela resta redobrado pelo destaque da Operação Lava Jato e pela repercussão que as mídias reproduzem na sociedade, mormente quando alguns magistrados e membros do Ministério Público se apresentam mais como atores globais e midiáticos, quando deveriam prezar pela discricção e serenidade em sua atuação. Exemplo mais recente de menosprezo aos preceitos basilares do processo penal foi a apresentação de denúncia contra o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva por Procuradores da República, acompanhada de apresentação em *Power Poin* em rede nacional de TV e rádio.⁵⁴⁵

Demonstrando um total desalinho entre a conduta do magistrado e a função do Poder Judiciário de pacificar as relações sociais, pontuou que o papel do Judiciário está em fazer cumprir com independência e serenidade, sempre resguardando a intimidade e a dignidade das pessoas, jamais sendo um instigador de conflitos:

O Poder Judiciário, ao qual é própria a função de pacificar as relações sociais, converteu-se em catalisador de conflitos. Não é atributo do Poder Judiciário avaliar o relevo social e político de conversas captadas em interceptação e submetê-las ao escrutínio popular. Ao fazê-lo, o Judiciário abdica da imparcialidade, despe-se da toga e veste-se de militante político⁵⁴⁶.

E observa que a divulgação dos diálogos apenas teve como resultado principal “[...] a submissão dos interlocutores a um escrutínio político e a uma indevida exposição da intimidade e privacidade”⁵⁴⁷ e completa sobre o momento em que foi realizada a divulgação dos áudios, em que estava em curso o processo de *impeachment* contra a Presidente da República “[...] gerando efeitos políticos junto ao Legislativo que apreciava o seu afastamento”.

⁵⁴⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Voto-vista: Desembargador Rogério Favreto. 29 set. 2016. p.06. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁵⁴⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Voto-vista: Desembargador Rogério Favreto. 29 set. 2016. p.05. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁵⁴⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Voto-vista: Desembargador Rogério Favreto. 29 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019. p.05

E conclui no sentido de que é duvidosa a imparcialidade do juiz Sergio Moro, ressaltando que fora no mínimo negligente quanto às consequências político-sociais de sua decisão. E revelou que este não é o primeiro “episódio controverso” envolvendo o juiz, mencionando o julgado do Supremo Tribunal Federal, cujo relator do *Habeas Corpus*, o Ministro Eros Grau, analisou a suspeição do referido juiz por ter determinado o monitoramento dos voos dos advogados dos réus:

Atua com inequívoco desserviço e desrespeito ao sistema jurisdicional e ao Estado de Direito o juiz que se irroga de autoridade ímpar, absolutista, acima da própria Justiça, conduzindo o processo ao seu livre arbítrio, bradando sua independência funcional. Revelam-se abusivas as reiteraões de prisões desconstituídas por instâncias superiores e as medidas excessivas tomadas para sua efetivação, principalmente o monitoramento dos patronos da defesa, sendo passíveis inclusive de sanção administrativa.⁵⁴⁸

A decisão citada determinou a remessa de cópia do acórdão à Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4^o Região e ao Conselho Nacional de Justiça. No mesmo sentido, o desembargador demonstrou que a postura persecutória do magistrado é totalmente incompatível com o sistema acusatório e que, embora relevante para a Lava Jato, para o combate da macrocriminalidade no país, isso não pode imunizar as autoridades de um escrutínio rigoroso de seus atos por órgãos

⁵⁴⁸ Processo Penal. Habeas Corpus. Suspeição de Magistrado. Conhecimento. A alegação de suspeição ou impedimento de magistrado pode ser examinada em sede de habeas corpus quando independente de dilação probatória. É possível verificar se o conjunto de decisões tomadas revela atuação parcial do magistrado neste habeas corpus, sem necessidade de produção de provas, o que inviabilizaria o writ. 2. Atos abusivos e reiteração de prisões. São inaceitáveis os comportamentos em que se vislumbra resistência ou inconformismo do magistrado, quando contrariado por decisão de instância superior. **Atua com inequívoco desserviço e desrespeito ao sistema jurisdicional e ao Estado de Direito o juiz que se irroga de autoridade ímpar, absolutista, acima da própria Justiça, conduzindo o processo ao seu livre arbítrio, bradando sua independência funcional.** Revelam-se abusivas as reiteraões de prisões desconstituídas por instâncias superiores e as medidas excessivas tomadas para sua efetivação, **principalmente o monitoramento dos patronos da defesa**, sendo passíveis inclusive de sanção administrativa. 3. Atos abusivos e suspeição. O conjunto de atos abusivos, no entanto, ainda que desfavorável ao paciente e devidamente desconstituído pelas instâncias superiores, não implica, necessariamente, parcialidade do magistrado. No caso, as decisões judiciais foram passíveis de controle e efetivamente revogadas, nas balizas do sistema. Apesar de censuráveis, elas não revelam interesse do juiz ou sua inimizade com a parte, não sendo hábeis para afastar o magistrado do processo. **Determinada a remessa de cópia do acórdão à Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4^a Região e ao Conselho Nacional de Justiça.** Ordem conhecida e denegada. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 95.518 PR.** Impetrante: Cezar Roberto Bitencourt e Outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 23 de maio de 2013. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342693/habeas-corpus-hc-95518-pr-stf/inteiro-teor-159438389>. Acesso em: 10 abr. 2021.

correccionais⁵⁴⁹. Deliberando pela instauração de procedimento administrativo em desfavor do juiz Sergio Moro para apuração das condutas previstas no artigo 35, I, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional e aos artigos 1º, 8º, 12 e 25 do Código de Ética da Magistratura.

Voto vencido, por 13 votos a 1 foi indeferido o pedido de instauração de procedimento administrativo em desfavor do magistrado. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, instância competente para apurar em grau recursal a transgressão do magistrado Sergio Moro, rejeitou o procedimento, sob argumentos de que “problemas inéditos” exigem “soluções inéditas”, o que significa, verdadeiramente, que a situação exigiria uma hermenêutica de exceção.

Muito embora a própria confissão do reclamado em expediente encaminhado ao próprio Supremo Tribunal Federal, na Reclamação n. 23.457, que a divulgação da conversa telefônica tenha se dado de forma irregular, o órgão especial do TRF4 arquivou a denúncia apresentada por advogados que requeriam a abertura de Processo Administrativo Disciplinar por infração ao art. 35, inc. I da LOMAN⁵⁵⁰, pleiteando a condenação do juiz Sergio Moro pela divulgação ilegal de conversa telefônica interceptada de forma também ilegal.

É paradigmática a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4 no processo n.º 0003021-32.2016.4.04.8000/RS⁵⁵¹, pois evidencia uma hermenêutica de exceção, em desrespeito à autonomia, à integridade do direito e ao Estado Democrático de Direito. Reconhecendo o ineditismo na condução do magistrado, não determinou a abertura do PAD, para justificar a atuação de Sergio

⁵⁴⁹ “Cabe registrar que se reconhece a importante contribuição da denominada Operação Lava Jato no combate à macrocriminalidade e a uma lógica perversa que historicamente contamina a República, envolvendo altas autoridades e setores abastados do país. Do mesmo modo, reconhece-se a dedicação do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. Isso, no entanto, não imuniza ninguém - autoridades da magistratura, do Ministério Público e policiais - de um escrutínio rigoroso de seus atos por órgãos correccionais. Ao contrário, o zelo pela validade de tão virtuosa Operação exige esse escrutínio”. BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Interessado: Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti, 23 de setembro de 2016. p.08. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2021. Rogério Favreto. 29 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁵⁵⁰ BRASIL. Lei complementar nº 35, de 14 de março de 1979. **Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional**. Brasília, DF: Presidência da República, 1996, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em 02 fev. 2020.

⁵⁵¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Interessado: Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti, 23 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2021.

Moro e ao justificar na sua decisão, fundamentou-se explicitamente em um estado de exceção, à margem da ordem jurídica vigente, não oferecendo a resposta correta à Constituição.

Posteriormente, na sentença que condenou o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, concluiu o magistrado Sergio Moro, justificando-se sobre a divulgação dos áudios e sobre a quebra do sigilo: “Não deve o Judiciário ser o guardião de segredos sombrios dos Governantes do momento e o levantamento do sigilo era mandatário senão pelo Juízo, então pelo Supremo Tribunal Federal”.⁵⁵²

A divulgação das conversas pelo magistrado Sergio Moro provocou ambiente político desfavorável a Dilma Rousseff e a Lula, prejudicando ainda mais a imagem de ambos frente à opinião pública, podendo, inclusive, o comportamento do referido juiz ter influenciado na cassação da nomeação do ex-presidente Luiz Inácio para Chefe da Casa Civil.

Para Streck, no que ele denomina uma “nova fase do estado de exceção judiciário” durante esta fase da Operação Lava Jato, houve três ilegalidades/inconstitucionalidades flagrantes⁵⁵³:

- 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.⁵⁵⁴

Ademais, constitui direito fundamental a inadmissibilidade no processo de provas obtidas por meio ilícito, conforme previsão constitucional:

⁵⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR**. Autor: Ministério Público Federal, Curitiba, 12 jul. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-condena-lula-triplex.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019.

⁵⁵³ STRECK, Lenio Luiz. Do apelo ao senso comum aos poderes de fato: o novo direito 3.0 que legitima o arbítrio ou “quando a episteme vira doxa”. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (org.). **Comentários a um acórdão: o processo Lula no TRF4**. 1. ed., São Paulo: Outras Expressões, 2018, p. 118. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20180813053425/comentarios.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁵⁵⁴ 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**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 de julho de 1996. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em 02 fev. 2020.

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;⁵⁵⁵

Assim, para que uma prova não possa ser considerada em um processo judicial, é necessário que as provas que tenham natureza ilegal ou que, mesmo que não infrinjam a legislação por si só, tenham sido obtidas sem que fossem respeitados os procedimentos definidos pela lei. Considerando a garantia fundamental a inviolabilidade das comunicações prevista no artigo 5º, XII da Magna Carta, e que o diálogo amplamente divulgado pela mídia não estava sob autorização judicial, resta evidente a natureza ilegal da prova:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;⁵⁵⁶

A consequência mais branda de uma prova ilícita é o descarte, o desentranhando dos autos, sem qualquer eficácia para efeitos jurídicos e, ainda, a responsabilização de quem a produziu fora dos ditames legais. Portanto, não se trata mais de discussão doutrinária acerca do posicionamento mais adequado, mas de violação grave a um direito fundamental por quem deveria preservá-lo. Como elucida Cattoni, Bacha e Bahia sobre os riscos da manutenção dos áudios e a impunidade do magistrado infrator:

A questão passa a ser a permanência ou não do Estado Democrático de Direito, plasmado na Constituição da República de 1988, diante do risco de um estado de exceção, criado com a participação de alguns setores do Poder Judiciário e do Ministério Público. Lutar pelo Estado Democrático de Direito, não cabe dúvida, significa responsabilizar de forma republicana e democrática aqueles que descumprirem a Constituição da República e a legislação vigente no Brasil, respeitado sempre e de forma inegociável o devido processo legal. Todavia, ninguém, nem mesmo o Poder Judiciário, está acima da Lei. ⁵⁵⁷

⁵⁵⁵ BRASIL. Constituição [(1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 21 mar. 2020.

⁵⁵⁶ BRASIL. Constituição [(1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 mar. 2020.

⁵⁵⁷ BAHIA, Alexandre; BACHA E SILVA, Diogo; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Sobre o poder judiciário brasileiro e risco do estado de exceção no Brasil: em defesa do regime

Já o argumento do Relator Rômulo Pizzollati de que, no momento da conduta do denunciado, não havia regras claras sobre o tema e que apenas vieram a lume com o julgamento do Supremo Tribunal Federal na Rcl. 23.457, não faz nenhum sentido. Ora a Lei de Interceptações Telefônicas, promulgada no ano de 1996, bem anterior à interceptação telefônica determinada pelo denunciado, visando regulamentar o dispositivo constitucional do art. 5º, inc. XII, disciplina, em seu art. 1º, que a interceptação telefônica ocorrerá em segredo de justiça:

A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.⁵⁵⁸

Segredo de justiça quer significar no plano jurídico-processual que apenas as partes interessadas e seus advogados podem ter acesso ao conteúdo e jamais terceiros. Igualmente o art. 8º da Lei 9.296/96, ao procedimentalizar o pleito de interceptação, o faz consignando que se processará em autos apartados e todo o procedimento deve ser mantido em sigilo:

A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Além desses dispositivos legais, o Conselho Nacional de Justiça, objetivando reafirmar as disposições legais, editou a Resolução 59/2008 que, em seus arts. 16 e 17, dispõe sobre a obrigatoriedade por parte de todos os servidores públicos de manter o sigilo da interceptação telefônica, sob pena de responsabilização.

Assim, não resta dúvida de que o magistrado atuou de forma ilegal ao deixar de preservar o sigilo de gravações de interceptações judiciais e ao divulgar para a imprensa comunicações telefônicas de autoridades com privilégio de foro, cujas conversas não se relacionavam com o objeto da investigação.

constitucional democrático em tempos de “morogate”. **Empório do Direito**, 20 de março de 2016. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/sobre-o-poder-judiciario-brasileiro-e-o-risco-do-estado-de-excecao-no-brasil-em-defesa-do-regime-constitucional-democratico-em-tempos-de-morogate-1-por-alexandre-gustavo-melo-franco-de-moraes-bahia-diogo-bacha-e-silva-e-marcelo-andrade-cattoni-de-o>. Acesso em: 02 fev. 2020.

⁵⁵⁸ BRASIL. **Lei 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 de julho de 1996. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em 02 fev. 2020.

3.3.2 A reclamação da Presidente Dilma Rousseff sobre o levantamento do sigilo das conversas telefônicas entre Lula e a presidente

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

Na referida decisão, Teori Zavascki apontou os seguintes fundamentos:

- 1) a decisão de levantamento de sigilo viola o direito fundamental ao sigilo das comunicações, previsto no art. 5º, inciso XII, da Constituição;
- (2) a Lei no 9.296/96 garante expressamente o sigilo em seus art. 1º e 8º;
- (3) as autoridades públicas não perdem sua intimidade e privacidade em razão da ocupação de cargo;
- (4) no momento da prolação da decisão que autorizou a divulgação das conversas, o magistrado já tinha conhecimento de sua incompetência por se tratar de interlocutor cuja competência era especial por prerrogativa de função em decorrência de tratar-se de conversa com a Presidente da República;
- (5) a decisão de divulgação das conversas se deu de forma imediata, sem tomar em conta sua única finalidade constitucionalmente legítima (“fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, como consta da Lei no 9.296/96);
- (6) a decisão de divulgação das conversas se fez sem estabelecer o contraditório.⁵⁵⁹

Na decisão proferida na referida Reclamação 23.457, o Ministro Teori Zavascki reconheceu a ilegalidade do ato de levantamento do sigilo:

São relevantes os fundamentos que afirmam a ilegitimidade dessa decisão. Em primeiro lugar, porque emitida por juízo que, no momento da sua prolação, era reconhecidamente incompetente para a causa, ante a constatação, já confirmada, do envolvimento de autoridades com prerrogativa de foro, inclusive a própria Presidente da República. Em segundo lugar, porque a divulgação pública das conversações telefônicas interceptadas, nas circunstâncias em que ocorreu, comprometeu o direito fundamental à garantia de sigilo, que tem assento constitucional. O art. 5º, XII, da Constituição somente permite a interceptação de conversações telefônicas em situações

⁵⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 23.457/PR**. Reclamante: Presidente da República. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 jun. 2016. p. 14. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Rcl23457.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

excepcionais, “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Há, portanto, quanto a essa garantia, o que a jurisprudência do STF denomina reserva legal qualificada.⁵⁶⁰

A partir das disposições contidas na Lei 9.269/1996, o Ministro fundamentou acerca da vedação expressa da divulgação de qualquer conversação interceptada (art. 8º) e, ainda, sobre a determinação legal de inutilização das gravações que não interessem à investigação criminal (art. 9º) e concluiu que:

Não há como conceber, portanto, a divulgação pública das conversações do modo como se operou, especialmente daquelas que sequer têm relação com o objeto da investigação criminal. Contra essa ordenação expressa, que - repita-se, tem fundamento de validade constitucional - é descabida a invocação do interesse público da divulgação ou a condição de pessoas públicas dos interlocutores atingidos, como se essas autoridades, ou seus interlocutores, estivessem plenamente desprotegidas em sua intimidade e privacidade.⁵⁶¹

Após reconhecer a absoluta ilegalidade do ato judicial, destacou que não havia qualquer motivo no interesse processual a justificar a medida:

[...] O que se infirma é a divulgação pública das conversas interceptadas da forma como ocorreu, imediata, sem levar em consideração que a prova sequer fora apropriada à sua única finalidade constitucional legítima (para fins de investigação criminal ou instrução processual penal), muito menos submetida a um contraditório mínimo.

Posteriormente, em decisão monocrática de 13 de junho de 2016, o relator julgou parcialmente procedente a reclamação para:

a) reconhecer a violação de competência do Supremo Tribunal Federal e cassar as decisões proferidas, em 16.3.2016 (evento 135) e 17.3.2016 (evento 140), pelo Juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba, nos autos do “Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônicos 5006205-

⁵⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 23.457/PR**. Reclamante: Presidente da República. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 jun. 2016. p. 14. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Rcl23457.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

⁵⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 23.457/PR**. Reclamante: Presidente da República. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 jun. 2016. p. 14. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Rcl23457.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

98.2016.4.04.7000/PR”, as quais determinaram o levantamento do conteúdo de conversas lá interceptadas; e

b) reconhecer a nulidade do conteúdo de conversas colhidas após a determinação judicial de interrupção das interceptações telefônicas.

Para fundamentar sua decisão, o Ministro Teori Zavascki citou ainda um precedente do Supremo Tribunal Federal, de 18 de setembro de 2002, do Ministro Sepúlveda Pertence, chancelada pelo plenário, demonstrando que aquela Corte já tinha essa orientação sobre o tema:

A garantia do sigilo das diversas modalidades técnicas de comunicação pessoal - objeto do art. 5º, XII - independe do conteúdo da mensagem transmitida e, por isso - diversamente do que têm afirmado autores de tomo, não tem o seu alcance limitado ao resguardo das esferas da intimidade ou da privacidade dos interlocutores.

[...]

Desse modo - diversamente do que sucede nas hipóteses normais de confronto entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade - no âmbito da proteção ao sigilo das comunicações, não há como emprestar peso relevante, na ponderação entre os direitos fundamentais colidentes, ao interesse público no conteúdo das mensagens veiculadas, nem à notoriedade ou ao protagonismo político ou social dos interlocutores.⁵⁶²

Em discurso no auditório da Justiça Federal, em 18 de março de 2016, sem citar o nome do juiz Sergio Moro, Zavascki reforçou que cabe aos juízes apenas o dever de fazer cumprir a lei: "O juiz resolve crises do cumprimento da lei. O princípio da imparcialidade pressupõe uma série de outros pré-requisitos. Supõe, por exemplo, que seja discreto, que tenha prudência, que não se deixe contaminar pelos holofotes e se manifeste no processo depois de ouvir as duas partes"⁵⁶³.

Posteriormente, na sentença proferida pelo magistrado Sergio Moro em desfavor do ex-presidente, mencionou a decisão proferida pelo Ministro Teori Zavascki sobre Reclamação:

⁵⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Petição nº. 2702 RJ**. Relator: Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgamento em: 19 de setembro de 2002. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14812357/medida-cautelar-na-peticao-pet-2702-rj-stf>. Acesso em: 03 mar. 2020.

⁵⁶³ OLIVEIRA, Adriano. Papel de juiz é o de resolver conflitos, não é o de criar conflitos', diz Teori. *In*: **G1**: Ribeirão e Franca, SP, 18 mar. 2016. Disponível em <http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2016/03/teori-zavascki-diz-que-nao-cabe-juiz-resolver-crise-politica-ou-economica.html>. Acesso em: 24 abr. 2021.

No entendimento deste julgador [...], o problema nos diálogos interceptados não foi o levantamento do sigilo, mas sim o seu conteúdo, que revelava tentativas do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva de obstruir investigações e sua intenção de, quando assumisse o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, contra elas atuar com todo seu poder político (“eles têm que ter medo”).⁵⁶⁴

A autoridade reclamada, o magistrado Sergio Moro, nos autos da Reclamação (Rcl) nº 23.457, rel. Min. Teori Zavascki, declarou que o ato de divulgar as conversas poderia “ser considerado incorreto”, mas disse que em nenhum momento teve objetivo de “gerar fato político-partidário, polêmicas ou conflitos, algo estranho à função jurisdicional”. A intenção foi simplesmente, de acordo com o juiz, atender pedido do Ministério Público Federal e dar publicidade ao processo e “especialmente a condutas relevantes do ponto de vista jurídico e criminal do investigado do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva”:

Diante da controvérsia decorrente do levantamento do sigilo e da r. decisão de V. Ex.^a, compreendo que o entendimento então adotado possa ser considerado incorreto, ou mesmo sendo correto, possa ter trazido polêmicas e constrangimentos desnecessários. Jamais foi a intenção desse julgador, ao proferir a aludida decisão de 16/03, provocar tais efeitos e, por eles, solicito desde logo respeitosa escusas a este Egrégio Supremo Tribunal Federal. O levantamento do sigilo não teve por objetivo gerar fato político-partidário, polêmicas ou conflitos, algo estranho à função jurisdicional, mas, atendendo ao requerimento do MPF, dar publicidade ao processo e especialmente a condutas relevantes do ponto de vista jurídico e criminal do investigado do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva que podem eventualmente caracterizar obstrução à Justiça ou tentativas de obstrução à Justiça (art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013).⁵⁶⁵

Por último, o inciso LX do artigo 5º da Constituição estabelece como parâmetro para afastar a publicidade dos atos processuais a intimidade e o interesse social. No entanto, essa atribuição não foi prevista pelo texto constitucional ao juiz, mas ao legislador, na medida em que dispôs que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Assim, é a lei a autorização de restrição, sendo certo que nos casos em que a lei o fizer, não cabe ao juiz tomar decisão contrária.

⁵⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR**. Autor: Ministério Público Federal, Curitiba, 12 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-condena-lula-triplex.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019.

⁵⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 23.457/PR**. Reclamante: Presidente da República. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 jun. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Rcl23457.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

No dia 31 de março de 2016, o Plenário do STF referendou a decisão liminar concedida pelo relator Ministro Teori Zavascki nos autos da Reclamação 23.457. Segue trecho da ementa:

Embora a interceptação telefônica tenha sido aparentemente voltada a pessoas que não ostentavam prerrogativa de foro por função, o conteúdo das conversas – cujo sigilo, ao que consta, foi levantado incontinenti, sem nenhuma das cautelas exigidas em lei – passou por análise que evidentemente não competia ao juízo reclamado. 4. A existência concreta de indícios de envolvimento de autoridade detentora de foro por prerrogativa de função nos diálogos interceptados impõe a remessa imediata ao Supremo Tribunal Federal, para que, tendo à sua disposição o inteiro teor das investigações promovidas, possa, no exercício de sua competência constitucional, decidir acerca do cabimento ou não do seu desmembramento, bem como sobre a legitimidade ou não dos atos até agora praticados. 5. Liminar deferida. Decisão referendada, por seus próprios fundamentos.⁵⁶⁶

Conforme o julgamento do Plenário, a decisão de Zavascki refletiu entendimento já consolidado há anos no Tribunal, segundo o qual, havendo indício de envolvimento de autoridade com prerrogativa de foro, os autos devem ser remetidos ao tribunal competente, neste caso, ao Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, Dilma Rousseff foi afastada da Presidência da República, em virtude do recebimento da denúncia, pelo Senado, no processo de impeachment, por crime de responsabilidade, extinguindo a possibilidade de ser julgado no Supremo Tribunal Federal eventuais investigações ou ações penais.

3.3.3 Da condução coercitiva do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva

Um recurso simbólico muito utilizado durante a operação foi a condução coercitiva, foram 227 ações dessa natureza realizadas pela força-tarefa da operação em Curitiba. A frequência das coerções durante a Lava Jato era um dos fatores que evidenciavam que seu objetivo estava além da apuração dos fatos, mas buscava produzir efeitos publicitários e político-partidários, para construção da imagem do inimigo político.

⁵⁶⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Reclamação nº 23467 PR**. Reclamante: Ministério Público Federal. Rel. Teori Zavascki. Brasília, DF, 31 de março de 2016. Disponível em: Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862888604/referendo-na-medida-cautelar-na-reclamacao-mc-ref-rcl-23457-pr-parana/inteiro-teor-862888614?ref=serp>. Acesso em: 21 jan. 2021.

Até a 24ª fase da Operação Lava Jato, haviam sido cumpridos 33 mandados de busca e apreensão e expedidos 11 mandados de condução coercitiva, sendo um deles para o ex-presidente, Luiz Inácio Lula da Silva. Em 4 (quatro) de março de 2016, com a condução coercitiva de Luiz Inácio Lula da Silva e de seus familiares, sem previamente serem intimados conforme preceitua o dispositivo legal, já revelava a tática empregada para a construção da imagem do inimigo: a promoção do espetáculo punitivo, que por si só já constitui uma condenação.

No dia 5 de março de 2016, a força-tarefa do Ministério Público Federal no Paraná responsável pelas investigações da Operação Lava Jato emitiu nota reafirmando a necessidade da condução para depoimento do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. A nota diz que “instalou-se uma falsa controvérsia sobre a natureza e circunstâncias da condução coercitiva”⁵⁶⁷ do ex-presidente, buscando dar

⁵⁶⁷ Após a deflagração da 24ª fase da Operação Lava Jato na última sexta-feira, 4 de março de 2016, instalou-se falsa controvérsia sobre a natureza e circunstâncias da condução coercitiva do senhor Luiz Inácio Lula da Silva, motivo pelo qual a força-tarefa da Procuradoria da República em Curitiba vem esclarecer:

1. Houve, no âmbito das 24 fases da Operação Lava Jato (desde, portanto, março de 2014), cerca de 117 mandados de condução coercitiva determinados pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba.
2. Apenas nesta última fase e em relação a apenas uma das conduções coercitivas determinadas, a do senhor Luiz Inácio Lula da Silva, houve a manifestação de algumas opiniões contrárias à legalidade e constitucionalidade dessa medida, bem como de sua conveniência e oportunidade.
3. Considerando que em outros 116 mandados de condução coercitiva não houve tal clamor, conclui-se que esses críticos insurgem-se não contra o instituto da condução coercitiva em si, mas sim pela condução coercitiva de um ex-presidente da República.
4. Assim, apesar de todo respeito que o senhor Luiz Inácio Lula da Silva merece, esse respeito é-lhe devido na exata medida do respeito que se deve a qualquer outro cidadão brasileiro, pois hoje não é ele titular de nenhuma prerrogativa que o torne imune a ser investigado na Operação Lava Jato.
5. No que tange à suposta crítica doutrinária, o instituto da condução coercitiva baseia-se na lei processual penal (cf. Código de Processo Penal, arts. 218, 201, 260 e 278, respectivamente e especialmente o poder geral de cautela do magistrado) e sua prática tem sido endossada pelos tribunais pátrios.
6. Nesse sentido, a própria Suprema Corte brasileira já reconheceu a regularidade da condução coercitiva em investigações policiais (HC 107644) e tem entendido que é obrigatório o comparecimento de testemunhas e investigados perante Comissões Parlamentares de Inquérito, uma vez garantido o seu direito ao silêncio (HC 96.981).
7. Trata-se de medida cautelar muito menos gravosa que a prisão temporária e visa atender diversas finalidades úteis para a investigação, como garantir a segurança do investigado e da sociedade, evitar a dissipação de provas ou o tumulto na sua colheita, além de propiciar uma oportunidade segura para um possível depoimento, dentre outras.
8. Superadas essas questões, há que se afirmar a necessidade e conveniência da medida.
9. É notório que, desde o início deste ano, houve incremento na polarização política que vive o país, com indicativos de que grupos organizados, com tendências políticas diversas, articulavam manifestações em favor de seu viés ideológico, especialmente se alguma medida jurídica fosse tomada contra o senhor Luiz Inácio Lula da Silva.
10. Esse fato tornou-se evidente durante o episódio da intimação do senhor Luiz Inácio Lula da Silva para ser ouvido pelo Ministério Público de São Paulo em investigação sobre desvios ocorridos na Bancoop.
11. Após ser intimado e ter tentado diversas medidas para protelar esse depoimento, incluindo

um tom político às críticas sobre a inconstitucionalidade da medida, vertendo-se a conotação jurídica dos fatos, reduzindo a apenas manifestações de cunho partidário:

Apenas nesta última fase e em relação a apenas uma das conduções coercitivas determinadas, a do senhor Luiz Inácio Lula da Silva, houve a manifestação de algumas opiniões contrárias à legalidade e constitucionalidade dessa medida, bem como de sua conveniência e oportunidade.

Considerando que em outros 116 mandados de condução coercitiva não houve tal clamor, conclui-se que esses críticos insurgem-se não contra o instituto da condução coercitiva em si, mas sim pela condução coercitiva de um ex-presidente da República.⁵⁶⁸

E conclui a nota de que até aquela fase já tinha havido 117 mandados de condução e que apenas no caso de ex-presidente houve questionamentos, reduzindo a discussão a apenas uma “cortina de fumaça sobre os fatos investigados”:⁵⁶⁹

As medidas foram autorizadas pelo juiz Sergio Moro, que também emitiu nota sobre o assunto, no mesmo dia, afirmando que elas “não significam antecipação de culpa”⁵⁷⁰ que visavam apenas o esclarecimento da verdade.

inclusive um *habeas corpus* perante o TJSP, o senhor Luiz Inácio Lula da Silva manifestou sua recusa em comparecer.

12. Nesse mesmo HC, o senhor Luiz Inácio Lula da Silva informa que o agendamento da oitava do ex-presidente poderia gerar um "grande risco de manifestações e confrontos".

13. Assim, para a segurança pública, para a segurança das próprias equipes de agentes públicos e, especialmente, para a segurança do próprio senhor Luiz Inácio Lula da Silva, além da necessidade de serem realizadas as oitavas simultaneamente, a fim de evitar a coordenação de versões, é que foi determinada sua condução coercitiva.

14. Nesse sentir, apesar de lamentarmos os incidentes ocorridos, poucos, felizmente, mas que, por si só, confirmam a necessidade da cautela, há que se consignar o sucesso da 24ª fase, não só pela quantidade de documentos apreendidos, mas também por, em menos de cinco horas, realizar com a segurança possível todos os seus objetivos.

15. Por fim, tal discussão nada mais é que uma cortina de fumaça sobre os fatos investigados.

16. É preciso, isto sim, que sejam investigados os fatos indicativos de enriquecimento do senhor Luiz Inácio Lula da Silva, por despesas pessoais e vantagens patrimoniais de grande vulto pagas pelas mesmas empreiteiras que foram beneficiadas com o esquema de formação de cartel e corrupção na Petrobras, durante os governos presididos por ele e por seu partido, conforme provas exaustivamente indicadas na representação do Ministério Público Federal.

17. O Ministério Público Federal reafirma seu compromisso com a democracia e com a República, princípios orientadores de sua atuação institucional. BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota de esclarecimento da força-tarefa Lava Jato do MPF em Curitiba**. Curitiba, PR, 5 mar. 2016.

Disponível em <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/nota-de-esclarecimento-da-forca-tarefa-lava-jato-do-mpf-em-curitiba>. Acesso em: 20 jun. 2020.

⁵⁶⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota de esclarecimento da força-tarefa Lava Jato do MPF em Curitiba**. Curitiba, PR, 5 mar. 2016. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/nota-de-esclarecimento-da-forca-tarefa-lava-jato-do-mpf-em-curitiba>. Acesso em: 20 jun. 2020.

⁵⁶⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota de esclarecimento da força-tarefa Lava Jato do MPF em Curitiba**. Curitiba, PR, 5 mar. 2016. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/nota-de-esclarecimento-da-forca-tarefa-lava-jato-do-mpf-em-curitiba>. Acesso em: 20 jun. 2020.

⁵⁷⁰ Nota emitida pelo juiz federal Sergio Moro em 5 de março de 2016: “*A pedido do Ministério Público*

No pedido do Ministério Público Federal para as conduções coercitivas e as buscas e apreensão, justificou que a medida seria necessária, pois em depoimentos anteriores de sua oitiva, teriam ocorrido tumultos provocados por militantes políticos, e tal medida evitaria riscos aos agentes policiais que realizaram a condução. Além disso, ressaltou que em hipótese alguma poderia ser filmado ou, tanto quanto possível, permitida a filmagem do deslocamento do ex-Presidente para a colheita do depoimento.

No entanto, o registro da condução coercitiva teria sido feito por um agente da Polícia Federal, com câmera acoplada ao uniforme. No dia 23 de março de 2016, a defesa do ex-presidente requereu ao titular da 13ª Vara Federal de Curitiba que decretasse sigilo sobre as imagens de sua condução coercitiva. No dia seguinte, o magistrado Sergio Moro negou a solicitação sob o fundamento de que impedir que as imagens da condução coercitiva do ex-presidente Lula sejam usadas pela revista *Veja* e pela produção do filme *Polícia Federal* seria censura: “Observo inicialmente que não cabe a este juízo impor censura a veículos de comunicação ou mesmo à produção de algum filme. Não são eles sequer partes deste processo⁵⁷¹” e afirmou “Lava Jato – A Lei é Para Todos⁵⁷².”

A imagem da condução coercitiva do ex-presidente refletiu culpa e gravidade das acusações apresentadas, foi um instrumento de ataque que promoveu a ideia de que a culpabilidade do acusado era real. Com o desenrolar dos fatos da Operação

Federal, este juiz autorizou a realização de buscas e apreensões e condução coercitiva do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para prestar depoimento. Como consignado na decisão, essas medidas investigatórias visam apenas o esclarecimento da verdade e não significam antecipação de culpa do ex-Presidente. Cuidados foram tomados para preservar, durante a diligência, a imagem do ex-Presidente. Lamenta-se que as diligências tenham levado a pontuais confrontos em manifestações políticas inflamadas, com agressões a inocentes, exatamente o que se pretendia evitar. Repudia este julgador, sem prejuízo da liberdade de expressão e de manifestação política, atos de violência de qualquer natureza, origem e direcionamento, bem como a incitação à prática de violência, ofensas ou ameaças a quem quer que seja, a investigados, a partidos políticos, a instituições constituídas ou a qualquer pessoa. A democracia em uma sociedade livre reclama tolerância em relação a opiniões divergentes, respeito à lei e às instituições constituídas e compreensão em relação ao outro.” BOMFIM, Camila. Moro diz que condução coercitiva de Lula não é ‘antecipação de culpa’: Juiz divulgou nota neste sábado e manifestou repúdio a atos de violência. Lula disse que se sentiu ‘prisioneiro’ ao ter sido levado para depor. *In: G1*. [São Paulo], 5 mar. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/03/moro-diz-que-conducao-coercitiva-nao-e-antecipacao-de-culpa.html>. Acesso em: 19 fev. 2021.

⁵⁷¹ MORO autoriza produtores de filme a usar imagens da condução coercitiva de Lula. **Consultor Jurídico**, 25 mar. 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mar-25/moro-autoriza-filme-usar-imagens-conducao-coercitiva-lula>. Acesso em: 29 ago. 2021.

⁵⁷² MORO autoriza produtores de filme a usar imagens da condução coercitiva de Lula. **Consultor Jurídico**, 25 mar. 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mar-25/moro-autoriza-filme-usar-imagens-conducao-coercitiva-lula>. Acesso em: 29 ago. 2021.

Lava Jato, a sensação era que o Partido dos Trabalhadores e seus representantes eram inimigos permanentes.

Para a construção dessa imagem de inimigo, é necessário que o cidadão presumivelmente inocente, como garante a Magna Carta até o trânsito em julgado, passe a ser considerado culpado. Para tanto, são estabelecidas:

[...] medidas invasivas e das prisões processuais em protocolo de atuação judicial e a transformação das polícias judiciárias (estaduais e federais) em ostensivas, confundindo suas atuações como atos de aniquilamento ao inimigo.⁵⁷³

A violação taxativa da regra estabelecida no artigo 260 do Código Processo Penal não parece subsistir diante dos objetivos políticos da Operação, a imagem do ex-presidente Lula sendo conduzido coercitivamente, sem ter sido intimado previamente para o comparecimento espontâneo, para que então pudesse comparecer ou se negar a fazê-lo é claramente ignorada por argumentos estranhos ao direito:

Art. 260 - Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.
Parágrafo único: O mandado conterà, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no artigo 352, no que lhes for aplicável.

No requerimento da medida pleiteada pelo Ministério Público, os fundamentos apresentados não eram jurídicos, mas baseado em suposições, revelando um agir estratégico através da suspensão do direito posto, pois “em depoimentos anteriormente designados para sua oitiva, teria havido tumulto provocado por militantes políticos [...] e que no confronto pessoas ficaram feridas”⁵⁷⁴, cuja solução seria o fator surpresa, que supostamente reduziria as chances de ocorrência de eventos semelhantes. No despacho, o juiz Sergio Moro concorda com os argumentos:

Colhendo o depoimento mediante condução coercitiva, são menores as probabilidades de que algo semelhante ocorra, já que essas

⁵⁷³ CITTADINO, Gisele; MOREIRA, Luiz. Aliança Política entre Mídia e o Judiciário. (ou quando a perseguição torna-se implacável) In: MARTINS, Cristian Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael. **O Caso Lula**. São Paulo: Astrea, 2017. p.90

⁵⁷⁴ BRASIL. Justiça Federal. **Petição nº 5007401-06.2016.4.04.7000/PR**. Requerente: Ministério Público Federal. Requeridos: Marisa Leticia, Lula da Silva, Luiz Inácio Lula da Silva. Despacho/Decisão: Sergio Fernando Moro. Curitiba, 29 fev. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pf-violou-lei-penal-ordem-moro-conduzir.pdf>. Acesso em 21 jan. 2021.

manifestações não aparentam ser totalmente espontâneas. Com a medida, sem embargo do direito de manifestação política, previnem-se incidentes que podem envolver lesão a inocentes. Por outro lado, cumpre esclarecer que a tomada do depoimento, mesmo sob condução coercitiva, não envolve qualquer juízo de antecipação de responsabilidade criminal, nem tem por objetivo cercear direitos do ex-Presidente ou colocá-lo em situação vexatória.⁵⁷⁵

É evidente, a partir da leitura do artigo 260 do Código Processo Penal, que o acusado deveria ter sido intimado para o interrogatório e, somente em caso de não comparecimento, estaria autorizada a condução coercitiva. Neste sentido, a condução coercitiva prevista legalmente foi utilizada para um fim estratégico. Como observa Streck:

A racionalidade jurídica vem sendo substituída por racionalidades instrumentais, constituída de opiniões e juízos morais. Isso atinge, diretamente, o campo da interpretação das normas e, portanto, a própria significação do Direito, cuja autonomia torna-se cada vez menor diante de seus predadores tradicionais: a política, a economia, a moral e a religião. Quando o Direito vale menos do que um juízo desse quilate, a democracia fragiliza.⁵⁷⁶

Observa Streck que no nascedouro do “processo Lula” está o rompimento do sistema jurídico brasileiro, maculando-o na origem⁵⁷⁷. A flagrante ilegalidade está prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, em que é vedada qualquer detenção ou encarceramento arbitrários, garantindo-se àquele que sofre detenção o direito de conhecer as acusações que pesam sobre ele.⁵⁷⁸ Portanto, mesmo que não se admita que a figura da condução coercitiva seja assemelhada à prisão, haveria

⁵⁷⁵ BRASIL. Justiça Federal. **Petição nº 5007401-06.2016.4.04.7000/PR**. Requerente: Ministério Público Federal. Requeridos: Marisa Leticia, Lula da Silva, Luiz Inácio Lula da Silva. Despacho/Decisão: Sergio Fernando Moro. Curitiba, 29 fev. 2016. Disponível: <https://www.conjur.com.br/dl/pf-violou-lei-penal-ordem-moro-conduzir.pdf>. Acesso em 21 jan. 2021.

⁵⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum: apropriação moral e política do Direito degrada o Estado de Direito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-26/senso-incomum-apropriacao-moral-politica-direito-degrada-estado-direito>. Acesso em: 03 fev. 2020.

⁵⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. Do apelo ao senso comum aos poderes de fato: o novo direito 3.0 que legitima o arbítrio ou “quando a episteme vira doxa”. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (org.). **Comentários a um acórdão: o processo Lula no TRF4**. 1. ed., São Paulo: Outras Expressões, 2018. p. 115-127. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20180813053425/comentarios.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2021.

⁵⁷⁸ Art. 7º, n. 4. San José, 1969. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos**: assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre direito Humano, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Washington: CIDH, c2020. Assinada em 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 03 fev. 2019.

incompatibilidade do instituto da condução coercitiva com o regime jurídico dos direitos humanos vigente no Brasil.

Os recursos interpostos visando à anulação desse procedimento resultaram-se infrutíferos, a demonstrar que existia uma instância instauradora de um estado de exceção judiciário, no interior do qual o soberano, neste caso o juiz, decide a própria exceção. Nos termos da referida Convenção, é vedada qualquer detenção ou encarceramento arbitrários:⁵⁷⁹

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

Assim, o princípio da legalidade que deveria ser uma forma de legitimação as decisões judiciais, notadamente no caso da condução coercitiva prevista no artigo 260 do Código Processo Penal, limitando o Poder Judiciário e garantindo a neutralidade, é simplesmente ignorado, uma verdadeira suspensão do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a decisão judicial que concedeu a medida de condução coercitiva, violando os requisitos previstos na lei, foi a forma utilizada pelo magistrado para legitimar a decisão, dando uma aparência de legalidade e impessoalidade. Inobstante, pautado em um argumento sem qualquer fundamento jurídico, prevenir que envolvam lesão a inocentes, suspendeu-se a lei.

A ausência de argumentos jurídicos para o deferimento da medida revela a facilidade como as regras jurídicas são violadas, ignorando-se os requisitos previstos no artigo 260 do Código Processo Penal. De acordo com o dispositivo, a condução coercitiva é subsidiária, somente permitida em caso de descumprimento da intimação para o interrogatório, entretanto, sob o argumento de prevenção de danos a inocentes, suspende-se o regramento legal. É o que Streck define como apropriação moral e

⁵⁷⁹ Art. 7º, n. 3. San José, 1969. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos**: assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre direito Humano, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Washington: CIDH, c2020. Assinada em 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 03 fev. 2019.

política do Direito em que “a racionalidade jurídica vem sendo substituída por “racionalidades instrumentais, constituídas de opiniões e juízos morais”⁵⁸⁰.

Para o ministro Gilmar Mendes, no voto do HC 164493, analisando a justificativa apresentada na decisão do magistrado que submeteu o ex-presidente ao constrangimento de uma condução sob vara, conclui que era para expô-lo publicamente: “A leitura da decisão assinada pelo ex-juiz a um só tempo revela que o procedimento ali adotado era *sui generis* e que a sua escolha se dava pela exposição pública do ex-presidente Lula.”⁵⁸¹

Rodrigues destaca que as medidas de condução coercitiva não tinham apenas como finalidade a execração pública dos investigados, mas sobretudo causar-lhes constrangimento durante a oitiva, que sem ter conhecimento prévio das evidências, estariam vulneráveis aos questionamentos:

O uso recorrente da condução coercitiva para prestar depoimento, sem prévia intimação, tem por trás, aparentemente, a estratégia de constranger os investigados a prestar esclarecimentos, sem ter conhecimento anterior das evidências que estão em poder dos investigadores, o que é coerente com a estratégia de gestão atemporal das investigações e do rito legal das ações penais. [...] A racionalidade dessa estratégia é fazer prevalecer a versão acusatória na ação criminal, pois espera-se que as contradições entre os depoimentos prestados na polícia e em juízo enfraqueçam a versão da defesa, em especial num cenário em que os Juízes caminham para um alinhamento com os objetivos buscados pelo Ministério Público Federal.⁵⁸²

Tal utilização do sistema jurídico, especialmente no processo penal, flexibilizando garantias, subvertendo e rompendo com o sistema de garantias processuais, principalmente com os princípios da equidade e da imparcialidade do juiz, utilizando o direito como arma política para derrotar governos ou substituir regimes políticos, como se autointitulou uma força-tarefa anticorrupção no Brasil, é

⁵⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. Apropriação moral e política do Direito degrada o Estado de Direito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 dez. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-dez-26/senso-incomum-apropriacao-moral-politica-direito-degrada-estado-direito>. Acesso em 03 fev. 2020.

⁵⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. - Íntegra do Voto Vista. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. p. 42. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/integra-voto-gilmar-mendes-suspeicao.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁵⁸² RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato**: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. p. 234

um exemplo que pode ser chamado de *political justice*⁵⁸³, expressão usada pelo jurista alemão Kirchheimer para falar do uso de procedimentos judiciais para fins políticos: “falamos de justiça política quando procedimentos judiciais são utilizados para a consecução de fins políticos”, com a finalidade de “eliminar os adversários políticos”.⁵⁸⁴

Otto Kirchheimer, na fase mais aguda de sua crítica, atacou a mediação pelo direito, ao que ele denominou de mero “mecanismo jurídico”. O mecanismo jurídico esconderia a decisão real de poder que efetivamente está sendo tomada. No início de seu texto *Legalidade e Legitimidade*⁹⁹, Kirchheimer trata da específica legitimação do poder por meio da legalidade, formulação de inspiração declaradamente weberiana, a partir de seus três tipos ideais de dominação, mais especificamente a partir da dominação legal-racional. Afirma que quando se exerce poder em nome da lei, age-se, aparentemente, sem poder de decisão. Age-se porque outro instrumento, a lei, estabeleceu os limites. Ele chama a atenção para o mecanismo de legitimação que faz desaparecer os momentos de decisão efetivamente política, como estratégia para afastar qualquer participação externa nessa tomada de decisão:

O Estado vive do direito, mas este não é mais nada além de um mecanismo jurídico, sendo que todo aquele que acredita ter obtido o controle sobre os assuntos do Estado acaba, ao invés disso, tendo na mão uma maquinaria jurídica que somente lhe é necessária como o são as seis alavancas que um maquinista tem de manobrar para fazer andar um trem.⁵⁸⁵

Para Agamben, a suspensão da ordem jurídica que se tem vivido na atualidade na sociedade deve-se a um permanente estado de exceção.⁵⁸⁶ Ao diferenciar o estado de exceção real como sendo militar e ocorrendo num tempo anormal e transitório, Agamben diz que o estado de exceção se tornou paradigmático em razão de sua transformação fictícia, via decisão política e soberana, e sua permanência no tempo

⁵⁸³ KIRCHHEIMER, Otto. **Justicia política**: empleo del procedimiento legal para fines políticos. México: UTEHA, 1998.

⁵⁸⁴ KIRCHHEIMER, Otto. Politische Justiz. In: KIRCHHEIMER, Otto. **Politik und Verfassung**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1964. p. 96 - 98.

⁵⁸⁵ KIRCHHEIMER, Otto. Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus (1928). In: Wolfgang Luthardt (org.). **Otto Kirchheimer Von der Weimarer Republik zum Faschismus**: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976, p. 36-37. No original alemão: “Der Staat lebt von Recht, aber es ist kein Recht mehr, es ist ein Rechtmechanismus, und jeder, der die Führung der Staatsgeschäfte zu erlangen glaubt, bekommt statt dessen eine Rechtsmaschine in die Hand, die ihn in Anspruch nimmt wie einen Maschinisten seine sechs Hebel, die er zu bedienen hat.”

⁵⁸⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 131

de normalidade. Para o autor, o estado de exceção é descritivo de um conjunto de fenômenos jurídicos que, enquanto jogo da diferença, é o nome dado a experiências limites de, ao mesmo tempo, referência (inclusão) e suspensão (exclusão). Assim, entre o mundo jurídico da norma e o mundo real da aplicação, existe um espaço de jogo da diferença onde acontece a experiência da exceção.⁵⁸⁷

Naquela ocasião das conduções coercitivas na Lava Jato, os tribunais ainda se manifestavam pela legalidade da medida, não se admitindo que tal medida se assemelhasse à prisão, ante a privação momentânea da liberdade, embora evidente que houvesse incompatibilidade do instituto com o regime jurídico dos direitos humanos vigente no Brasil.

Isso atinge, diretamente, o campo da interpretação das normas e, portanto, a própria significação do direito, cuja autonomia torna-se cada vez menor diante de seus predadores tradicionais: a política, a economia, a moral (e a religião). Quando o Direito é vencido por juízos morais, a democracia se fragiliza. E tudo isso se agrava, quando são as instituições de garantia que praticam esse agir estratégico de violação das regras que deveriam preservar. Sobre o referido episódio reverbera Streck:

Assim, de grão em grão vamos retrocedendo no Estado Democrático de Direito. Sempre em nome da moral pública, do clamor social, etc. [...] Para prender, basta dizer a palavra mágica: clamor social e garantia da ordem pública. Não são mais conceitos jurídicos, e sim enunciados performativos.⁵⁸⁸

Sob um argumento solipsista, que é criado a partir daquilo que no momento possa parecer mais convincente, mas sempre utilizando-se da máxima *necessitas legem non habet*, neste caso, a vida do ex-presidente e da multidão que acompanhava o espetáculo, suspendeu-se mais uma vez a lei. Sobre este fato observa Streck: “Os raciocínios finalísticos são assim: primeiro, busca-se a solução que mais agrada; depois, arruma-se um modo de justificá-la. Ao gosto da opinião pessoal.”⁵⁸⁹

⁵⁸⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁵⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. Abuso e inconstitucionalidade/ilegalidade das conduções coercitivas. **Consultor Jurídico**, 2 mar. 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mar-02/senso-incomum-busoinconstitucionalidadeilegalidade-conducoes-coercitivas>. Acesso em: 02 fev. 2019.

⁵⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. Apropriação moral e política do Direito degrada o Estado de Direito. **Consultor Jurídico**, 26 dez. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-dez-26/senso-incomum-apropriacao-moral-politica-direito-degrada-estado-direito>. Acesso em: 02 fev. 2019.

As decisões em comento revelam que a interpretação está à deriva de qualquer controle, com livre convicção para decidir, fortalecendo aquilo que, na filosofia, chama-se de esquema sujeito-objeto.

O direito não pode servir para atender a juízos de ocasião, consequencialismos, soluções movidas por desejos de “melhorar” as coisas pensando apenas num dado momento, sem atentar para o Direito como um todo íntegro e coerente, atropelando a institucionalidade e os compromissos jurídicos inegociáveis.⁵⁹⁰

Neste sentido, para Streck, os processos de Lula estão eivados em seu nascedouro, pois há um rompimento com o sistema jurídico brasileiro em relação aos pactos internacionais, “[...] maculando-o já na origem”⁵⁹¹.

3.3.3.1 Da inconstitucionalidade da condução coercitiva

Dois anos depois, em 14 de junho de 2018, a condução coercitiva foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADPF 395 e 444⁵⁹², propostas pelo Partido dos Trabalhadores e outra, pelo Conselho Federal da OAB, nas quais se questionava a constitucionalidade da condução coercitiva para interrogatório.

As Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental com Pedido de Medida Cautelar buscavam o reconhecimento da não recepção pela Constituição Federal de 1988 do artigo 260, do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/1941).

A ADPF 395, proposta pelo Partido dos Trabalhadores, impugnava a condução coercitiva para interrogatório na investigação e também na instrução criminal, razão

⁵⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. STF alerta sobre o uso estratégico do Direito por juízes e promotores. **Consultor Jurídico**, 20 set. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-20/senso-incomum-stf-alerta-uso-estrategico-direito-juizes-promotores>. Acesso em 02 fev. 2019.

⁵⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. Do apelo ao senso comum aos poderes de fato: o novo direito 3.0 que legitima o arbítrio ou “quando a episteme vira doxa”. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele Ricobom; DORNELLES, João Ricardo (org.). **Comentários a um acórdão anunciado**: o processo Lula no TRF4. 1ª ed. São Paulo: Outras expressões, 2018. p. 115-127. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20180813053425/comentarios.pdf>. Acesso em 21 fev. 2020.

⁵⁹² A ADPF 395 impugnava a condução coercitiva para interrogatório na investigação e também na instrução criminal, razão por que seu pedido consistia na declaração da inconstitucionalidade da medida determinada como cautelar autônoma para a inquirição de suspeitos, indiciados ou acusados. A **ADPF 444**, por sua vez, questionava a constitucionalidade apenas da condução coercitiva para interrogatório em fase de investigação policial. Havia também pedido subsidiário para que se declarasse inconstitucional a interpretação extensiva para a aplicação da condução coercitiva em situações que extrapolassem os estritos termos do art. 260 do CPP.

por que seu pedido consistia na declaração da inconstitucionalidade da medida determinada como cautelar autônoma para a inquirição de suspeitos, indiciados ou acusados. Fundamentando-se na violação ao direito à não autoincriminação, a arguição de descumprimento de preceito fundamental sustentava que o direito à não autoincriminação é direito fundamental, decorrente da dignidade da pessoa humana. Afirmava ainda que o art. 260 do CPP, que dá à autoridade o poder de mandar conduzir o acusado à sua presença para ser interrogado, não foi recepcionado pela Constituição Federal, por ser incompatível com o direito de não se autoincriminar. E, por último, que a condução coercitiva do investigado para ser interrogado, como medida cautelar, tampouco é compatível com o mesmo preceito constitucional.

E no que concerne à ADPF 444, questionava-se a constitucionalidade apenas da condução coercitiva para interrogatório em fase de investigação policial. Havia também um pedido subsidiário para que se declarasse inconstitucional a interpretação extensiva para a aplicação da condução coercitiva em situações que extrapolassem os estritos termos do art. 260 do CPP.

Ambas revelavam que o artigo 260 do Código Processo Penal estava em descompasso com os preceitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988, notadamente os princípios da imparcialidade (art. 5º, §2º, CF c/c art. 8, I, do Pacto de San José da Costa Rica); do direito ao silêncio (art. 5º, inc. LXIII); do princípio do *nemo tenetur se detegere*; do princípio do sistema penal acusatório (art. 156, caput, do CPP); do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da CF); da paridade de armas; da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, inc. LV, da CF).

Em 7 de junho de 2018, por 6 votos a 5,⁵⁹³ os Ministros do STF entenderam que a medida violava o princípio da dignidade humana e as garantias constitucionais do direito à não incriminação, direito à liberdade de locomoção, presunção de não culpabilidade e o direito ao tempo necessário da preparação da defesa: “a restrição temporária da liberdade e a condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes, sendo o investigado claramente tratado como culpado”.⁵⁹⁴

⁵⁹³ Votaram contra as conduções os ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, e a presidente, Cármen Lúcia, se manifestou a favor.

⁵⁹⁴ 1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade. 2. Agravo Regimental contra decisão liminar. Apresentação da decisão, de imediato, para referendo pelo Tribunal. Cognição completa

O relator, o Ministro Gilmar Mendes, observou que a espetacularização das investigações tem resultado em narrativas acusatórias, explorando a autopromoção em detrimento da imagem dos investigados.

A espetacularização da investigação culmina na construção de narrativas acusatórias, trazidas ao público mediante entrevistas coletivas dadas por policiais e membros do Ministério Público, no dia da deflagração da operação. Proferidas em momento em que os agentes públicos deveriam estar empenhados em colher e compreender as provas obtidas com a deflagração, as entrevistas são baseadas em

da causa com a inclusão em pauta. Agravo prejudicado. 3. Cabimento da ADPF. Objeto: ato normativo pré-constitucional e conjunto de decisões judiciais. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99): ausência de instrumento de controle objetivo de constitucionalidade apto a tutelar a situação. Alegação de falta de documento indispensável à propositura da ação, tendo em vista que a petição inicial não se fez acompanhar de cópia do dispositivo impugnado do Código de Processo Penal. Art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.882/99. Precedentes desta Corte no sentido de dispensar a prova do direito, quando “transcrito literalmente o texto legal impugnado” e não houver dúvida relevante quanto ao seu teor ou vigência – ADI 1.991, Rel. Min. Eros Grau, julgada em 3.11.2004. A lei da ADPF deve ser lida em conjunto com o art. 376do CPC, que confere ao alegante o ônus de provar o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, se o juiz determinar. Contrário sensu, se impugnada lei federal, a prova do direito é desnecessária. Preliminar rejeitada. Ação conhecida. 4. Presunção de não culpabilidade. A condução coercitiva representa restrição temporária da liberdade de locomoção mediante condução sob custódia por forças policiais, em vias públicas, não sendo tratamento normalmente aplicado a pessoas inocentes. Violação. 5. Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). O indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais. Tornar o ser humano mero objeto no Estado, conseqüentemente, contraria a dignidade humana (NETO, João Costa. Dignidade Humana: São Paulo, Saraiva, 2014. p. 84). Na condução coercitiva, resta evidente que o investigado é conduzido para demonstrar sua submissão à força, o que desrespeita a dignidade da pessoa humana. 6. Liberdade de locomoção. A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por período breve. 7. Potencial violação ao direito à não autoincriminação, na modalidade direito ao silêncio. Direito consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade. Art. 5º, LXIII, combinado com os arts. 1º, III; 5º, LIV, LV e LVII. O direito ao silêncio e o direito a ser advertido quanto ao seu exercício são previstos na legislação e aplicáveis à ação penal e ao interrogatório policial, tanto ao indivíduo preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186do CPP. O conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e pelo direito à respectiva advertência. Também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado. 8. Potencial violação à presunção de não culpabilidade. Aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas – art. 5º, LVII. A restrição temporária da liberdade e a condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes. O investigado é claramente tratado como culpado. 9. A legislação prevê o direito de ausência do investigado ou acusado ao interrogatório. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva. 10. Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão para o interrogatório, constante do art. 260. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 444** – Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOOAB. Relator: Min. Gilmar Mendes, 14 jun. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900186>. Acesso em: 15 fev. 2020.

opiniões dos policiais e dos membros do Ministério Público, os quais fazem questão de afirmar a culpa de pessoas que sequer foram ouvidas.⁵⁹⁵

Observou ainda que embora a sociedade tenha direito à informação, isso não pode significar uma narrativa eivada de juízos morais e antecipatórios da condenação, sob pena de violar o princípio da presunção de inocência⁵⁹⁶, devendo as autoridades públicas fazê-lo com a discricção e a circunspeccção necessárias, alcançando inclusive o Ministério Público. Entende inclusive que os agentes públicos não devem em suas entrevistas “encorajar o público a crer que o acusado é culpado”.⁵⁹⁷

Concluiu o relator que “a condução coercitiva está inserida nesse contexto de violação a direitos fundamentais, por meio da exposição de pessoas que gozam da presunção de inocência como se culpados fossem”.⁵⁹⁸ E, em seguida, analisou os direitos e garantias fundamentais violados pela condução coercitiva: Princípio de Não Culpabilidade, que proíbe tratar pessoas não condenadas como culpadas; a partir do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o relator observou que na condução coercitiva o réu é submetido à submissão e à força, violando a sua dignidade; Direito à Liberdade de Locomoção, em que a condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção; Direito à não autoincriminação, pois o réu tem direito ao silêncio e, nesse sentido, submeter o investigado a interrogatório forçado constitui uma violação ao direito à não autoincriminação; Direito à imparcialidade, à paridade de armas e à ampla defesa, seria uma atuação que desequilibra acusação e defesa, decorrência da ampla defesa e do contraditório art. 5º, LV, CF, impedindo o exercício do direito efetivo de defesa pelo imputado. Por último, analisou o direito de ausência ao interrogatório a partir do

⁵⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 444** – Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOOAB. Relator: Min. Gilmar Mendes, 14 jun. 2018. p.17. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900186>. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁵⁹⁶ Assegurada pelo artigo 6º, §2º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos**: assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre direito Humano, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Washington: CIDH, c2020. Assinada em 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em 03 fev. 2019.

⁵⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 444** – Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOOAB. Relator: Min. Gilmar Mendes, 14 jun. 2018. p.17. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900186>. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁵⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 444** – Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOOAB. Relator: Min. Gilmar Mendes, 14 jun. 2018. p.19. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900186>. Acesso em: 15 fev. 2020.

instituto condução coercitiva. Observou que a condução coercitiva no inquérito tem uma finalidade de acelerar as investigações, no entanto, poderia perfeitamente ser substituída por medidas menos gravosas, concluindo que o direito de ausência afasta a possibilidade de condução coercitiva.⁵⁹⁹

O Plenário declarou que o artigo 260 do Código Processo Penal não foi recepcionado pela Constituição por violar o direito do cidadão de não produzir provas contra si mesmo, o denominado princípio à não autoincriminação. No julgamento, Dias Toffoli afirmou que nenhum juiz tem poder para atingir a liberdade de ir e vir:

É chegado, sim, o momento desta Suprema Corte, na tutela de liberdade de locomoção, impedir interpretações criativas, que atentem contra o direito fundamental de ir e vir e a garantia do contraditório, ampla defesa e não autoincriminação⁶⁰⁰.

O ministro Marco Aurélio reforçou no sentido que, embora a sociedade de um modo geral busque um país mais justo e sem corrupção, “[...] não podemos partir para o justicamento, de não ter-se mais segurança jurídica, colocando a sociedade em sobressaltos⁶⁰¹”. Sobre a inconstitucionalidade, o Ministro Celso de Mello ressaltou que a condução coercitiva do ponto de vista constitucional é inadmissível, considerando-se os princípios constitucionais do Estado de Inocência e o princípio da não autoincriminação: “Há necessidade de se dar proteção efetiva ao devido processo legal, no sentido de que o processo penal é meio de contenção e delimitação dos poderes dos órgãos incumbidos da persecução penal”.⁶⁰²

Enfatizou ainda o Ministro Celso Mello os limites ao Direito de Punir do Estado garantidos pelo ordenamento jurídico:

⁵⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 444** – Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOOAB. Relator: Min. Gilmar Mendes, 14 jun. 2018. p. 19-30. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900186>. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁶⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 444** – Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOOAB. Relator: Min. Gilmar Mendes, 14 jun. 2018. p. 09. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900186>. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁶⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 444** – Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOOAB. Relator: Min. Gilmar Mendes, 14 jun. 2018. p. 12. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900186>. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁶⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 444** – Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOOAB. Relator: Min. Gilmar Mendes, 14 jun. 2018. p. 12. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900186>. Acesso em: 15 fev. 2020.

Com efeito, o exame da declaração constitucional de direitos permite reconhecer que aquele que se acha sob persecução penal (em juízo ou fora dele) possui direitos e titulariza garantias plenamente oponíveis ao Estado e aos seus agentes, nesse ponto residindo a própria razão de ser do sistema de liberdades públicas que se destina, em sua vocação protetiva, a amparar o cidadão contra eventuais excessos, abusos ou arbitrariedades emanados do aparelho estatal⁶⁰³.

Embora explícita a ilegalidade durante a condução do processo do ex-presidente, no dia 12 de julho de 2017, Lula foi condenado no caso do triplex do Guarujá por corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Em uma sentença de 238 páginas, o então juiz Sergio Moro condenou o ex-presidente a 9 anos e meio de pena privativa de liberdade. A referida condenação foi confirmada, em 24 de janeiro de 2018, pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, formada pelos desembargadores João Pedro Gebran Neto, Leandro Paulsen e Victor Laus, que aumentaram a pena do ex-presidente para 12 anos e 1 mês de prisão em regime fechado.

3.4 DA OPERAÇÃO SPOOFING

As revelações sobre os bastidores da Lava Jato ficaram popularmente conhecidas como “Vaza Jato” e causaram uma grande repercussão nos meios jurídico, político e midiático, já que reacenderam o debate sobre a credibilidade e a imparcialidade da Lava Jato. Apesar de questionamentos quanto a confiabilidade das informações e de tratar-se de uma prova ilícita, no dia 9 de fevereiro, a Segunda Turma confirmou decisão do Ministro Ricardo Lewandowski que autorizava o acesso da defesa do ex-presidente aos diálogos obtidos a partir do acesso a contas do aplicativo Telegram.

Na oportunidade, o eminente Relator Ricardo Lewandowski destacou que “não estamos discutindo a validade das provas obtidas na operação spoofing. Isso é matéria que será discutida eventualmente em outra ação, se e quando a defesa fizer uso delas. Aqui estamos discutindo o acesso aos elementos de prova que há três anos vem sendo denegado à defesa do reclamante”⁶⁰⁴

⁶⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 444** – Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOOAB. Relator: Min. Gilmar Mendes, 14 jun. 2018. p. 12. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900186>. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁶⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Reclamação nº. 43.007 Distrito Federal**.

Os diálogos apreendidos na Operação Spoofing que, nos últimos doze meses, foram objeto de intensa veiculação pela mídia destacavam conversas entre os Procuradores da República e o ex-juiz federal Sergio Moro, evidenciando a relação próxima entre eles.

O periódico The Intercept Brasil publicou, em junho de 2019, uma série de reportagens que expuseram conversas e discussões internas das autoridades no âmbito da Operação Lava Jato, por meio do aplicativo Telegram. As mensagens se referem a diálogos com conteúdo altamente controverso sobre os processos judiciais da Operação, demonstrando articulação de atores no âmbito das investigações, principalmente entre o juiz Sergio Moro e o Procurador Federal Deltan Delagnol.

Anteriormente a este fato, a Polícia Federal havia instaurado procedimento para apurar as invasões aos aparelhos de telefone do Ministro da Justiça Sergio Moro, deflagrando a “Operação Spoofing⁶⁰⁵”.

Em 20 de janeiro de 2020, foi oferecida denúncia pelo Procurador da República Wellington Divino de Oliveira, em desfavor de Wálter Delgatti Neto, Thiago Eliezer Martins Santos, Luiz Henrique Molição, Gustavo Henrique Elias Santos, Danilo Cristiano Marques, Glenn Edward Greenwald e Suélen Priscila de Oliveira, participantes da organização criminosa que hackearam os aparelhos telefônicos das autoridades.

De acordo com a denúncia, Wálter Delgatti Netto e Thiago Eliezer Martins Santos atuavam como mentores e líderes do grupo; Danilo Cristiano Marques era o “testa de ferro” de Wálter, proporcionando meios materiais para que o líder executasse os crimes; Gustavo Henrique Elias Santos era o programador e desenvolveu técnicas que permitiram a invasão do Telegram; Suélen Oliveira, esposa de Gustavo, agia como laranja e “recrutava” nomes para participar dos ilícitos; e, por fim, Luiz Molição, que invadia terminais informáticos, aconselhava Wálter sobre condutas que deveriam ser adotadas e foi porta-voz do grupo nas conversas com Glenn Greenwald, conforme organograma elencado na denúncia.

Reclamante Luiz Inacio Lula da Silva. Reclamado Juiz Federal da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de Curitiba. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 18 dez. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349450056&ext=.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁶⁰⁵ O nome da operação, “Spoofing”, derivou do ataque conhecido na comunidade de hacking como “Caller ID Spoofing” (falsificação de identificador de chamadas, em tradução livre). O termo “spoof” deriva do inglês e significa enganar.

Na ocasião, o então Ministro Sergio Moro “recebera três ligações no seu aparelho celular em que a identificação da chamada apresentava o mesmo número da linha que estava recebendo a ligação, sendo que a primeira foi atendida e as duas posteriores foram ignoradas⁶⁰⁶”.

Quando noticiada a invasão do aparelho celular do Ministro da Justiça, outras autoridades públicas denunciaram fatos semelhantes sendo, então, juntadas informações quanto às invasões perpetradas contra aparelhos celulares (*smartphones*) do Desembargador Federal Abel Gomes (TRF 2ª Região) e do Juiz Federal Flávio Lucas (18ª Vara Federal do Rio de Janeiro); do Chefe da Delegacia da Polícia Federal de Campinas, DPF Edson Geraldo de Souza, e do Chefe do Núcleo de Inteligência daquela unidade, DPF Flávio Vieitez Reis; Delegado de Polícia Federal Rafael Fernandes, Deputada Federal Joice Hasselmann; Ministro de Estado da Economia Paulo Guedes, Conselheiros do Conselho Nacional do Ministério Público Marcelo Weitzel e Sílvio Roberto de Oliveira de Amorim Júnior, sendo que os esforços investigativos acabaram unificados em um único inquérito policial. Conforme descrito na denúncia do Ministério Público Federal:

[...] em resumo, os denunciados utilizavam um sistema de telefonia IP para explorar uma brecha existente no sistema de telefonia móvel do país em conjunto com o sistema de ativação e recuperação de conta do aplicativo “TELEGRAM⁶⁰⁷”.

Em 9 de junho de 2019, o sítio eletrônico The Intercept Brasil iniciou uma série de publicações sobre os diálogos que supostamente revelavam uma atuação coordenada entre juiz e Ministério Público no processo do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

De acordo com a parte 03 da série de vazamentos intitulada “As mensagens secretas da Lava Jato”, o procurador da Lava Jato, Deltan Dallagnol, teria confessado para o Juiz Sergio Moro que utilizaria provas “indiretas” na denúncia do ex-presidente. O procurador tinha medo de que a utilização de um mecanismo probatório indireto pudesse atrair críticas e a acusação de simples ausência de provas. A resposta do

⁶⁰⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. **Inquérito Policial -JF-DF-1015706-59.2019.4.01.3400-INQ.** Denúncia. Brasília, DF, 20 jan. 2020. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/denuncia-spoofing.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020. p. 04 e 05.

⁶⁰⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. **Inquérito Policial -JF-DF-1015706-59.2019.4.01.3400-INQ.** Denúncia. Brasília, DF, 20 jan. 2020. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/denuncia-spoofing.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020. p. 04 e 05.

magistrado para esta consideração foi: “Definitivamente, as críticas à exposição de vcs são desproporcionais. Siga firme”.⁶⁰⁸

De acordo com o site The Intercept, no diálogo ocorrido no dia 19 de maio de 2017, o ex-juiz Sergio Moro pede ao procurador Deltan Dallagnol que junte uma manifestação nos autos, uma vez que precisa disso para dar prosseguimento ao processo:

Moro – 14:45:46 – Preciso de manifestação do MPF quanto a testemunhas no 501560857 com certa urgência
Deltan – 15:06:33 – Vai hoje nossa manifestação⁶⁰⁹

Mesmo diante da ilegalidade da obtenção da prova, semelhantemente a interceptação telefônica ilegal entre o ex-presidente e a Presidente Dilma e, ainda, diante da impossibilidade de comprovação da autenticidade dos diálogos, os diálogos foram amplamente explorados pela defesa do ex-presidente, supostamente revelando um juiz parcial e acusatório, que emitia juízo prévio sobre o recebimento da denúncia, além de ter se manifestado acerca da suficiência das provas contra um réu, conduta incompatível com o sistema acusatório, que pressupõe a equidistância do magistrado em relação às partes.

De acordo com o The Intercept Brasil em oportunidades distintas, o ex-magistrado teria agido em conjunto com o Ministério Público Federal. Nesse contexto, as conversas divulgadas nas partes 04 e 05 da série, quando Sergio Moro indicou uma testemunha, que claramente iria fortalecer um caso penal contra um réu que iria julgar.

No dia 7 de dezembro de 2015, supostamente, o juiz Moro enviou a seguinte mensagem ao procurador Deltan Dallagnol:

Moro – 17:42:56 – Então. Seguinte. Fonte me informou que a pessoa do contato estaria incomodada por ter sido a ela solicitada a lavratura de minutas de escrituras para transferências de propriedade de um dos filhos do ex-Presidente. Aparentemente a pessoa estaria disposta a prestar a informação. Estou então repassando. A fonte é séria.⁶¹⁰

⁶⁰⁸ THE INTERCEPT BRASIL. **Até agora tenho receio**. Parte 3. 09 jun. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/dallagnol-duvidas-triplex-lula-telegram-petrobras/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

⁶⁰⁹ THE INTERCEPT BRASIL. **Exclusivo**: chats privados revelam colaboração proibida de Sérgio Moro com Deltan Dallagnol na Lava Jato. Parte 4. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

⁶¹⁰ THE INTERCEPT BRASIL. **Leia os diálogos de Sérgio Moro e Deltan Dallagnol que**

Ainda de acordo com a publicação, no dia 10 de maio de 2017, dias após o ex-presidente ter declarado em um comício que iria se candidatar à presidência às eleições de 2018, na parte 06 da série divulgada, o juiz Sergio Moro teria auxiliado o Ministério Público Federal a definir a sua estratégia de atuação midiática, fazendo, inclusive, a utilização de linguagem depreciativa em relação a réus da Operação. De acordo com The Intercept Brasil, Moro sugeriu a Santos Lima, membro da força-tarefa da Lava Jato no MPF, a publicação de uma nota explorando contradições do depoimento de Lula:

Moro – 22:12 – Talvez vcs devessem amanhã editar uma nota esclarecendo as contradições do depoimento com o resto das provas ou com o depoimento anterior dele

Moro – 22:13 – Por que a Defesa já fez o showzinho dela⁶¹¹.

Um diálogo extremamente relevante no que se refere à qualidade das provas para o oferecimento da denúncia em desfavor do ex-presidente, publicado pelo Intercept Brasil, ocorre entre os procuradores da operação. No dia 9 de setembro de 2016, dias do oferecimento da denúncia, o Procurador Deltan Dallagnol enviou uma mensagem a um grupo denominado de Incendiários ROJ, formado pelos procuradores que trabalhavam no caso:

Falarão que estamos acusando com base em notícia de jornal e indícios frágeis... então é um item que é bom que esteja bem amarrado. Fora esse item, até agora tenho receio da ligação entre Petrobras e o enriquecimento, e depois que me falaram to com receio da história do apto... São pontos em que temos que ter as respostas ajustadas e na ponta da língua.⁶¹²

O procurador, naquele dia, não obteve resposta no grupo quanto à dúvida se o apartamento triplex poderia ser apontado como propina para Lula nos casos de

embasaram a reportagem do Intercept. Parte 5. Disponível em:

<https://theintercept.com/2019/06/12/chat-sergio-moro-deltan-dallagnol-lavajato/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

⁶¹¹ THE INTERCEPT BRASIL. **Leia os diálogos de Sérgio Moro e Deltan Dallagnol que**

embasaram a reportagem do Intercept. Parte 6. Disponível em:

<https://theintercept.com/2019/06/14/sergio-moro-enquanto-julgava-lula-sugeriu-a-lava-jato-emitir-uma-nota-oficial-contra-a-defesa-eles-acataram-e-pautaram-a-imprensa/>. Acesso em: 23 dez. 2020.

⁶¹² THE INTERCEPT BRASIL. **Até agora tenho receio.** Parte 3. 09 jun. 2019. Disponível em:

<https://theintercept.com/2019/06/09/dallagnol-duvidas-triplex-lula-telegram-petrobras/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

corrupção na Petrobras, conexão entre os fatos necessária para manutenção da competência da 13ª Vara Federal para julgar as condutas criminosas supostamente praticadas pelo ex-presidente. A preocupação de Deltan Dallagnol se justifica devido a uma disputa por competência que havia ocorrido no início daquele ano (2016), entre o Ministério Público do Estado de São Paulo e a força-tarefa de Curitiba.

Ainda de acordo com o site Intercept Brasil, horas antes do oferecimento da denúncia, Deltan Dellagnol se mostrou inseguro quanto ao conteúdo probatório que deveria constatar que Lula havia recebido de presente um apartamento triplex na praia do Guarujá após favorecer a empreiteira OAS em contratos com a Petrobras.

Na véspera da denúncia, o procurador voltou a conversar no grupo denominado “Filhos do Januário”: “A opinião pública é decisiva e é um caso construído com prova indireta e palavra de colaboradores contra um ícone que passou incólume pelo mensalão.”⁶¹³

Admitindo a fragilidade da prova no caso do triplex, denominando-a como prova “indireta”, revelou preocupação com a falta de provas:

Ainda, como a prova é indireta, “juristas” como Lenio Streck e Reinaldo Azevedo falam que faltam provas. Creio que isso vai passar só quando eventualmente a página for virada para a próxima fase, com o eventual recebimento da denúncia, em que talvez não caiba, se entender pertinente no contexto da decisão, abordar esses pontos.⁶¹⁴

A partir das conversas publicadas, a imprensa realizou o cruzamento dos diálogos com as notícias e os atos processuais, tendenciando para a veracidade do conteúdo a partir da verossimilhança com os atos processuais.

Em uma análise realizada pelo BuzzFeed News⁶¹⁵, que fez um comparativo das mensagens com alguns casos, concluiu que os documentos coincidem com as orientações de Sergio Moro aos membros da Lava Jato, no aplicativo Telegram.⁶¹⁶

⁶¹³ THE INTERCEPT BRASIL. **Até agora tenho receio**. Parte 3. 09 jun. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/dallagnol-duvidas-triplex-lula-telegram-petrobras/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

⁶¹⁴ THE INTERCEPT BRASIL. **Até agora tenho receio**. Parte 3. 09 jun. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/dallagnol-duvidas-triplex-lula-telegram-petrobras/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

⁶¹⁵ BuzzFeed News é um site de notícias americano publicado pela BuzzFeed. Publicou uma série de furos de grande visibilidade, incluindo o dossiê Steele.

⁶¹⁶ BUZZFEED NEWS. **Documentos mostram que atos da Lava Jato coincidiram com orientações de Moro no Telegram**. 13 jun. 2019. Disponível em: <https://www.buzzfeed.com/br/gracilianorochoa/moro-deltan-telegram>. Acesso em: 02 set. 2020.

Indagados sobre a veracidade dos diálogos, Deltan Dallagnol e Sergio Moro, quando se manifestaram sobre o assunto, não negaram o teor das conversas, mas tentaram justificá-las. Em 16 de junho de 2019, em uma audiência da Comissão de Constituição e Justiça, Moro utilizou diversas vezes a expressão “hackers criminosos”. Da mesma forma, o procurador da força tarefa, Deltan Dallagnol, ratificou a existência destes diálogos. Quando em entrevista à BBC Brasil, afirmou: “A gente foi hackeado, eles têm mensagens verdadeiras. Eu não posso atestar que tudo lá seja verdade, mas existe⁶¹⁷”.

Sobre a série de matérias do The Intercept Brasil, oriundas da obtenção ilegal de conversas do magistrado e de outros integrantes da Força-Tarefa da Operação Lava Jato do Ministério Público Federal, Ribeiro⁶¹⁸ sintetizou o que se conclui a partir dos diálogos:

- a) Revelação de que o magistrado possuía contato direto e extra-autos com a acusação, sugerindo inclusive a oitiva de testemunhas⁶¹⁹;
- b) Sugestão de Moro para inverter a ordem de uma das operações planejadas;⁶²⁰
- c) Desbono de Moro da conduta de um membro do Ministério Público durante as audiências de inquirição, sugerindo um treinamento do membro oficiante da acusação;⁶²¹

⁶¹⁷ NOTÍCIAS UOL. **De “notícia falsa” a defesa de atos:** Lava Jato mudou reação a vazamentos. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/11/06/forca-tarefa-lava-jato-respostas-mensagens-vazadas-mudanca.htm?cmpid=copiaecola/>. Acesso em: 17 jul. 2020.

⁶¹⁸ RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. Delineamentos sobre a aferição da quebra da imparcialidade do juiz a partir do exame de comportamentos do magistrado responsável pela Operação Lava Jato. p-35-47. *In*: STRECK, Lenio Luiz; CARVALHO, Marco Aurélio de. (org.). **O livro das suspeições**. Ribeirão Preto: Grupo Prerrogativas, 2020. p. 40.

⁶¹⁹ ‘Descuido meu’, diz Moro sobre diálogo com Deltan: ex-juiz afirma que ‘apenas passou’ por aplicativo informação sobre testemunha no caso do ex-presidente Lula. Veja, São Paulo, 14 jun. 2019. REDAÇÃO. ‘Descuido meu’, diz Moro sobre diálogo com Deltan: ex-juiz afirma que ‘apenas passou’ por aplicativo informação sobre testemunha no caso do ex-presidente Lula. Veja. Disponível em: Disponível em: [https:// veja.abril.com.br/politica/moro-diz-que-cometeu-descuido-ao-indicar-testemunha-no-caso-lula/](https://veja.abril.com.br/politica/moro-diz-que-cometeu-descuido-ao-indicar-testemunha-no-caso-lula/). Acesso em: 10 jun. 2020.

⁶²⁰ Segundo a reportagem do The Intercept Brasil, “em 21 de fevereiro de 2016, Moro se intrometeu no planejamento do MP de forma explícita. “Olá, Diante dos últimos desdobramentos talvez fosse o caso de inverter a ordem das duas planejadas”, afirmou Moro, numa provável menção às fases seguintes da Lava Jato. Dallagnol disse que haveria problemas logísticos para acatar a sugestão. No dia seguinte, ocorreu a 23ª fase da Lava Jato, a Operação Acarajé. Dias depois, Moro cometeu um deslize de linguagem que revela como a acusação e o juiz, que deveria avaliar e julgar o trabalho do MP, viraram uma coisa só. “O que acha dessas notas malucas do diretório nacional do PT? Deveríamos rebater oficialmente? Ou pela Ajufe?”, escreveu o juiz em 27 de fevereiro, usando a primeira pessoa do plural, dando a entender que as reações do juiz e do MP deveriam ser coordenadas”. GREENWALD, Gleen; SANTI, Alexandre de; MARTINS, Rafael Moro. **‘Não é muito tempo sem operação?’** – exclusivo: chats privados revelam colaboração proibida de Sérgio Moro com Deltan Dallagnol na Lava Jato, The Intercept Brasil, 9 jun. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>. Acesso em: 9 ago. 2021.

⁶²¹ Segundo mensagens interceptadas, o magistrado teria tido o seguinte diálogo com o membro da acusação: “Moro – 12:32:39. – Prezado, a colega Laura Tessler de vcs é excelente profissional,

- d) Elaboração de aditamento à denúncia oferecida para a imputação de acusações que nela não constavam⁶²²;
- e) Estratégia de comunicação de atos jurisdicionais conduzidos no processo⁶²³;
- f) Levantamento de sigilo sobre conteúdos de interceptação telefônica de acusados, em desacordo com as práticas adotadas pelo juízo⁶²⁴

Posteriormente, com o levantamento de sigilo dos autos em que se determinou que a defesa do ex-presidente Lula tivesse acesso às mensagens hackeadas e que são objeto da Operação Spoofing, foi divulgado um conteúdo de 50 páginas de novos diálogos anexados na Reclamação 43007, analisadas por perito contratado pela defesa.

A conclusão da investigação foi a de que as condutas identificadas no contexto dos diálogos examinados podem ser enquadradas como tipos ilícitos. Particularmente, foi identificado que as práticas reveladas não se encaixam no sistema acusatório, aproximando-se, em verdade, do sistema inquisitivo, em afronta à Constituição da

mas para inquirição em audiência, ela não vai muito bem. Desculpe dizer isso, mas com discrição, tente dar uns conselhos a ela, para o próprio bem dela. Um treinamento faria bem. Favor manter reservada essa mensagem. Dallagnol – 12:42:34. – Ok, mantere sim, obrigado!...”. AZEVEDO, Reinaldo. Inédito: O que disse Moro a senadores e o que fez Dallagnol com procuradora. **Uol**, São Paulo, 20 jul. 2021. Disponível em: <https://reinaldoazevedo.blogosfera.uol.com.br/2019/06/20/inedito-o-que-disse-moro-a-senadores-e-o-que-fez-dallagnol-com-procuradora/?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 9 jul. 2021.

⁶²² GHIROTTTO, Edoardo; GREENWALD, Gleen; MOLICA, Fernando; RESENDE, Leandro; PADUAN, Roberta. Novos diálogos revelam que Moro orientava ilegalmente ações da Lava Jato: mensagens inéditas analisadas pela parceria entre VEJA e o site The Intercept Brasil mostram que ele cometeu, sim, irregularidades enquanto atuava como juiz. **Veja**, São Paulo, 12 jul. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/dialogos-veja-capa-intercept-moro-dallagnol/>. Acesso em: 22 jul. 2021.

⁶²³ Segundo reportagem, o magistrado teria recomendado à acusação que se manifestasse publicamente sobre o interrogatório de um dos réus do processo de sua competência. Revelou-se o conteúdo das seguintes mensagens: “Moro – 22:12 – Talvez vcs deversem amanhã editar uma nota esclarecendo as contradições do depoimento com o resto das provas ou com o depoimento anterior dele. Moro – 22:13 – Por que a Defesa já fez o showzinho dela. Santos Lima – 22:13 – Podemos fazer. Vou conversar com o pessoal. Santos Lima – 22:16 – Não estarei aqui amanhã. Mas o mais importante foi frustrar a ideia de que ele conseguiria transformar tudo em uma perseguição sua”. AUDI, Amanda; DEMORI, Leandro; GREENWALD, Gleen; MARTINS, Rafael Moro. ‘A defesa já fez o showzinho dela’: Sérgio Moro, enquanto julgava Lula, sugeriu à Lava Jato emitir uma nota oficial contra a defesa. Eles acataram e pautaram a imprensa. **The Intercept Brasil**, São Paulo, 14 jun. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/14/sergio-moro-enquanto-julgava-lula-sugeriu-a-lava-jato-emitir-uma-nota-oficial-contra-a-defesa-eles-acataram-e-pautaram-a-imprensa/>. Acesso em: 9 jul. 2020.

⁶²⁴ Conforme matéria “Moro consultou procuradores para revelar conteúdo de ligações interceptadas de acusado da Operação Lava Jato”. BÄCHTOLD, Felipe; BALTHAZAR, Ricardo; BIANCHI, Paula; DEMORI, Leandro; LARA, Bruna de. Leia diálogos da Lava Jato sobre escutas telefônicas do ex-presidente Lula: em 2016, Polícia Federal gravou 22 ligações do petista após ordem para interromper escuta. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 8 set. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/09/leia-dialogos-da-lava-jato-sobre-escutas-telefonicas-do-ex-presidente-lula.shtml>. Acesso em: 10 ago 2020.

República e ao Código de Processo Penal brasileiros. Além disso, foi possível concluir que as condutas inferidas podem ser enquadráveis em tipos ilícitos nos campos administrativo e cível.

Por fim, apesar de tais constatações, mesmo se confirmada a total veracidade dos diálogos da “Vaza Jato”, eles não poderiam ser admitidos para fins de responsabilização dos agentes, pois decorreram de hackeamento ilícito de mensagens eletrônicas. Nada impede, todavia, que sejam utilizadas a favor do réu, nos processos judiciais em que tais provas constituam meio de defesa.

Sobre o conteúdo dos diálogos vazados entre o ex-juiz e os Procuradores da Lava Jato, o Ministro Gilmar Mendes em seu voto no HC 164493 / PR, ponderou:

Aqui, há clara aderência do julgador às pretensões da acusação, refletida em ações de aconselhamento, por parte do juiz, para contribuir ao resultado condenatório pretendido ao processo de um modo preconcebido. Ainda que a veracidade das mensagens divulgadas pela mídia não tenha sido cabalmente demonstrada, os atores envolvidos reconheceram a ocorrência de conversas e reuniões entre julgador e acusadores, no sentido de colaboração recíproca⁶²⁵.

Para Streck, a partir da divulgação dos diálogos entre os procuradores da Lava Jato e o ex-juiz Sergio Moro, algumas questões foram consensuadas: que as conversas configuram relações promíscuas e ilegais entre juiz e membros do Ministério Público; que houve violação de princípios éticos e jurídicos acerca do devido processual legal; que a defesa foi enganada pelo juiz e pelo MP; que o juiz visivelmente atuou na acusação, violando o princípio acusatório e, por último, que o conteúdo do diálogo não foi negado.⁶²⁶

⁶²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493** Paraná. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. Voto Vencido do Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-fachin/julgamento-hc-lula.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 36.

⁶²⁶ STRECK, Lenio Luiz. Lavajatogate: Com hackers o X9, o Direito nunca mais será o mesmo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 jun. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jun-11/lenio-hackers-ou-x9-direito-nunca-mesmo>. Acesso em: 24 ago. 2021.

Semelhantemente o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto acerca da suspeição do ex-juiz Sergio Moro, elencou três situações de evidente ilegalidade: 1. Julgador definindo os limites da acusação e selecionando pessoas a serem denunciadas, ou não, pois prejudicaria apoios importantes; 2. Julgador indicando testemunha para a acusação e sugerindo meios ilícitos para inserção da fonte de prova no processo penal, além de incentivar a sua inserção no processo de modo indevido, como se fosse de fonte anônima; 3. Julgador atuando em conjunto com acusadores no sentido de emitir nota contrária à defesa, além de taxar de modo pejorativo as estratégias defensivas. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493** Paraná. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. Voto Vencido do Min. Edson Fachin. Disponível em:

E completa que a exposição das conversas e discussões internas das autoridades no âmbito da Operação Lava Jato pelo período Intercept Brasil apenas comprovam aquilo que ele já havia denunciado:

[...] trazido às claras por um modo não ortodoxo. O que ficou claro é que a Força-Tarefa da Lava Jato, sob o pretexto da luta contra a corrupção, trocou o Direito pela Política. Na espécie, os procuradores ignoraram as lições mais elementares que qualquer aluno de graduação aprende em Introdução ao Direito. Eles, juntamente com o juiz Moro, colocaram-se acima do Estado de Direito⁶²⁷.

Diante da ausência de previsão legal para penalizar as condutas praticadas pelo membros do Ministério Público e o magistrado no ordenamento jurídico brasileiro, Streck observa que se fosse na Alemanha, os protagonistas da Lava Jato estariam sujeitos ao crime de *Rechtsbeugung*⁶²⁸ (prevaricação), previsto no artigo 399 do Código Penal, traduzido livremente pelo jurista: “Direcionar juiz, promotor ou qualquer outro funcionário público ou juiz arbitral para decidir com parcialidade contra qualquer uma das partes. Pena: detenção de 1 a 5 anos e multa.”

As revelações do jornalista Glenn Greenwald do site The Intercept geraram repercussão internacional. Em 12 de agosto de 2019, um grupo de 17 juristas⁶²⁹, incluindo nomes como Luigi Ferrajoli, Bruce Ackerman e Susan Rose-Ackerman, de oito países (França, Espanha, Itália, Portugal, Bélgica, México, EUA e Colômbia)

<https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-fachinjudgamento-hc-lula.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 36. p 66-67.

⁶²⁷ STRECK, Lenio Luiz. O que fazer quando todos sabemos que sabemos que Moro e o MPF foram parciais?. p.15-25. *In*: STRECK, Lenio Luiz; CARVALHO, Marco Aurélio de. (org.). **O livro das suspeições**. Ribeirão Preto: Grupo Prerrogativas, 2020. p. 22.

⁶²⁸ STRECK, Lenio Luiz. Lavajatogate: Com hackers o X9, o Direito nunca mais será o mesmo. **Consultor Jurídico**, 11 jun. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jun-11/lenio-hackers-ou-x9-direito-nunca-mesmo>. Acesso em: 24 ago. 2021. p. 01.

⁶²⁹ Bruce Ackerman, Professor Sterling de Direito e Ciência Política, Universidade de Yale; John Ackerman, Professor de Direito e Ciência Política, Universidade Nacional Autônoma do México; Susan Rose-Ackerman, professora emérita Henry R. Luce de Jurisprudência, Faculdade de Direito da Universidade de Yale; Alfredo Beltrán, ex-presidente do Tribunal Constitucional da Colômbia William Bourdon, advogado inscrito na Ordem dos Advogados de Paris Pablo Cáceres, ex-presidente da Suprema Corte da Colômbia Alberto Costa, Advogado, Ex-Ministro da Justiça de Portugal Herta Daubler-Gmelin, advogada, ex-ministra da Justiça da Alemanha Luigi Ferrajoli, Professor Emérito de Direito, Universidade Trê de Roma; Baltasar Garzón, advogado registrado na Ordem de Madri António Marinho e Pinto, advogado, ex-presidente (presidente) da Ordem dos Advogados Christophe Marchand, advogado registrado na Ordem de Bruxelas Jean-Pierre Mignard, advogado inscrito na Ordem dos Advogados de Paris Eduardo Montealegre, ex-presidente do Tribunal Constitucional da Colômbia Philippe Texier, Ex-Juiz, Conselheiro Honorário da Corte de Cassassan da França, Ex-Presidente do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas Diego Valadés, Ex-Juiz da Suprema Corte de Justiça do México, Ex-Procurador Geral da República Gustavo Zafra, ex-juiz ad hoc da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

assinaram um manifesto em que se pedia ao STF a libertação de Lula e a anulação de processos contra o ex-presidente. Na carta intitulada: “Lula não foi julgado, foi vítima de perseguição política”, denunciavam práticas que eles denominaram como “ilegais” e “imorais” em desfavor do ex-presidente que, portanto, não teve um julgamento justo.

Apresentando vícios presentes no processo de Lula, como a violação às regras fundamentais do devido processo legal, da imparcialidade e ao sistema processual acusatório, fizeram referência ainda a um diálogo do então juiz Sergio Moro, divulgado pelo Intercept Brasil, em que ele próprio confessa que Lula foi condenado por “fatos indeterminados” e concluem: “Sergio Moro não conduziu o processo apenas parcialmente, ele liderou a acusação desde o início. Ele manipulou os mecanismos do prêmio, dirigiu o trabalho do promotor, exigiu a substituição de um promotor com o qual não estava satisfeito e dirigiu a estratégia de comunicação do Ministério Público⁶³⁰” e completaram dizendo que Moro agiu como “chefe da acusação”.

⁶³⁰ “Lula não foi julgado, foi vítima de perseguição política Nós, advogados, juristas, ex-ministros da justiça e ex-membros da Suprema Corte de Justiça de vários países, gostaríamos de chamar à consideração os juízes da Suprema Corte e, mais amplamente, a opinião pública do Brasil pelos graves vícios do processo. As recentes revelações do jornalista Glenn Greenwald e da equipe do site de notícias The Intercept, em parceria com os jornais Folha de São Paulo e El País, a revista Veja e outros meios de comunicação, chocaram todos os profissionais do direito. Ficamos chocados ao ver como as regras fundamentais do devido processo brasileiro foram violadas sem qualquer vergonha. Em um país onde a justiça é a mesma para todos, um juiz não pode ser simultaneamente juiz e parte em processos. Sérgio Moro não conduziu o processo apenas parcialmente, ele liderou a acusação desde o início. Ele manipulou os mecanismos do prêmio, dirigiu o trabalho do promotor, exigiu a substituição de um promotor com o qual não estava satisfeito, e dirigiu a estratégia de comunicação do Ministério Público. Além disso, colocou os advogados de Lula ao telefone e decidiu não cumprir com a decisão de um juiz que ordenou a libertação de Lula, violando assim grosseiramente a lei. Hoje, é claro que Lula não tinha direito a um julgamento justo. Deve-se notar que, segundo o próprio Sergio Moro, ele foi 97 HC 164493 / PR condenado por "fatos indeterminados". Um empresário cujo testemunho deu origem a uma das condenações do ex-presidente admitiu até mesmo que foi forçado a construir uma narrativa que incriminaria Lula sob pressão dos promotores. Na verdade, Lula não foi julgado, foi e é vítima de perseguição política. Devido a estas práticas ilegais e imorais, a justiça brasileira está atualmente passando por uma grave crise de credibilidade dentro da comunidade jurídica internacional. É indispensável que os juízes do Supremo Tribunal Federal exerçam plenamente suas funções e sejam os garantes do respeito à Constituição. Ao mesmo tempo, esperamos que as autoridades brasileiras tomem todas as medidas necessárias para identificar os responsáveis por estes gravíssimos desvios processuais. A luta contra a corrupção é hoje uma questão essencial para todos os cidadãos do mundo, assim como o é a defesa da democracia. Entretanto, no caso de Lula, não só a justiça foi instrumentalizada para fins políticos, mas o Estado de Direito foi claramente desrespeitado para eliminar o ex-presidente da disputa política. Não há Estado de direito sem o devido processo de direito. E não há respeito pelo devido processo quando um juiz não é imparcial, mas age como chefe da acusação. Para que o Judiciário brasileiro possa restaurar sua credibilidade, o Supremo Tribunal Federal tem o dever de liberar Lula e anular estas condenações”. ESTADÃO conteúdo. Indignados, juristas estrangeiros pedem que STF liberte Lula: Carta é intitulada "Lula não foi julgado, foi vítima de uma perseguição política", e cita as revelações de Glenn Greenwald e do site The Intercept. **Exame**, 11 de agosto de 2019, alterado em 12 de agosto de 2019. Disponível: <https://exame.com/brasil/indignados-juristas-estrangeiros->

Além disso, mencionaram o fato do ex-juiz não ter cumprido a decisão do juiz federal Rogério Favreto que determinou a libertação de Lula, no que eles definiram como violação grosseira da lei. Ainda quanto ao conteúdo probatório para a condenação, ressaltaram que o empresário cujo testemunho deu origem a uma das condenações do ex-presidente “admitiu até mesmo que foi forçado a construir uma narrativa que incriminaria Lula sob pressão dos promotores”. E, por fim, diante de todos os fatos eles alertaram que a justiça brasileira está “atualmente passando por uma grave crise de credibilidade dentro da comunidade jurídica internacional”, recomendando que os Ministros do Supremo Tribunal Federal “exercam plenamente suas funções e sejam os garantes do respeito à Constituição” e que esperavam que as autoridades brasileiras identifiquem os “responsáveis por estes gravíssimos desvios processuais”.

Além disso, ponderaram que assim como o combate à corrupção, a democracia também é uma “questão essencial para todos os cidadãos do mundo”. Concluíram no sentido de que todos estes “gravíssimos desvios processuais” foram para impedir que o ex-presidente participasse da disputa política.

3.5 O DESFECHO DA LAVA JATO: DA DECISÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DA 13ª VARA FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CURITIBA E DA DECISÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DA PARCIALIDADE DE MORO

A espetacularização da Lava Jato finalmente chegou ao fim, ao menos para o seu protagonista, o ex-juiz Sergio Moro. Considerado suspeito para julgar os crimes praticados pelo ex-presidente Lula e, ainda, que a 13ª Vara Federal de Curitiba não era competente para processar e julgar os crimes da Operação Lava Jato. Neste tópico, pretende-se apresentar o desfecho deste enredo.

Para tanto, foi dividido em dois subtópicos que se referem à declaração de incompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba em 8 de março de 2021 pelo Supremo Tribunal Federal para julgar os crimes da Lava Jato e, ainda, sobre a suspeição de Sergio Moro para julgar os fatos em relação ao ex-presidente Lula pelo Supremo Tribunal Federal em 23 de março de 2021.

Em ambas as decisões, a hermenêutica de exceção é revelada, no sentido de que o direito foi instrumentalizado para atender fins políticos. As respectivas decisões do Supremo Tribunal Federal no ano de 2021 fizeram emergir o agir estratégico de um juiz que deliberadamente manipulou informações para manter o caso em suas mãos, escolhendo alvos, direcionando pistas e provas, tudo feito sob o discurso de combate à corrupção.

Após uma descrição do julgamento do *habeas corpus* em 8 de março de 2021 declarando incompetente o juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, será apresentado um resumo dos votos dos ministros do Supremo Federal que decretaram a parcialidade de Moro e anularam o processo em relação ao ex-presidente. Para fins de delimitação, foram apresentados dois votos com argumentos contrapostos. Ao final do capítulo, conclui-se que, em ambos os casos, houve manipulação deliberada do processo pelo ex-juiz Sergio Moro para a condenação de Lula.

3.5.2 Da decisão pelo Supremo Tribunal Federal da incompetência do Juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba

Em 8 de março de 2021, o Ministro Luiz Edson Fachin julgou o *habeas corpus* impetrado em 3 de novembro de 2020 em favor de Luiz Inácio Lula da Silva, no qual indicava como ato coator o acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.765.139, no que se referem às alegações de incompetência do Juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba. A defesa solicitava a declaração de incompetência do Juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba e, por consequência, a nulidade dos atos decisórios proferidos na Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000.

O ministro Edson Fachin resolveu pela incompetência para processar e julgar o ex-presidente Lula nos casos do triplex do Guarujá, do sítio de Atibaia, e em duas ações envolvendo o Instituto Lula. Fachin declarou:

Declaro, como corolário e por força do disposto no art. 567 do Código de Processo Penal, a nulidade apenas dos atos decisórios praticados nas respectivas ações penais, inclusive os recebimentos das denúncias, devendo o juízo competente decidir acerca da possibilidade da convalidação dos atos instrutórios.⁶³¹

⁶³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Emb. Decl. no Habeas Corpus nº. 193.726 Paraná.**

De acordo com o Ministro, no que se refere à Ação Penal n. 5063130-17.2018.4.04.7000/PR, o ex-presidente teria recebido do Grupo Odebrecht vantagens indevidas consistentes “em um imóvel para a instalação do Instituto Lula”, à época avaliado em R\$ 12.422.000,00; bem como no “apartamento nº 121 do Residencial Hill House, bloco 1, localizado na Avenida Francisco Prestes Maia, 1.501, São Bernardo do Campo/SP”, avaliado em R\$ 504.000,00. No entanto, concluiu que:

Não há, contudo, o apontamento de qualquer ato praticado pelo paciente no contexto das específicas contratações realizadas pelo Grupo Odebrecht com a Petrobras S/A, o que afasta, por igual, a competência da 13ª Vara Federal de Curitiba ao processo e julgamento das acusações⁶³².

Igualmente no que se refere à denúncia oferecida nos autos da Ação Penal n. 5021365-32.2017.4.04.7000/PR, segundo a qual o ex-presidente teria recebido dos Grupos OAS e Odebrecht vantagens indevidas consubstanciadas em reformas patrocinadas em sítio, localizado no Município de Atibaia/SP, as quais totalizaram R\$ 1.020.500,00 e, ainda, na Ação Penal n. 5044305-83.2020.4.04.7000/PR, em que se atribuiu a prática de crimes de lavagem de capitais, consistentes em 4 (quatro) supostas doações simuladas, realizadas pelo Grupo Odebrecht, em favor do Instituto Lula, cada uma no valor de R\$ 1.000.000,00, totalizando a quantia de R\$ 4.000.000,00.

Observou o Ministro Edson Fachin que a competência da 13ª Vara Federal de Curitiba foi delimitada exclusivamente pelos ilícitos praticados em detrimento da Petrobras e que o único ponto de intersecção entre os fatos narrados na exordial acusatória e a causa atrativa da competência da 13ª Vara Federal de Curitiba é o pertencimento do Grupo OAS ao cartel de empreiteiras que atuava de forma ilícita, dentre outros órgãos públicos, sociedades de economia mista e empresas públicas, em contratações celebradas com a Petrobras S/A.

No entanto, o Ministro constatou que restou comprovado que as condutas atribuídas ao ex-presidente não foram diretamente direcionadas a contratos

Adv.(a/s): Cristiano Zanin Martins e outros. Embte.(s): Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 08 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-incompetencia-curitiba-lula.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 45.

⁶³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Emb. Decl. no Habeas Corpus nº. 193.726 Paraná.**

Adv.(a/s): Cristiano Zanin Martins e outros. Embte.(s): Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 08 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-incompetencia-curitiba-lula.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 44.

específicos celebrados entre o Grupo OAS e a Petrobras, permitindo a conclusão pela não configuração da conexão que autorizaria, no caso concreto, a modificação da competência jurisdicional.

Com base no artigo 192 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal⁶³³, o Ministro Fachin submeteu ao plenário o reexame da matéria⁶³⁴. Embora o regimento permita a decisão monocrática quando a matéria está pacificada, consubstanciado no artigo 22 do referido regimento, autoriza-se o relator a submeter determinada matéria ao Pleno "quando, em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as turmas, convier pronunciamento do Plenário."⁶³⁵

Em 15 de abril de 2021, o Plenário do Supremo Tribunal Federal votou por 8 votos a 3, confirmando a liminar concedida pelo ministro Luiz Edson Fachin, que decidiu pela incompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba para processar e julgar os casos do triplex no Guarujá (SP), do sítio de Atibaia (SP) e de duas ações envolvendo o Instituto Lula.

A partir do entendimento de que não há conexão entre os crimes que o Ministério Público Federal atribuiu ao ex-presidente Lula com a Petrobras, os ministros entenderam, por 8 votos a 3 e que, portanto, não devem ficar no Paraná.

Em decorrência desse posicionamento, as condenações de Lula nos casos do triplex e do sítio foram anuladas, recuperando o ex-presidente todos os direitos políticos. Consequentemente, os casos envolvendo Lula foram enviados à Justiça

⁶³³ Art. 192. Quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, o Relator poderá desde logo denegar ou conceder a ordem, ainda que de ofício, à vista da documentação da petição inicial ou do teor das informações.

⁶³⁴ Trecho da Decisão: "Ante o exposto, com fundamento no art. 192, caput, do RISTF e no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, concedo a ordem de *habeas corpus* para declarar a incompetência da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba para o processo e julgamento das Ações Penais n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (triplex do Guarujá), 5021365-32.2017.4.04.7000/PR (sítio de Atibaia), 5063130-17.2018.4.04.7000/PR (sede do Instituto Lula) e 5044305-83.2020.4.04.7000/PR (doações ao Instituto Lula), determinando a remessa dos respectivos autos à Seção Judiciária do Distrito Federal". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Emb. Decl. no Habeas Corpus nº. 193.726 Paraná**. Adv.(a/s): Cristiano Zanin Martins e outros. Embte.(s): Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 08 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-incompetencia-curitiba-lula.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 45

⁶³⁵ Art. 22. O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida. Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo: a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário; b) quando, em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno**: atualizado até a Emenda Regimental n. 57/2020. Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação. Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021.

Federal do Distrito Federal. Em 21 de agosto, a 2ª Vara Federal de Brasília rejeitou o pedido do procurador da República Frederico de Carvalho Paiva para que fosse reiniciada a ação penal contra Lula no caso do sítio de Atibaia.

De acordo com Rodrigues, “o melhor exemplo de ação estratégica⁶³⁶” durante a Operação Lava Jato foi para a fixação da competência da 13ª Vara Federal de Curitiba ao processo e julgamento das acusações. Como dito anteriormente, nesta pesquisa fez-se a opção de trazer apenas os aspectos mais relevantes e controversos em conexão com o tema, hermenêutica de exceção, portanto, não se pretende analisar as regras de competência criminal e os parâmetros para determinar se compete à Justiça Federal, Estadual e Militar.

Nessa perspectiva, com a finalidade apenas de elucidar o caso, em resumo, a Justiça Federal do Paraná decidiu e os tribunais ratificaram, incluindo o Supremo Tribunal Federal, que os casos envolvendo a Petrobras possuem uma ligação que exige unidade judicial para o julgamento de todos os processos. Todavia, no julgamento ocorrido em 23 de setembro de 2015, o relator Dias Toffoli, em seu voto, após relacionar todos os fatos investigados e identificar os locais de consumação do crime, determinou o envio do caso envolvendo a senadora Gleisi Hoffmann (PT/PR) para a Justiça Federal de São Paulo, concluindo que: “[...] a maior parte dos crimes de lavagem de dinheiro e de falsidade ideológica se consumaram em São Paulo, o que justifica a atração de todos eles para a Seção Judiciária do Estado de São Paulo [...]”⁶³⁷

Em apertada síntese, em seu voto, o Ministro Dias Toffoli explicou que para se definir a competência deve-se seguir uma ordem hierárquica de critérios, portanto, em caso de vários crimes cometidos em diversas localidades, o primeiro critério que deve ser observado é a localidade onde foi praticado o crime mais grave. Se ainda restar dúvida, no caso de pluralidade de crimes de igual gravidade, deve-se observar a localidade onde foi praticado o maior número de crimes. E, se ainda assim, não for suficiente para definir a competência, o juiz competente será o que primeiro realizar algum ato no processo⁶³⁸.

⁶³⁶ RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato**: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. v.1. p. 275.

⁶³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de ordem no inquérito 4.130 Paraná**. Voto do senhor Ministro Dias Toffoli (Relator). 23 set. 2015. p. 40. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/toffoli-desmembra-inquerito-lava-jato.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021.p.40.

⁶³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de ordem no inquérito 4.130 Paraná**. Voto o

Portanto, a definição da competência para processar e julgar os crimes da Operação Lava Jato está relacionada ao crime de lavagem de dinheiro, o mais grave dentre as acusações, e ainda, a identificação da localidade onde houve a consumação do maior número deles. Logo, todos os fatos criminosos apontados nas investigações deveriam ser considerados para a identificação do local onde houve o maior número de crimes.

A partir de uma extensa pesquisa sobre o tema, a juíza Fabiana Alves Rodrigues apreendeu que o magistrado Sergio Moro adotou uma “ação estratégica” para assegurar que a operação fosse mantida em Curitiba, não incluindo: “[...] a relação de todos os fatos criminosos, acompanhados dos respectivos locais de consumação, limitando-se a citar apenas os poucos fatos que faziam referência a alguma cidade do estado do Paraná⁶³⁹.” E completa, denunciando que houve manipulação de informações:

Diversas decisões que reconheceram a competência de Curitiba limitaram-se a mencionar o caso que teria definido essa competência: um crime de lavagem de dinheiro praticado por meio de investimentos feitos em Londrina, crime que, de acordo com a denúncia, teria como antecedente a corrupção praticada pelo ex-deputado José Janene, apurada no Mensalão⁶⁴⁰.

Rodrigues expôs que além de ocultar as outras localidades que “concorreriam” pela competência, o modo como foram divididas as acusações “[...] em várias ações criminais facilitou o uso dessa estratégia de ocultação, pois permitiu que em cada uma das ações fossem completamente ignorados os locais de consumação dos crimes apurados nas demais⁶⁴¹.”

Mas, por que o magistrado ocultaria tais informações preponderantes para definição da competência? O agir estratégico do magistrado e do Ministério Público Federal decorreu da percepção de que, se as decisões contivessem todas as informações necessárias para análise da competência, “[...] os tribunais teriam de

senhor Ministro Dias Toffoli (Relator). 23 set. 2015. p. 40. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/toffoli-desmembra-inquerito-lava-jato.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021.p.40.

⁶³⁹ RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato**: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. v.1. p. 280.

⁶⁴⁰ RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato**: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. v.1. p. 282.

⁶⁴¹ RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato**: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. v.1. p. 282.

reconhecer que a maioria dos crimes, notadamente os de lavagem de dinheiro, tinha sido praticada na cidade de São Paulo, sede de quase todas as grandes empreiteiras investigadas [...].”⁶⁴²

Diante de tais fatos, houve manipulação deliberada das informações para manter o caso em Curitiba pelo ex-juiz Sergio Moro, que em seus despachos omitiu nomes dos acusados e os locais em que certos crimes foram cometidos para manter o processo em suas mãos.

3.6 DA SUSPEIÇÃO

No dia 09 de março de 2021, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, concedeu *Habeas Corpus* (HC 164493) para reconhecer a suspeição do ex-juiz Sergio Moro na condução da ação penal que culminou na condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva por corrupção passiva e lavagem de dinheiro referentes ao triplex em Guarujá.

Neste tópico, optou-se por fazer uma contraposição de ideias entre dois votos, o do Ministro Gilmar Mendes e o voto do Ministro Relator Edson Fachin, descrevendo os principais argumentos apresentados nos votos de ambos os Ministros. O ministro Gilmar Mendes votou favoravelmente ao reconhecimento da suspeição do magistrado, enquanto o relator entendeu não haver fundamentos para a suspeição.

O *habeas corpus* foi impetrado em favor de Luiz Inácio Lula da Silva contra decisão proferida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no HC 398.570/PR, que arguia que o ex-magistrado teria agido imbuído de motivação política e essa parcialidade da atividade jurisdicional seria evidenciada pelos seguintes fatos:

- 1) Deferimento da condução coercitiva do acusado e de familiares em 04 (quatro) de março de 2016, sem que tenha havido prévia intimação para oitiva pela autoridade policial;
- 2) Autorização para a interceptação de ramais telefônicos pertencentes ao acusado, familiares e advogados antes de adotadas outras medidas investigativas;
- 3) Divulgação no dia 16 (dezesesseis) de março de 2016 do conteúdo de áudios captados em decorrência das interceptações telefônicas autorizadas, ressaltando, inclusive, que o momento da divulgação fora estrategicamente determinado para impedir a nomeação do ex-

⁶⁴² RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato**: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. v.1. p. 284.

presidente Lula como Ministro e, ainda, visando impedir a participação nas campanhas eleitorais de 2018;

4) A atuação impeditiva ao cumprimento da ordem de soltura do paciente exarada pelo Desembargador Federal Rogério Favreto, de 08 (oito) de julho de 2018⁶⁴³;

5) Aceitação do convite feito pelo Presidente da República eleito no pleito de 2018 para ocupar o cargo de Ministro da Justiça, a indicar que toda essa atuação pretérita estaria voltada a tal desiderato e, por ainda;

6) A condenação do paciente, reputada injusta pela defesa.⁶⁴⁴

A defesa pugnava pelo reconhecimento da suspeição, com fundamento no artigo 254, inciso I, do CPP, ou, alternativamente, com base no artigo 145, inciso IV, do CPC c/c o artigo 3º do CPP, e, por conseguinte, a decretação da nulidade de todos os atos processuais relativos à Ação Penal 5046512- 94.2016.4.04.7000/PR. Solicitando, ainda, a extensão dos efeitos desta decisão a todas as ações penais propostas em face de Luiz Inácio Lula da Silva que estão ou estiveram sob a condução do ex-juiz federal Sergio Moro.

O relator, o Ministro Edson Fachin, e a Ministra Carmen Lúcia votaram contra a suspeição do ex-magistrado. Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski entenderam pela parcialidade do magistrado. O ministro Nunes Marques proferiu voto-vista acompanhando o relator, e a ministra Carmen Lúcia, que havia votado pelo não conhecimento do HC, reajustou seu voto para, no mérito, acompanhar a divergência e reconhecer a suspeição.

Por 3 a 2 votos, o Supremo Tribunal Federal conheceu do presente *habeas corpus* e, no mérito, concedeu a ordem, a fim de reconhecer a suspeição do então Juiz Federal Sergio Moro na condução da Ação Penal 5046512-94.2016.4.04.7000, que tramitou na 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de Curitiba/PR, decretando, por consequência, a nulidade integral de todos os atos processuais, desde o seu início, sem a possibilidade de qualquer convalidação dos atos instrutórios, “[...] todos irremediavelmente tismados pelo vício insanável da parcialidade⁶⁴⁵”.

⁶⁴³ Em decisão liminar proferida nos autos do HC 5025614-40.2018.4.04.0000.

⁶⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 144.615/PR**. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 25 ago. 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1153649096/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-144615-pr-4000125-1520171000000/inteiro-teor-1153649097>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁶⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Voto. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-lewandowski-votam-considerar1.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 86.

No mesmo julgamento, rejeitou-se por idêntico placar, a proposta de condenação do ex-magistrado ao pagamento das custas processuais, apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes e seguida por Ricardo Lewandowski, vencidos neste ponto.

Sobre a parcialidade do ex-magistrado Sergio Moro, o ministro Ricardo Lewandowski concluiu que Moro assumiu o papel de verdadeiro coordenador dos órgãos de investigação e de acusação, motivados por razões que ele definiu como espúrias:

[...] não há como deixar de concluir que restou escancarada uma indevida confusão entre as atribuições de julgar e de acusar por parte do então magistrado Sergio Moro. E o pior: confusão essa motivada por razões mais do que espúrias. Sim, porque todos os desdobramentos processuais e extraprocessuais - precedentes, concomitantes e posteriores ao término do processo movido contra o paciente - levam ao inexorável desenlace no sentido de que o ex-juiz extrapolou, a mais não poder, os limites da função jurisdicional da qual estava investido - neutra e imparcial por definição - ao assumir o papel de verdadeiro coordenador dos órgãos de investigação e de acusação, em paralelo às funções de julgador.⁶⁴⁶

A maioria acompanhou o voto divergente do ministro Gilmar Mendes para determinar a anulação de todas as decisões de Moro no caso do triplex do Guarujá, incluindo os atos praticados na fase pré-processual, por entender que ele demonstrou parcialidade na condução do processo na 13ª Vara Federal de Curitiba.

O ministro Edson Fachin inicia seu voto observando que a defesa opôs 4 exceções de suspeição, 3 delas relacionadas a inquéritos policiais em que o ex-presidente figurou como investigado⁶⁴⁷ e foram rejeitadas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em julgamentos realizados em 26 de outubro de 2016 e em 8 de março de 2017, rememorando os fundamentos declinados pelo TRF4 como pelo Superior Tribunal de Justiça para não conhecer da pretensão formulada pela defesa técnica do paciente na via do habeas corpus, porque já haviam sido examinadas “[...]”

⁶⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. Voto Vencido do Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-fachin/julgamento-hc-lula.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.p.85.

⁶⁴⁷ (Exceções de Suspeição ns. 5032506- 82.2016.404.7000, 5032521-51.2016.4.04.7000 e 5032531-95.2016.4.04.7000) e uma tendo por objeto acontecimentos atinentes à Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000 (Exceção de Suspeição n. 5051592-39.2016.4.04.7000).

não sendo cabida a reabertura da matéria já decidida com base na mera indicação de “fatos novos⁶⁴⁸”.

A partir das pretéritas exceções de suspeição, o ministro colacionou os fatos alegados pela defesa do ex-presidente indicativos da suspeição do magistrado e identificou que os primeiros 4 (quatro) fatos elencados nesta impetração coincidem:

- I - o deferimento da condução coercitiva do paciente e de familiares;
- II - a autorização para a interceptação de ramais telefônicos pertencentes ao paciente, familiares e advogados antes de adotadas outras medidas investigativas;
- III - a divulgação, no dia 16.3.2016, do conteúdo de áudios captados em decorrência das interceptações telefônicas autorizadas; e
- IV- a contextualização histórica em que tais provimentos jurisdicionais foram praticados.

E concluiu no sentido que as decisões já foram alcançadas pela coisa julgada, tratando-se de questões estabilizadas, impedindo, portanto, o conhecimento da impetração no tocante aos fatos mencionados acima⁶⁴⁹. O relator colacionou decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido que o Habeas Corpus não é o instrumento adequado para investigar as questões fáticas suscitadas a respeito de eventual suspeição de magistrado, por pressupor exame aprofundado do acervo probatório, colidindo, inclusive com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o habeas corpus não constitui a via idônea para essa discussão.⁶⁵⁰

⁶⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. Voto Vencido do Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-fachin/julgamento-hc-lula.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 04.

⁶⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. Voto Vencido do Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-fachin/julgamento-hc-lula.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p.09.

⁶⁵⁰ “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL EM AGRAVO REGIMENTAL. VEDAÇÃO. ART. 131, § 2º, DO RISTF. IMPEDIMENTO DE MAGISTRADO. MATÉRIA QUE PRESSUPÕE EXAME APROFUNDADO DE ELEMENTOS FÁTICOS. AUSÊNCIA DE DECISÃO DEFINITIVA DO STJ SOBRE O TEMA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. [...] 2. A decisão do Superior Tribunal de Justiça está de acordo com a jurisprudência desta Corte, fixada no sentido de que, rejeitada a exceção de suspeição pela instância ordinária, não é possível apontar qualquer ilegalidade ou arbitrariedade sanável na via do habeas corpus, por pressupor exame aprofundado de elementos fáticos da causa. 3. Ademais, a alegada suspeição ou impedimento do Magistrado esbarra na inviabilidade de supressão de instância, uma vez que inexistente decisão definitiva no STJ sobre a questão, estando pendente de julgamento recurso especial interposto nos autos da exceção de suspeição. 4. Pedido de sustentação oral indeferido.

Em seguida, o ministro transcreveu os outros três fatos que segundo a defesa eram indicativos da parcialidade do magistrado responsável pela prolação dos atos jurisdicionais questionados na exordial:

I - a condenação do ex-presidente, reputada injusta pela defesa técnica, em sentença proferida no dia 12.7.2017;

II - a atuação impeditiva ao cumprimento da ordem de soltura do paciente exarada pelo Desembargador Federal Rogério Favreto, no dia 8.7.2018, em decisão liminar proferida nos autos do HC 5025614-40.2018.4.04.0000; e

III - a aceitação do convite feito pelo Presidente da República eleito no pleito de 2018 para ocupar o cargo de Ministro da Justiça.

O ministro observou que o objeto da impetração aforada perante o Superior Tribunal de Justiça, proferido em 21.11.2017, da extensa lista de fatos levados ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça como indicativos da parcialidade do referido magistrado para o julgamento de processos envolvendo o ex-presidente, não se encontram quaisquer dos últimos três invocados nesta atual impetração para sustentar o mesmo pedido, concluindo, portanto, que a pretensão está sendo exercida de forma original perante o Supremo Tribunal Federal.

Observou ainda o relator que os três “fatos novos” mencionados ocorreram em momento posterior à protocolização do anterior writ perante o Superior Tribunal de Justiça, ocorrida em 9.5.2017, evidenciando que não foram submetidos ao conhecimento do magistrado excepto, tampouco ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, configurando a supressão de 3 (três) graus de jurisdição, violando o procedimento previsto no art. 100 do Código de Processo Penal.

Reforçou o ministro que o ordenamento jurídico prevê procedimento próprio ao tratamento da arguição de suspeição do magistrado, estabelecendo o contraditório no qual este poderá reconhecer a sua parcialidade diante das circunstâncias fáticas expostas, ou ofertar resposta aos fatos alegados para subsidiar a decisão a ser proferida pela autoridade competente, nos termos dos arts. 97 a 100 do Código de

Agravo regimental improvido” (HC 127.461 AgR, Rel.: Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 16.2.2016 -Agravo regimental a que se nega provimento” (HC 146.286 AgR, Rel.: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 16.10.2017 e (RHC 131.544, Rel.: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 21.6.2016. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná.** - Íntegra do Voto Vista. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/integra-voto-gilmar-mendes-suspeicao.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 09.

Processo Penal, que preceituam: “Art. 97. O juiz que espontaneamente afirmar suspeição deverá fazê-lo por escrito, declarando o motivo legal, e remeterá imediatamente o processo ao seu substituto”. E concluiu:

Esse procedimento, como sabido, revela-se de imprescindível observância, na medida em que as causas de suspeição, diversamente das hipóteses de impedimento, dizem respeito à incapacidade subjetiva do magistrado ao exercício da jurisdição em determinado caso, demonstrando-se absolutamente necessário o contraditório para que se afira, a partir das razões externadas pelo excepto, a eventual pertinência dos fatos indicativos da parcialidade suscitada.

No tocante ao episódio relacionado à condução coercitiva do ex-presidente, o relator considerou inviável afirmar que o deferimento da medida, no contexto de investigação conduzida pela autoridade policial, por si só, fosse indicativo de qualquer parcialidade do referido magistrado. Destacou o relator que a determinação da condução coercitiva do ex-presidente foi anterior à declaração pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal de não recepção pela ordem constitucional, se referindo às Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental ns. 395 e 444, finalizadas em 14 de junho de 2018⁶⁵¹.

Igualmente, no que se refere ao fato alegado pela defesa de autorização à interceptação telefônica de ramais vinculados a Lula, notadamente aos pertencentes a seus advogados contratados, entendeu que “[...] foi exarada a partir dos indícios produzidos no decorrer de investigação policial que justificaram a necessidade da medida invasiva, não se verificando teratologia apta a denunciar a parcialidade sugerida nesta impetração, como bem assentou, mais uma vez, a Corte Regional⁶⁵².”

Em relação ao episódio de divulgação dos áudios captados entre Lula e Dilma, a partir das interceptações telefônicas autorizadas pelo aludido Juízo, rememorou o relator que tal fato foi objeto de análise deste Supremo Tribunal Federal nos autos da

⁶⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. - Íntegra do Voto Vista. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/integra-voto-gilmar-mendes-suspeicao.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 20.

⁶⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. - Íntegra do Voto Vista. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/integra-voto-gilmar-mendes-suspeicao.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 20

RCL 23.457/PR, da relatoria do Ministro Teori Zavascki que, “por meio de decisão monocrática proferida em 22 de março de 2016, deu parcial provimento ao pleito formulado pela reclamante, a então Presidente da República Dilma Rousseff, para reconhecer que tal ato decisório foi proferido em usurpação da competência desta Corte...”⁶⁵³

No que se refere à atuação do magistrado no sentido de impedir o cumprimento da ordem de soltura exarada em favor do ex-presidente pelo Desembargador Federal plantonista Rogério Favreto, no dia 7 de julho de 2018, nos autos do HC 5025614-40.2018.4.04.0000, o ministro observou que:

[...] cumpre registrar que o fato se encontra sob apuração da Corregedoria Nacional de Justiça, circunstância que revela a impropriedade do alargamento do debate na presente via processual estreita. Todavia, embora controvertida a competência do magistrado excepto para a prática do ato ora questionado, é certo que a citada ordem de soltura do paciente, determinada por Desembargador Federal plantonista, foi, no mesmo dia em que proferida, revista pelo Relator prevento para a análise do *habeas corpus*, cuja decisão, diante da persistência do embate verificado entre os magistrados, ao final restou confirmada pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, quando provocado pelo Ministério Público Federal a dirimir a celeuma. Sem realizar, portanto, juízo de mérito sobre quaisquer dos atos jurisdicionais praticados no dia 8.7.2018 pelos referidos magistrados, não há como se afirmar que a manutenção da privação da liberdade do paciente tenha ocorrido exclusivamente por força do ato praticado pelo ora excepto, sendo fruto de uma série de divergências sobre competência verificadas entre autoridades judiciais diversas, as quais se encontram sob análise da instância disciplinar com atribuição definida na Constituição Federal.⁶⁵⁴

Deste modo, o relator ponderou que não há como se afirmar que a manutenção da prisão do ex-presidente tenha ocorrido exclusivamente por força do ato praticado pelo então juiz Sergio Moro, haja vista as divergências de competências ocorridas verificadas neste caso.

⁶⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. - Íntegra do Voto Vista. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/integra-voto-gilmar-mendes-suspeicao.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 21.

⁶⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. - Íntegra do Voto Vista. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/integra-voto-gilmar-mendes-suspeicao.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 23.

E, por último, o ministro analisou o fato de o ex-juiz Sergio Fernando Moro ter aceitado o convite do Presidente Jair Bolsonaro para assumir o Ministério da Justiça, citando as declarações públicas feitas pelo ex-magistrado, que retratam o contexto do convite. Observou que em uma coletiva de imprensa, de 6 de novembro de 2018, o Juiz Federal Sergio Moro ressaltou que a aceitação do convite em nada se relacionaria com o caso do ex-Presidente, condenado em 2017, quando não havia expectativa de que o então Deputado Federal fosse eleito Presidente. E completou o ministro que, na referida coletiva, o magistrado revelou que a sondagem para composição do Governo pelo Presidente eleito ocorreu tão somente em 23 de outubro de 2018, por intermédio do Ministro da Economia, Paulo Guedes.

Diferentemente do voto do Ministro Edson Fachin que foi realizado em 26 páginas, o do Ministro Gilmar Mendes foi apresentado em 102 páginas, portanto, a maior amplitude de argumentos do ministro Gilmar Mendes apresentados neste tópico refere-se exclusivamente ao conteúdo do voto que abrangeu diversos aspectos no cenário político, jurídico e midiático nacional e internacional.

O ministro Gilmar Mendes iniciou o voto entendendo pela possibilidade de exame da suspeição de magistrado na via do Habeas Corpus, quando a prova estiver pré-constituída, citando a jurisprudência do Supremo nesse sentido⁶⁵⁵.

No item 3 de seu voto, denominado “A imparcialidade do julgador como pedra de toque do direito processual”, conceituou a imparcialidade, exaltando a sua importância como uma das bases das garantias do devido processo legal e que, embora não prevista expressamente na Constituição Federal, a imparcialidade constitui condição necessária de qualquer juiz, uma garantia constitucional implícita⁶⁵⁶.

E explica:

Ou seja, imparcial é aquele que não é parte, que não adere aos interesses de qualquer dos envolvidos no processo, e só assim se pode falar em processo, seja penal, civil, fiscal, etc. [...]. No âmbito penal, contudo, tal premissa adquire contornos ainda mais relevantes. Por imposição da presunção de inocência, o julgador deve adotar uma

⁶⁵⁵ A temática da suspeição de magistrados também foi conhecida pelo Supremo Tribunal Federal nos seguintes julgados: HC 95.518, RHC-AgR 127.256, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 10.3.2016; RHC 119.892, Segunda Turma, DJe 1º.10.2015; HC 77.622, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 29.10.1999.

⁶⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. - Íntegra do Voto Vista. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/integra-voto-gilmar-mendes-suspeicao.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 04.

posição de desconfiança em relação à acusação. Somente se houver comprovação além de qualquer dúvida razoável é que se autoriza o sancionamento.⁶⁵⁷

Objetivando ressaltar a importância da imparcialidade para o cumprimento dos deveres do cargo do juiz, o ministro apresentou que dentre os Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, elaborados pelo Grupo de Integridade Judicial,⁶⁵⁸ constituído pela ONU, cujos princípios de Bangalore constituem um projeto de Código Judicial em âmbito global está a imparcialidade, que prevê que: “A imparcialidade é essencial para o apropriado cumprimento dos deveres do cargo de juiz. Aplica-se não somente à decisão, mas também ao processo de tomada de decisão”.⁶⁵⁹

Em seguida, citou os diplomas internacionais de direitos humanos que fazem referência à imparcialidade do julgador: Art. 8.1, da Convenção Americana de Direitos Humanos,⁶⁶⁰ Art. 14. 1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁶⁶¹, o Art. 6º. 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos,⁶⁶² a Corte Interamericana de Direitos

⁶⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. - Íntegra do Voto Vista. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/integra-voto-gilmar-mendes-suspeicao.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 05

⁶⁵⁸ Importante destacar que o Grupo de Integridade Judicial foi composto por membros de Cortes Superiores e juízes seniores e teve por objetivo “debater o problema criado pela evidência de que, em vários países, em todos os continentes, muitas pessoas estavam perdendo a confiança em seus sistemas judiciais por serem tidos como corruptos ou imparciais em algumas circunstâncias”. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. Tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf. Acesso em: 20 ago. 2021.

⁶⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. - Íntegra do Voto Vista. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/integra-voto-gilmar-mendes-suspeicao.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 06.

⁶⁶⁰ Art. 8.1. “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

⁶⁶¹ Art. 14.1. “Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil”.

⁶⁶² Art. 6.1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”.

Humanos⁶⁶³ (Caso Duque Vs. Colombia, 2016). Ressaltou ainda que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos possui consolidada jurisprudência sobre imparcialidade judicial, distinguindo as definições em imparcialidade em subjetiva e objetiva:

A imparcialidade é comumente definida pela ausência de preconceito ou ideia preconcebida. Sua existência pode ser apreciada de várias maneiras. O Tribunal distingue entre um aspecto subjetivo, abrangendo o que um determinado juiz considerava em sua visão íntima ou qual era seu interesse em um caso particular, e um aspecto objetivo, que impõe a verificação de garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima sobre a sua imparcialidade. (Piersack v. Bélgica, 1982, e Grieves v. Reino Unido [GC], 2003). Neste campo, mesmo as aparências podem ser importantes (Castillo Algar v. Espanha, 1998, e Morel v. França, 2000).

Completo citando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, que integra ao conceito de juiz natural a imparcialidade, no sentido da concepção de neutralidade e distância em relação às partes.⁶⁶⁴ E enfatizou que a imparcialidade deve ser compreendida dentro do modelo acusatório, que tem como fundamento a efetivação da imparcialidade do juiz:

[...] dentro do espectro de consagração do modelo de persecução acusatório. O modelo acusatório determina, em sua essência, a separação das funções de acusar, julgar e defender, e, assim, tem como escopo fundamental a efetivação da imparcialidade do juiz, visto que esta é claramente violada em um cenário de julgamento inquisitivo. O modelo acusatório é um sistema de garantia da imparcialidade do julgador e de uma decisão justa.⁶⁶⁵

Sobre a consagração do modelo acusatório no Código Processo Penal brasileiro, afirmou parafraseando Cordero que:

Quem investiga forma hipóteses e orienta sua postura a partir de tais preconcepções, podendo incorrer no vício que vem sendo descrito como o “primado das hipóteses sobre os fatos”, um pensamento

⁶⁶³ Define que “o direito de ser julgado por um juiz ou tribunal imparcial é uma garantia fundamental do devido processo”, ou seja, “deve-se garantir que o juiz ou tribunal em exercício de sua função julgadora conte com a maior objetividade para realizar o juízo”.

⁶⁶⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 164.493 Paraná**. Rel. Edson Fachin. Voto: Ministro Gilmar Mendes, p. 08. “Neutralität und Distanz des Richters gegenüber den Verfahrensbeteiligten”) (BVerfGE, 21, 139 (146); Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, cit., p. 277).

⁶⁶⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 164.493 Paraná**. Rel. Edson Fachin. Voto: Ministro Gilmar Mendes, p. 08.

paranoico que se configura no momento em que o juiz busca o lastro probatório que embasará a sua própria decisão⁶⁶⁶.

E completa que o juiz, ao assumir a função de investigar, afasta-se de sua posição legitimamente prevista no processo penal, desequilibrando a paridade de armas na justiça criminal:

Assim, ao assumir a tarefa de investigar e se colocar na condição de agente de segurança pública ou de combate à corrupção, inclusive em termos ideológicos, o juiz foge de sua posição legitimamente demarcada no campo processual penal. Assim, acaba por se unir ao polo acusatório, desequilibrando de modo incontornável a balança da paridade de armas na justiça criminal.⁶⁶⁷

Sobre a conduta do ex-juiz Sergio Moro, que durante a Lava Jato tornou-se um símbolo no combate à corrupção, revelou a incompatibilidade da sua função com esse objetivo de combate, pois o julgador tem um papel distinto daquele definido ao acusador e que embora o combate à corrupção seja legítimo, não pode ser imputado ao juiz. Não competindo ao juiz a função de herói, salvando a nação de todos os males.⁶⁶⁸ E indaga: “Se o juiz investiga e se aproxima da acusação, quem irá decidir de modo imparcial? Se o juiz busca a punição, quem irá controlar e legitimar o poder punitivo?”⁶⁶⁹

No item 4 de seu voto, o Ministro faz uma breve biografia do ex-juiz Sergio Moro que ele denomina como “juiz acusador” definindo esse modelo como “um modelo de atuação judicial oficiosa que invoca para si um projeto de moralização política.”⁶⁷⁰

E declara sobre os acontecimentos da Operação Lava Jato que ficarão marcados na história recente do Poder Judiciário brasileiro pela instrumentalização do

⁶⁶⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 164.493 Paraná**. Rel. Edson Fachin. Voto: Ministro Gilmar Mendes, p. 09. CORDERO, Franco. Procedimiento pena. Temis, 2000. p. 23. v.1.

⁶⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. p. 09.

⁶⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. p. 10.

⁶⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. p. 10.

⁶⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. p. 13.

processo penal, perversão dos valores da justiça e na excessiva valorização de um juiz que se presta a um ideal de violação das garantias constitucionais:

A história recente do Poder Judiciário brasileiro ficará marcada pelo experimento de um projeto populista de poder político, cuja tônica assentava-se na instrumentalização do processo penal, na deturpação dos valores da Justiça e na elevação mítica de um Juiz subserviente a um ideal feroz de violência às garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência e, principalmente, da dignidade da pessoa humana.⁶⁷¹

Designando a Operação Lava Jato como um “projeto de poder” que optou por um modelo de atuação jurisdicional “ativo e persecutório”, “[...] foi personificada em um magistrado excepto mesmo antes do início da mencionada operação”.⁶⁷²

Fazendo referências aos antecedentes do magistrado, Gilmar Mendes entendeu que Sergio Moro já carregava em sua forma de atuação a “exceção”, no sentido de antes mesmo da Lava Jato, “em diversas ocasiões” o Supremo Tribunal Federal teria analisado “[...] alegações de que o mesmo magistrado teria ultrapassado os limites do sistema acusatório”. Citando um julgamento do STF do ano de 2010, ilustrou que os fatos narrados causaram “perplexidade” por dois motivos: “(i) em decisões sucessivas do Magistrado em sentidos contrários a pronunciamentos de instâncias superiores e ainda (ii) na adoção de estratégia de monitoramento que o Magistrado impôs aos advogados do réu.”

Sobre o primeiro ponto, o ministro rememorou que o Juiz Sergio Moro ordenou diversas prisões cautelares mesmo após sucessivas concessões de ordens de Habeas Corpus pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região e transcreveu um trecho de sua decisão de 2013 em que ele se referia à atuação do juiz Sergio Moro como “magistrado excepto”:

Impressionou-me o contexto fático descrito na inicial do presente habeas corpus, pois, objetiva e didaticamente, logrou narrar e destacar excertos das decisões proferidas pelo magistrado excepto, desenhando um quadro deveras incomum.⁶⁷³

⁶⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Rel. Edson Fachin. Voto: Ministro Gilmar Mendes, p. 13.

⁶⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Rel. Edson Fachin. Voto: Ministro Gilmar Mendes, p. 13.

⁶⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Rel. Edson Fachin. Voto: Ministro Gilmar Mendes, p. 13.

Em outro trecho da referida decisão, revelou que a conduta do magistrado, quando as suas decisões foram reformadas pela instância superior, são de resistência e inconformismo, no que ele considerou um verdadeiro “desserviço” e “desrespeito ao Sistema Jurisdicional e ao Estado de Direito, considerando o comportamento do juiz como “inaceitável”, no sentido de se considerar “acima da própria Justiça”:

Já tive a oportunidade de me manifestar acerca de situações em que se vislumbra resistência ou inconformismo do magistrado, quando contrariado por uma decisão de instância superior. Em atuação de inequívoco desserviço e desrespeito ao sistema jurisdicional e ao Estado de Direito, o juiz irroga-se de autoridade ímpar, absolutista, acima da própria Justiça, conduzindo o processo ao seu livre arbítrio, bradando sua independência funcional. É inaceitável, sob qualquer perspectiva, esse tipo de comportamento, felizmente, raro e pontual. Penso que não pode ser diferente o papel desta Corte e de nós juizes, pois é inaceitável, sob qualquer fundamento ou crença, tergiversar com o Estado de Direito, com a liberdade do cidadão e com os postulados processo legal.⁶⁷⁴

Sobre o segundo caso, visando demonstrar o perfil investigativo do magistrado, o Ministro rememorou um fato ocorrido a Operação Banestado (2007), em que um dos investigados havia fugido para o Paraguai e o magistrado adotou segundo ele uma prática que ele considerou “bastante heterodoxa” para localizar o réu, oficiando as companhias aéreas para que essas informassem os voos com origem em Ciudad del Este, no Paraguai, ou Foz do Iguaçu, para Curitiba a fim de que se encontrasse o investigado. Igualmente fez o mesmo com os advogados do investigado.

Ainda sobre essa Operação, citou o trecho do voto divergente do Ministro Celso de Mello que critica a conduta de Sergio Moro, em que o considerou um “magistrado investigador”, anulando todos os atos jurisdicionais por ele praticados:

[...] o interesse pessoal que o magistrado revela em determinado procedimento persecutório, adotando medidas que fogem à ortodoxia dos meios que o ordenamento positivo coloca à disposição do poder público, transformando-se a atividade do magistrado numa atividade de verdadeira investigação penal. É o magistrado investigador⁶⁷⁵.

O ministro Gilmar Mendes criticou ainda os excessos na manutenção de prisões provisórias decretadas pela 13ª Vara Federal de Curitiba durante a Lava Jato,

⁶⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Rel. Edson Fachin. Voto: Ministro Gilmar Mendes, p. 14.

⁶⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Rel. Edson Fachin. Voto: Ministro Gilmar Mendes, p. 16.

diante da sua natureza excepcional.⁶⁷⁶ E afirmou que com a proposta das 10 medidas contra a Corrupção e pela forma como a Operação Lava Jato era conduzida, já se desdobrava para o campo político. E fez referência a sua própria fala em um debate proposto no Senado Federal em 2016, em que assentou:

Tenho impressão de que estamos vivendo um momento singular [...] Depois, esses falsos heróis vão encher os cemitérios, a vida continua. O resumo da ópera é: você não combate crime cometendo crime. Ninguém pode se achar o ó do borogodó. Cada um vai ter seu tamanho no final da história. Um pouco mais de modéstia, calcem as sandálias da humildade.⁶⁷⁷

Observou ainda as recentes decisões da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal⁶⁷⁸, que censuraram a conduta do magistrado ao juntar nos autos os termos de delação do ex-ministro Antônio Palocci, às vésperas do primeiro turno das eleições de 2018 e no âmbito da Operação Banestado, a referida Turma do STF, reconheceu a quebra da imparcialidade do magistrado, por ter investindo na função persecutória ainda na fase pré-processual, violando o sistema acusatório e, ainda, por ter determinado *ex officio*, após a apresentação de alegações finais, a juntada aos autos de documentos posteriormente utilizados para fundamentar a condenação, suprimindo, assim, a insuficiência probatória da acusação prevista no art. 156 do CPP. A Segunda Turma declarou a nulidade absoluta de todos os atos decisórios proferidos pelo Juiz Sergio Moro, sobre este último caso, analisou o Ministro Gilmar Mendes:

[...] ao tomar diretamente depoimentos de colaboradores no momento da assinatura de acordo de colaboração premiada, participou da

⁶⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Rel. Edson Fachin. Voto: Ministro Gilmar Mendes, p.17.

⁶⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Rel. Edson Fachin. Voto: Ministro Gilmar Mendes, p. 18.

⁶⁷⁸ Em 4 de agosto de 2020, no julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus 163.943, a Segunda Turma entendeu que Sérgio Moro abusou do seu poder judicante ao realizar, de ofício, a juntada dos termos de delação do ex-ministro Antônio Palocci às vésperas do primeiro turno das eleições de 2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Ag.Reg. no Habeas Corpus nº. 163.943 Paraná**. Relator: Min. Edson Fachin. Agte.(s) :Luiz Inacio Lula da Silva. Adv.(a/s) :Cristiano Zanin Martins e Outro(a/s). Brasília, DF, 10 ago. 2020. Em 25 de agosto de 2020, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 144.615/PR, a Segunda Turma deste STF reconheceu explicitamente a quebra da imparcialidade do magistrado, destacando que que, ao condenar o doleiro Paulo Roberto Krug ainda no âmbito da chamada Operação Banestado o Juiz Sérgio Moro “se investiu na função persecutória ainda na fase pré-processual, violando o sistema acusatório”.

própria produção da prova na fase investigativa, exercendo, ao menos materialmente, as atribuições próprias dos órgãos de persecução⁶⁷⁹.

E analisando os atos praticados pelo magistrado em sua atividade judicante, concluiu que o magistrado sobrelevou os limites do sistema acusatório para atingir um projeto de poder: a deslegitimação política do PT e do ex-presidente Lula para afastá-lo da disputa eleitoral:

O olhar em retrospecto não esconde que o Juiz Sergio Moro diversas vezes não se conteve em “pular o balcão”. Na ordenação dos atos acusadores, o magistrado gerenciava os efeitos extraprocessuais da exposição midiática dos acusados. A opção por provocar – e não esperar ser provocado – garantia que o Juiz estivesse na dianteira de uma narrativa que culminaria, como será discutido, na consagração de um verdadeiro projeto de poder que passava pela deslegitimação política do Partido dos Trabalhadores e, em especial, do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, a fim de afastá-lo do jogo eleitoral⁶⁸⁰

Após esse breve histórico de “manipulações e violações da lei pelo magistrado” como definiu o Ministro Gilmar Mendes, examinou fatos narrados pela defesa como indicativos da quebra de imparcialidade do juiz apresentados nesta pesquisa no início deste tópico. Dentre os fatos analisados, destaca-se o posicionamento do ministro acerca do levantamento do sigilo e publicização de diálogo ilegal entre a então presidente Dilma e o ex-presidente Lula, de acordo com o ministro há dupla violação, ou seja, no que se refere à competência e à delimitação temporal da interceptação:

Mesmo sabedor de que a competência sobre tais atos não era mais sua, tendo em vista a menção de autoridade com prerrogativa de foro, no caso, a ex-presidente Dilma Rousseff, o ex-juiz, em decisão bastante singular e desconectada de qualquer precedente conhecido, levantou o sigilo dos autos com o intuito – hoje relevado incontestemente – de expor publicamente o ex-presidente Lula, corroborando uma narrativa de incriminação. O caráter questionável da medida é reforçado pelo fato de ela ter exposto diálogos que foram captados em intervalos de tempo posteriores ao autorizado judicialmente, uma vez que as operadoras de telefonia demoraram a cumprir a ordem do ex-juiz Moro e o sistema usado pela PF continuou captando as ligações.

⁶⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. Voto Vencido do Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-fachinjudgamento-hc-lula.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p.19.

⁶⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. Voto Vencido do Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-fachinjudgamento-hc-lula.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 20.

Ou seja, ainda que não acobertadas pelo manto da reserva de jurisdição, seja no aspecto da competência do magistrado para autorizar a medida cautelar, seja no aspecto da delimitação temporal da interceptação, diálogos telefônicos do paciente foram divulgados amplamente.⁶⁸¹

Para o ministro Gilmar Mendes, o ex-magistrado Sergio Moro, por diversas vezes, agiu de forma ofensiva e investigativa, interferiu na produção de provas contra os acusados, direcionou o curso das investigações a partir da manipulação de depoimentos de colaboradores premiados, procedeu a juntada de ofício, sem provocação do Ministério Público, de provas documentais e testemunhais utilizadas para a fundamentação das próprias sentenças

O ministro citou ainda em seu voto, a carta encaminhada ao Supremo Tribunal Federal, em 12 de agosto de 2019, intitulada “Lula não foi julgado, foi vítima de perseguição política”: de um grupo de 17 juristas, advogados, ex-ministros da Justiça e ex-membros de cortes superiores de oito países (França, Espanha, Itália, Portugal, Bélgica, México, EUA e Colômbia) que solicitava ao STF a libertação de Lula e a anulação de processos contra o ex-presidente.

O Ministro Gilmar Mendes foi contundente em suas indagações acerca de valores democráticos e ao princípio da separação dos poderes violados ao permitir que o juiz que afastou o ex-presidente Lula da disputa eleitoral, se tornasse Ministro da Justiça de seu opositor, se referindo ao Presidente Jair Bolsonaro.⁶⁸²

Sobre o discurso de combate à corrupção, instrumentalizado para angariar o apoio popular e de certa forma “legitimar” as arbitrariedades praticadas durante a atuação de Sergio Moro como Juiz Federal da 13ª Vara de Curitiba, ponderou o Ministro que a luta contra a corrupção é tão essencial para todos os cidadãos do mundo como a defesa da democracia, findando por entender que o direito foi utilizado como instrumento para atingir fins políticos:

⁶⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. - Íntegra do Voto Vista. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/integra-voto-gilmar-mendes-suspeicao.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021, p. 71.

⁶⁸² “Qual país democrático aceitaria como Ministro da Justiça o ex-juiz que afastou o principal adversário do presidente eleito da disputa eleitoral? Em qual nação governada sob o manto de uma Constituição isso seria compatível? Em que localidade o princípio da Separação de Poderes admitiria tal enredo?” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. - Íntegra do Voto Vista. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/integra-voto-gilmar-mendes-suspeicao.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021, p. 100 -101.

A luta contra a corrupção é hoje uma questão essencial para todos os cidadãos do mundo, assim como o é a defesa da democracia. Entretanto, no caso de Lula, não só a justiça foi instrumentalizada para fins políticos, mas o Estado de Direito foi claramente desrespeitado para eliminar o ex-presidente da disputa política.⁶⁸³

E concluiu pela violação ao dever de imparcialidade do ex-magistrado Sergio Moro:

O exame conglobante de tudo o que foi até aqui narrado estreita a inevitável compreensão de que houve de fato a violação do dever de imparcialidade do magistrado. Nos termos do art. 101 do CPP, “julgada procedente a suspeição, ficarão nulos os atos do processo principal, pagando o juiz as custas, no caso de erro inescusável; rejeitada, evidenciando-se a malícia do excipiente, a este será imposta a multa de duzentos mil-réis a dois contos de réis.”⁶⁸⁴

A defesa buscava a nulidade da ação penal relativa ao triplex e dos demais processos a que o ex-presidente responde em Curitiba. Entre outros argumentos, os advogados sustentavam que o fato de Moro ter recebido e aceitado o convite do presidente eleito Jair Bolsonaro para assumir o Ministério da Justiça a partir de janeiro de 2019 demonstra a sua parcialidade em relação ao ex-presidente e revela que ele teria agido durante todo o processo com motivação política.

Após o voto dos quatro ministros, o ministro Nunes Marques proferiu voto-vista acompanhando o relator. Em seu voto-vista, o ministro Nunes Marques destacou que as alegações de suspeição contra Moro já foram objetos de análise, inclusive pelo Supremo, em recurso contra decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4). Segundo ele, é por meio da Exceção de Suspeição, em que há produção de provas e possibilidade de contraditório, que se pode alegar, provar e avaliar a suspeição, e não em *habeas corpus*, instrumento que, por sua estrutura enxuta, faz com que o eventual acolhimento da suspeição não observe a garantia do contraditório.

⁶⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná.** - Íntegra do Voto Vista. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/integra-voto-gilmar-mendes-suspeicao.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 98

⁶⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná.** - Íntegra do Voto Vista. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/integra-voto-gilmar-mendes-suspeicao.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 101.

Inicialmente, o ministro Nunes Marques ressaltou que há várias questões fáticas controvertidas, questionando:

- I – Sobre a possibilidade do *habeas corpus* ser conhecido, haja vista a prova pré-constituída das alegações;
- II – Se os documentos juntados pela defesa estão cabalmente demonstrados como indicativos de suspeição do juiz de primeiro grau;
- III – Sobre a admissibilidade do uso da prova ilícita, em caso de possibilidade pela via do *habeas corpus*, se poderia se garantir a higidez das provas, sem a realização de exame pericial, mas se baseando unicamente em exame técnico realizado pela própria parte interessada;
- IV – em caso de admissão da prova, a via do *habeas corpus* diretamente no Supremo Tribunal Federal seria possível ou deveriam ser introduzidas no bojo do processo penal, haja vista a impossibilidade do estabelecimento do contraditório da acusação e até do próprio juiz.

Corroborando com os fundamentos apresentados pelo ministro Edson Fachin, que consignou que a “suposta ausência de imparcialidade do magistrado já foi examinada em três exceções de suspeição anteriormente opostas, não sendo cabida a reabertura da matéria já decidida com base na mera indicação de fatos novos”.

Deliberando pela impossibilidade da apreciação da suspeição de Moro por meio de um *habeas corpus* impetrado originariamente no Supremo:

[...] admitir a apreciação de suspeição em *habeas corpus* impetrado originariamente no Supremo Tribunal Federal, depois de julgadas e rejeitadas três exceções sobre a matéria e, ademais, com base em prova ilícita, desordenaria completamente os ritos e procedimentos da lei processual penal e iria contra toda a jurisprudência consolidada deste Tribunal⁶⁸⁵.

E ainda enfatizou que "O HC, pela própria limitação cognitiva, não é remédio adequado para que se avalie a suspeição de um juiz."⁶⁸⁶

⁶⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Voto Nunes Marques. p.12

⁶⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. Voto Vencido do Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-fachin/julgamento-hc-lula.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p.18

O Ministro Nunes Marques ressaltou ainda que as conversas divulgadas entre Moro e os procuradores da força-tarefa da Lava Jato foram obtidas de forma ilícita, e por isso, não poderiam ser aceitas no processo. Entender de forma diversa, mesmo que para a defesa de alguém, a seu ver, seria uma forma transversa de legalizar a atividade de hackers no Brasil.

O ministro afirmou que não se pode confundir o perfil de um juiz com o ânimo favorável ou desfavorável a uma das partes. "Todos os juízes, como seres humanos, vivendo em coletividade, têm um *background* ideológico, moral e cultural que os orienta, conscientemente ou não, a tomar essa ou aquela decisão".⁶⁸⁷

Explicou ainda que a via eleita, *habeas corpus*, não admite contraditório entre acusação e defesa. E completou que o voto de Gilmar Mendes, que ainda condenou Moro ao pagamento das custas processuais, é uma manifesta ofensa ao princípio do contraditório, porque não dá ao ex-juiz a chance de se defender.

O ministro Gilmar Mendes criticou de forma contundente o voto do ministro Nunes Marques, concluindo que a desmoralização da Justiça já ocorreu, "o Tribunal de Curitiba é conhecido mundialmente como tribunal de exceção⁶⁸⁸". Sobre o argumento de Nunes Marques sobre resguardar o sistema garantista no caso de suspeição de Moro, o ministro sentenciou: "Não é garantismo, é indecência⁶⁸⁹", fazendo uma defesa de sua própria decisão: "Vamos ser sérios, tratar as coisas com seriedade. E não se trata de áudio nem de hackers, trata-se do que está no processo ^{690!}"

A ministra Carmen Lúcia, que havia votado pelo não conhecimento do HC, reajustou seu voto para, no mérito, acompanhar a divergência e reconhecer a suspeição. Como justificativa pela mudança de posicionamento, reajustando seu voto,

⁶⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. Voto Vencido do Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-fachin/julgamento-hc-lula.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p.15.

⁶⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Confirmação de voto, p. 11.

⁶⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. Voto Vencido do Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-fachin/julgamento-hc-lula.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 07.

⁶⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. Voto Vencido do Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-fachin/julgamento-hc-lula.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 17.

a ministra explicou que, no momento processual em que havia acompanhado o voto do relator, as provas não eram suficientes para o reconhecimento da suspeição. No entanto, no decorrer do trâmite, foram apensados ao processo elementos de prova que, a seu ver, demonstram ter havido combinação entre os autores processuais (juiz e acusação), que comprovam a quebra de imparcialidade do ex-juiz Sergio Moro. Entre eles, citou a “espetacularização” da condução coercitiva de Lula, sem intimação pessoal prévia, junto com outros atos presididos pelo então juiz durante o trâmite processual.⁶⁹¹

Também na sua avaliação, a interceptação telefônica dos advogados do ex-presidente, antes da adoção de outras medidas, representou expansão de quebras do direito que tornam impossível a defesa. A seu ver, a divulgação de conteúdo selecionado dos áudios captados transgrediu o direito a um julgamento imparcial. “Todos têm direito a um julgamento justo. Nenhum ser humano tem o direito de se sentir perseguido”, afirmou.

A ministra ressaltou que a decisão vale apenas para Lula, pois a atuação parcial do juiz se dava apenas em relação a ele. Destacou, ainda, que seu voto não leva em conta conversas divulgadas na imprensa entre Moro e os procuradores da força-tarefa da Lava Jato, que não integram os autos⁶⁹². Ela divergiu do ministro Gilmar Mendes apenas quanto à condenação ao pagamento das custas judiciais, por entender que, reconhecida a quebra do dever de imparcialidade, não houve a possibilidade de manifestação do juiz, por se tratar de julgamento de suspeição em HC.

Prevaleceu o voto divergente do ministro Gilmar Mendes, para quem a decisão de suspeição tenha efeitos mais amplos do que a de incompetência de um juízo. Entre eles, o de anular os atos processuais que, no caso de incompetência, podem ser ratificados e mantidos no processo pelo novo juiz.

No dia 23 de junho de 2021, o Plenário do Supremo Tribunal Federal confirmou, por 7 votos a 4, a decisão da 2ª Turma que declarou o ex-magistrado Sergio Moro suspeito para julgar o ex-presidente Lula no caso do triplex do Guarujá. Com o resultado, as acusações contra o ex-presidente foram anuladas.

⁶⁹¹ AO VIVO: STF julga suspeição de Moro nos processos contra Lula. [S. I.], 23 mar. 2021. 1 vídeo (2 min 45 s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=spgRHAYsFsl&t=9s>. Acesso em: 23 mar. 2021.

⁶⁹² AO VIVO: STF julga suspeição de Moro nos processos contra Lula. [S. I.], 23 mar. 2021. 1 vídeo (2 min 45 s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=spgRHAYsFsl&t=9s>. Acesso em: 23 mar. 2021.

Juntamente com o ministro Gilmar Mendes votaram favoravelmente a suspeição os ministros Nunes Marques, Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski. Ficaram vencidos os ministros Luiz Edson Fachin, relator do caso, e Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Marco Aurélio.

No dia 22 de abril de 2021, por 8 a 3, os ministros entenderam que os crimes atribuídos a Lula pelo Ministério Público Federal do Paraná não têm conexão com a Petrobras e, por isso, não devem permanecer no Paraná. Com a decisão, as condenações de Lula nos casos do tríplice e do sítio foram anuladas.

O voto do relator Edson Fachin para declarar a incompetência do juízo de Curitiba foram acompanhados pelos ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Restaram vencidos os votos dos ministros Nunes Marques, Marco Aurélio e Luiz Fux.

3.7 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PARCIALIDADE E DO AGIR ESTRATÉGICO⁶⁹³ DO JUIZ “ACUSADOR”

A partir da Crítica Hermenêutica do Direito, há uma diferença entre o decidir, que é um ato de responsabilidade política, e o escolher, que é um ato de razão prática. O primeiro é um ato estatal; o segundo, é um ato de agir estratégico. Em um contexto democrático, as instituições devem ser imparciais. Entretanto, quando a responsabilidade política do julgador é substituída pelo agir estratégico, o direito é utilizado como arma política:

Quando a aplicação do Direito pelos juízes e Tribunais é feita a partir de ceticismos, pragmatismos, teleologismos, sem uma adequada criteriologia que mire em uma resposta correta – especialmente lembrando-se que, em um Estado Democrático, os cidadãos têm um direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada –, abre-se espaço para que a jurisdição seja utilizada como uma arma política.⁶⁹⁴

⁶⁹³ “Uma ação orientada ao êxito, com objetivos parciais, que visa aos resultados; uma espécie de “cálculo egocêntrico”. HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa**. Madrid: Taurus, 1987, p. 367.

⁶⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Lawfare*. In: Giovanni Alves *et al.* (coord.). **Enciclopédia do Golpe**. São Paulo: Projeto Editorial Praxis. 2017. v.1. p 125.

Os acontecimentos da Operação Lava Jato ficarão marcados na história recente do Poder Judiciário brasileiro pela instrumentalização do processo penal, devido a atuação ativa e persecutória do ex-magistrado notadamente do ex-juiz Sergio Moro durante a operação. Ao sobrelevar os limites do sistema acusatório, para atingir um projeto de poder, a deslegitimação política do PT e do ex-presidente Lula para afastá-lo da disputa eleitoral violou gravemente princípios intrínsecos ao Estado Democrático de Direito.

O levantamento do sigilo e publicização de diálogo ilegal entre a então presidente Dilma e o ex-presidente Lula, em um momento estratégico para impedir ou suspender sua nomeação foram amplamente suscitados pelos ministros do STF, no julgamento em 2021, para fundamentar a suspeição de Sergio Moro

Inobstante, há 5 anos atrás o Tribunal Federal da 4ª Região, sobre o mesmo fato, entendeu que a publicização ilegal e estratégica do magistrado era o meio eficaz “de garantir que não seja obstruído um conjunto inédito na administração brasileira” e, ainda, entendeu o relator que as normas jurídicas só são aplicáveis em casos de normalidade, não se aplicando a situações excepcionais. Portanto, de acordo com ele, diante de uma operação inédita no país, o ordenamento jurídico deveria ser suspenso.

A declaração expressa em seu voto sobre a existência de um Tribunal de Exceção originou a presente pesquisa acerca dessa estratégia presente dentro da moldura democrática de suspensão da ordem jurídica. Com efeito, a utilização do sistema jurídico, especialmente no processo penal, flexibilizando garantias, subvertendo e rompendo com o sistema de garantias processuais, notadamente com os princípios da equidade e da imparcialidade do juiz, fez perecer o Direito.

Sobre o discurso de combate à corrupção, instrumentalizado para angariar o apoio popular e de certa forma “legitimar” as arbitrariedades praticadas durante a atuação de Sergio Moro como Juiz Federal da 13ª Vara de Curitiba, o direito foi utilizado como instrumento para atingir fins políticos. Embora o processo de Lula estivesse eivado de vícios desde o seu nascedouro, diante da incompetência do juízo de Curitiba e das flagrantes ilegalidades ocorridas durante a Lava Jato e trazidas neste capítulo, a política venceu o Direito.

Neste tópico, pretende-se abordar brevemente sobre dois temas relacionados aos votos supramencionados: o comportamento voluntarista do juiz, sobretudo pelo uso estratégico do processo e o princípio da imparcialidade do magistrado. Entende-se que a atuação altamente seletiva da investigação, das informações e a gestão do

tempo reveladas durante a Operação pelo Poder Judiciário não coadunam com a posição de equidistância entre o Estado que acusa e o indivíduo que responde a acusação.

Com efeito, observa-se que uma das características do autoritarismo contemporâneo está, ao invés da interrupção do Estado Democrático pela instauração de um estado de exceção, na inserção de mecanismos típicos da exceção no interior da rotina democrática⁶⁹⁵. O agir estratégico do magistrado, utilizando-se do processo com uma verdadeira arma de guerra contra o inimigo, revela-se presente na hermenêutica de exceção, podendo ser observado durante diferentes momentos e fases da Lava Jato.

Partindo-se da premissa que a imparcialidade do juiz é o “princípio alicerçante do próprio sistema de justiça”⁶⁹⁶, com previsão legal e constitucional, que em caso de descumprimento, os atos jurisdicionais são plenamente nulos, quando a persecução penal é estrategicamente orientada, violando e flexibilizando garantias, ocultando provas e definindo-se alvos, o uso estratégico “pode tangenciar a sanção política” atraindo, portanto, a “condição de político para si.”⁶⁹⁷

O agir estratégico no que se refere especialmente a conduta do magistrado, cuja atribuição pressupõe imparcialidade e equidistância das partes, desnatura as bases essenciais da atividade judicante, que é realizar justiça, fortalecer o Estado Democrático de Direito e fomentar a construção de uma sociedade mais justa e solidária, por meio de uma efetiva prestação jurisdicional.⁶⁹⁸

Afinal, constituindo princípio fundamental da própria justiça, “[...] assegurar a imparcialidade do juiz é medida indispensável para a confiabilidade do próprio Poder Judiciário”.⁶⁹⁹ Portanto, não podem coexistir na mesma figura, agir estratégico e

⁶⁹⁵ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto; BOMFIN, Anderson Medeiros. Lava Jato e o Princípio da Imparcialidade. In: STRECK, Lenio; CARVALHO, Marco Aurélio de (org.). **O livro das suspeições**. Ribeirão Preto: Grupo Prerrogativas, 2020. p.74.

⁶⁹⁶ RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. Delineamentos sobre a aferição da quebra da imparcialidade do juiz a partir do exame de comportamentos do magistrado responsável pela Operação Lava Jato. In: STRECK, Lenio; CARVALHO, Marco Aurélio de (org.). **O livro das suspeições**. Ribeirão Preto: Grupo Prerrogativas, 2020. p. 40.

⁶⁹⁷ SILVA, Luiz Gustavo da. O uso estratégico da persecução criminal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-07/luiz-gustavo-silva-uso-estrategico-persecucao-criminal>. Acesso em: 29 ago. 2021.

⁶⁹⁸ CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ). **Missão, visão e valores do poder judiciário**. Brasília, DF, 2921. Disponível em: <https://wwwh.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/missao-visao-e-valores-do-poder-judiciario/>. Acesso em: 29 fev. 2021.

⁶⁹⁹ RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. Delineamentos sobre a aferição da quebra da imparcialidade do juiz a partir do exame de comportamentos do magistrado responsável pela Operação Lava Jato. In: STRECK, Lenio; CARVALHO, Marco Aurélio de (org.). **O livro das suspeições**. Ribeirão

imparcialidade, pois um pressupõe a exclusão do outro. Enquanto o magistrado deve ser compromissado com valores sociais com a responsabilidade, imparcialidade, efetividade e justiça, o agir estratégico tem compromisso com interesses privados, caracterizados pela manipulação e dissimulação.

O agir estratégico do Poder Judiciário durante a Operação Lava Jato revelou-se em várias fases e de diversos modos distintos. No mesmo sentido, Rodrigues identificou atuação estratégica de membros do Judiciário federal na condução, priorização e julgamento de processos vinculados à Lava Jato. A agilidade incomum, a seletividade das informações e perseguição seletiva por provas são exemplos inequívocos deste comportamento durante a operação.⁷⁰⁰

Nessa perspectiva, é inquestionável que a incomum agilidade em algumas ações criminais da Operação Lava Jato revelou o agir estratégico da Operação, neste caso especificamente não apenas do magistrado, mas de todo o sistema da justiça.

A gestão do tempo nos processos assegurou que a Lava Jato fosse mantida em Curitiba, “pois impôs aos tribunais elevado custo político, perante a opinião pública, de ser responsável pela impunidade...”⁷⁰¹ e foi necessária para se evitar que o alvo da operação, o ex presidente Lula, conseguisse imunidade penal decorrente de uma possível vitória nas eleições presidenciais⁷⁰².

Outro fato denotador do agir estratégico do magistrado refere-se à seletividade no vazamento das interceptações referentes à nomeação do ex-presidente como Ministro de Estado, além de reconhecidamente ilegal, foi manipuladamente seletivo. O principal áudio divulgado pelo magistrado para a mídia naquele dia continha uma gravação de 1min e 35s de uma conversa entre Lula e a então ex-presidente Dilma Rousseff, na qual teria sido sugerido ao ex-presidente que utilizasse da posse no cargo de Ministro de Estado para se evadir da aplicação da lei penal.

Inobstante, havia outras ligações interceptadas pela polícia naquele dia que foram mantidas em sigilo, que se contrapunham à hipótese adotada na época pelo juiz Sergio Moro. De acordo com o jornal Folha de São Paulo, foram omitidas da mídia, e inclusive do STF, vários diálogos ocorridos naquele dia, que incluem conversas de

Preto: Grupo Prerrogativas, 2020. p. 40.

⁷⁰⁰ RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato**: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. v.1.

⁷⁰¹ RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato**: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. v.1, p. 295.

⁷⁰² RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato**: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. v.1, p. 300.

Lula com políticos, sindicalistas e o então vice-presidente Michel Temer (MDB), em que o ex-presidente teria confessado a diferentes interlocutores naquele dia que relutou em aceitar o convite de Dilma para ser ministro e só o aceitou após sofrer pressões de aliados.

De acordo com a reportagem realizada pelo jornal, foi possível verificar que:

o ex-presidente só mencionou as investigações em curso uma vez, para orientar um dos seus advogados a dizer aos jornalistas que o procurassem que o único efeito da nomeação seria mudar seu caso de jurisdição, graças à garantia de foro especial para ministros no Supremo⁷⁰³.

Além do levantamento do sigilo e da publicização ilegal dos diálogos entre Dilma e Lula, da condução coercitiva ilegal do ex-presidente, das notas à imprensa e das participações em eventos de cunho político, outro fato que merece relevo é o ocorrido em 8 de julho de 2018, nos autos do *Habeas Corpus* nº 5025614-40.2018.4.04.0000, quando o Desembargador Federal Rogério Favreto determinou a soltura do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. O então juiz Sergio Moro, mesmo no gozo de férias, telefonou para o então Diretor-Geral da Polícia Federal, Rogério Galloro, com o intuito de “argumentar contra o cumprimento da decisão de Favreto”,⁷⁰⁴tendo, ainda, proferido decisão para destacar que o Desembargador Federal Rogério Favreto não teria competência para tomar a decisão monocraticamente.

O juiz Sergio Moro se negou a cumprir imediatamente a decisão do desembargador Rogério Favreto, sob a alegação de que o Desembargador Federal plantonista não era autoridade competente para sobrepor-se à decisão do Colegiado da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e ainda do Plenário do Supremo Tribunal Federal, alegando que primeiramente iria consultar o relator natural do caso, o desembargador João Pedro Gebran Neto, antes do cumprimento da ordem de soltura⁷⁰⁵. O recurso estratégico teve êxito e o ex-presidente não chegou a gozar

⁷⁰³ Conversas de Lula mantidas sob sigilo pela Lava Jato enfraquecem tese de Moro. **Folha de São Paulo**. 8 de setembro de 2019. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/09/conversas-de-lulamantidas-sob-sigilo-pela-lava-jato-enfraquecem-tese-de-moro.shtml>. Acesso em: 26 fev. 2021.

⁷⁰⁴ DANTAS, Dimitrius. Moro diz que desembargador não tem competência para soltar Lula e adia decisão: Juiz afirmou que ouvirá relator do caso para saber como proceder. **O Globo**, São Paulo, 8 jun. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/moro-diz-que-desembargador-nao-tem-competencia-para-soltar-lula-adia-decisao-22865028>. Acesso em: 26.fev.2020.

⁷⁰⁵ EXTRA. Moro diz que desembargador não tem competência para soltar Lula e adia decisão. **Extra**, São Paulo, 8 jul. 2018. Disponível em <https://extra.globo.com/noticias/brasil/moro-diz-que-desembargador-nao-tem-competencia-para-soltar-lula-adia-decisao-22865046.html>. Acesso em:

do restabelecimento da sua liberdade em razão de decisão do Desembargador João Pedro Gebran Neto. Sobre este fato observou Gilmar Mendes:

Estamos diante do absurdo de um juiz de primeiro grau fazer as vezes da acusação e, sorrateira e clandestinamente, “recorrer” da decisão proferida pelo Tribunal. Já tive a oportunidade de me pronunciar acerca de situações em que se vislumbra resistência ou inconformismo do magistrado, quando contrariado por uma decisão de instância superior.⁷⁰⁶

Evidentemente, visando influenciar os resultados das eleições presidenciais de 2018, entre Haddad, do Partido dos Trabalhadores, e Jair Bolsonaro, o juiz Sergio Moro determinou o levantamento do sigilo da delação premiada do ex-ministro Antônio Palocci uma semana antes das eleições do primeiro turno. Posteriormente, o referido ato, foi considerado por representantes do Ministério Público Federal que atuavam na Lava Jato, como uma tentativa de influenciar o pleito⁷⁰⁷. No segundo turno, Jair Bolsonaro venceu a eleição presidencial e, em seguida, nomeou Moro.

Durante uma entrevista ao Programa do Bial, o então Ministro da Justiça Sergio Moro justificou o vazamento das conversas de Lula e Dilma: “O problema ali não era a captação do diálogo e a divulgação do diálogo, era o diálogo em si, o conteúdo do diálogo que era uma ação visando burlar a justiça. Este era o ponto⁷⁰⁸”. Uma confissão do agir estratégico utilizando-se da mídia e da opinião pública como instrumentos para impedir a nomeação do ex-presidente como Ministro de Estado, expondo-o à execração pública.

Mas o agir estratégico do Judiciário não é apenas um produto da Lava Jato. Durante o julgamento do Mensalão pelo Supremo Tribunal Federal, a forma como seus ministros traçaram a narrativa, o julgamento e o enquadramento das condutas revelaram estratégia e voluntarismo⁷⁰⁹.

20 maio 2019.

⁷⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 9 de março de 2021. p.77. Voto do Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-fachin/julgamento-hc-lula.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁷⁰⁷ RODAS, Sérgio. Delação de Palocci: procuradores viram tentativa de Moro influenciar as eleições”. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 fev. 2021. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-fev-04/procuradores-viram-tentativa-moro-influenciar-eleicoes>. Acesso em 01.ago.2021.

⁷⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O livro das suspeições**: O que fazer quando todos sabemos que sabemos que Moro e o MPF foram parciais?. p.23.

⁷⁰⁹ ARANTES, Rogério B. Mensalão: um crime sem autor? *In*: MARONA, Marjorie Corrêa; DEL RÍO, Andrés. (org.). **Justiça no Brasil às margens da democracia**. Belo Horizonte: Arraes: 2018.

Ainda nesse sentido instrumental do processo, é importante mencionar o magistrado Sergio Moro durante a operação que determinou que fossem grampeados os telefones do escritório da defesa do réu. A medida ilegal e violadora de preceitos fundamentais foi “camuflada” utilizando-se da seguinte estratégia: no pedido de interceptação telefônica de pessoas ligadas ao ex-presidente, o Ministério Público Federal incluiu os números dos advogados de defesa de Lula como se fossem da Lils Palestras, Eventos e Publicações, empresa de propriedade do ex-presidente⁷¹⁰.

Equívoco ou não, dias depois, o magistrado teve oportunidade de reparação. A operadora telefônica oficiou o juiz Sergio Moro, informando que se tratava de um escritório de advocacia, entretanto o ofício fora ignorado, juntamente com a inviolabilidade da comunicação entre advogado e cliente prevista no artigo 7º do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994)⁷¹¹. Posteriormente, Sergio Moro, em sua defesa, disse que não havia se atentado para os ofícios da operadora em face do volume de serviços de sua Vara. Os procuradores arguíram que as transcrições das escutas telefônicas da central do escritório não foram juntadas aos autos.

Essa privação de um julgamento justo ao ex-presidente, monitorando a estratégia de sua defesa, configura um grave atentado às garantias constitucionais da inviolabilidade das comunicações telefônicas e da ampla defesa. Cristiano Zanin Martins, advogado de defesa de Lula, refutou as justificativas apresentadas pelo juiz e procuradores da Lava Jato acerca do “equívoco” quanto ao grampo ilegal em seu escritório. De acordo com ele, durante os quase 30 dias da interceptação, foram ouvidas diversas gravações que seriam mais que suficientes para identificar como um escritório de advocacia⁷¹².

Neste contexto, os procuradores da Força-Tarefa tinham conhecimento da interceptação ilegal dos advogados de defesa do ex-presidente, permitindo que se tivesse acesso a diversos telefonemas dirigidos ao escritório de advocacia. Em diálogo

⁷¹⁰ RODAS, Sérgio; VASCONCELLOS Marcos de. Todos os 25 advogados de escritório que defende Lula foram grampeados. **Consultor Jurídico**, 17 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-17/25-advogados-escritorio-defende-lula-foram-grampeados/>. Acesso em: 29 ago. 2021.

⁷¹¹ Art. 7º. A inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia.

⁷¹² RODAS, Sérgio; VASCONCELLOS Marcos de. Todos os 25 advogados de escritório que defende Lula foram grampeados. **Consultor Jurídico**, 17 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-17/25-advogados-escritorio-defende-lula-foram-grampeados/>. Acesso em: 29 ago. 2021.

transcrito da data de 6 de maio de 2016, divulgado pelo Intercept Brasil, Júlio Noronha e Deltan Dallagnol conversaram:

22:59:27 Duas perguntas (não vamos utilizar, mas ficamos com a curiosidade matando aqui rsrsrs): (1) sabemos que nenhuma gravação de interceptação daquele número como alvo foi para o relatório. Mas, vc sabe quantas ligações a partir daquele número foram de fato interceptadas? (2) de fato, quando o telefone era atendido naquele número, era falado "boa tarde, escritório xyz", ou é invenção dos advogados? Esses dois pontos, ainda que tenham muitas ligações e que se falasse aquilo não mudariam em nada o fato de que o cadastro da LILS tinha esse número, que eles mudaram, que o adv tb depois se tornou investigado, etc. Ou seja, eles criaram o problema, não houve utilização e ainda querem encher o saco 22:59:27 Não me lembro como eles atendiam, mas de fato era telefone do escritório, de uso comum dos advogados. Não sei quantas ligações foram interceptadas, mas foram muitas. Nenhuma relevante para investigação.⁷¹³

Sobre a interceptação telefônica dos advogados do ex-presidente, o ministro Gilmar Mendes em seu voto pontuou:

A conduta do magistrado de interceptar os advogados do paciente para ter acesso antecipado aos seus movimentos processuais – por si só – seria causa suficiente para reconhecer a violação da independência judicial e a contaminação de todo os atos praticados pelo juiz. Se ainda fôssemos avançar para compreender os significados, no mundo real, da violação do sigilo cliente-advogado, tenderíamos a ver que a interceptação dos patronos permitiu de fato que o magistrado e a Força-Tarefa de Curitiba se antecipassem às ações do paciente, deixando sem saída defensiva em diversas oportunidades.⁷¹⁴

Em seu voto acerca da suspeição do magistrado Sergio Moro, o ministro Gilmar Mendes fez várias menções ao agir estratégico do juiz e concluiu: “É claro que esse caráter seletivo e manipulado dos vazamentos, hoje conhecido, não apaga os registros de um dia em que Moro virou um verdadeiro herói nacional.”⁷¹⁵

⁷¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 9 de março de 2021. Voto do Min. Gilmar Mendes. p.67. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-fachinjudgamento-hc-lula.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁷¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 9 de março de 2021. Voto do Min. Gilmar Mendes. p.62. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-fachinjudgamento-hc-lula.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁷¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 9 de março de 2021. Voto do Min. Gilmar Mendes. p. 74. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-fachinjudgamento-hc-lula.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

Com efeito, a imparcialidade se fragiliza quando o Judiciário se utiliza da sua posição privilegiada no processo penal, para desempenhar o papel de combatente. Nesse sentido, pretende-se conceituar a imparcialidade. Sobre a imparcialidade, são relevantes a lições de Ferrajoli acerca da exigência de que o magistrado deve se preservar equidistante das partes, dispensando tratamento igualitário, sem qualquer interesse pessoal na demanda, ressaltando ainda que o juiz:

[...] não deve ser um sujeito “representativo” não devendo ter nenhum interesse ou desejo – nem mesmo da maioria ou da totalidade dos cidadãos [...]. [...] a imparcialidade requer a separação institucional do juiz da acusação pública [...].⁷¹⁶

Em outras ocasiões, o guardião máximo da Constituição Federal afirmou em seus julgamentos existir correlação íntima entre a imparcialidade dos julgadores e a necessidade de tratamento igualitário às partes processuais, corroborando com decisão que declarou a parcialidade do magistrado: “dever do juiz de se manter equidistante das partes processuais em litígio⁷¹⁷”, de que “O Estado-juiz deve primar a atuação pela guarda absoluta da imparcialidade atinente aos julgamentos⁷¹⁸”; “desde o primeiro dia como juiz, a equidistância mostrou-se verdadeira profissão de fé. O juiz não pode estar do lado deste ou daquele segmento, desta ou daquela parte”⁷¹⁹.

É certo que Moro, durante a Operação Lava Jato, buscou o apoio popular e contribuiu para um maniqueísmo simplista entre os acusados e a população, revelando igualmente uma parcialidade na função jurisdicional. As manifestações em seu *blog*, as cartas à imprensa com notas como “[...] é importante que as autoridades eleitas e os partidos ouçam a voz das ruas e igualmente se comprometam com o

⁷¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 532.

⁷¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). **Habeas Corpus nº 98.006/SP**. Impetrante: Luís Ricardo Vasques Davanzo. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, DF, 24 nov. 2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7171701/habeas-corpus-hc-98006-sp/inteiro-teor-102289326>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁷¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Habeas Corpus nº 145.432/MG**. Impte. Antonio Caixeta Ribeiro. Pacte.(s): José Balbino Sobrinho, Ubaldino Balbino da Silva. Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Alexandre de Moraes. Barroso. Brasília, 12 nov. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342345010&ext=.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2021.

⁷¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Habeas Corpus nº 137.956/MS**. Pacte. Nelson Buainain Filho. Impte. Gustavo Passarelli da Silva. Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Roberto Barroso. Brasília, 26 de setembro de 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313194220&ext=.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2021.

combate à corrupção”⁷²⁰ denotam uma busca pelo consenso público de um inimigo comum e de um Estado que deveria ser salvo da “corrupção sistêmica”, buscando assim a adesão a uma causa que aparentemente era de todos. Nesse sentido, completa Ferrajoli sobre o equilíbrio que exige a função do julgador:

O juiz [...], se não deve gozar do consenso da maioria, tem, no entanto, de desfrutar da confiança dos sujeitos individuais e concretos por ele julgados, de modo que essas pessoas não só não tenham, mas inclusive não temam, ter um juiz inimigo, ou, seja como for, não imparcial [...].⁷²¹

Durante o julgamento do HC que declarou a suspeição do ex-magistrado, os ministros ressaltaram acerca da imprescindibilidade da separação entre as funções de acusar e julgar. Nesse sentido, pontuou o Ministro Lewandowski em relação ao ex-juiz Sergio Moro: “[...] confusão entre as atribuições de julgar e de acusar por parte do então magistrado Sergio Moro [...]. Igualmente foi observado pela Ministra Cármen Lúcia ao mudar seu voto: “[...] demonstram ter havido combinação entre os autores processuais [...]”. Como observado no primeiro capítulo, no sistema processual inquisitivist, presente em regimes autoritários, o processo penal é concebido como um protótipo da obrigação de batalhar com o acusado, considerando o réu como um inimigo do Estado, que se submete ao poder acusatório, persecutório, punitivo e às necessidades do Estado. Durante a Lava Jato, o primado das hipóteses sobre os fatos, a constante violação as garantias constitucionais, sobretudo das regras de igualdade, imparcialidade e o contraditório, permitiram que as funções processuais fossem reunidas em uma só pessoa: o juiz.

É da essência do sistema inquisitório atribuir poderes instrutórios ao juiz, concentrando as funções de investigar e julgar na figura do magistrado, tornando-o, portanto, o soberano do processo. Assim, não há uma estrutura dialética, tampouco

⁷²⁰ “Apesar das referências ao meu nome, tributo a bondade do Povo brasileiro ao êxito até o momento de um trabalho institucional robusto que envolve a Polícia Federal, o Ministério Público Federal e todas as instâncias do Poder Judiciário. Importante que as autoridades eleitas e os partidos ouçam a voz das ruas e igualmente se comprometam com o combate à corrupção, reforçando nossas instituições e cortando, sem exceção, na própria carne, pois atualmente trata-se de iniciativa quase que exclusiva das instâncias de controle. Não há futuro com a corrupção sistêmica que destrói nossa democracia, nosso bem-estar econômico e nossa dignidade como País. 13/03/2016, Sérgio Fernando Moro” LOBO, Cristiana. Sérgio Moro diz que ficou ‘tocado’ com apoio da população à Lava Jato. *In: G1*, 13 mar. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/blog/cristiana-lobo/post/sergio-moro-diz-que-ficou-tocado-com-apoio-da-populacao-lava-jato.html>. Acesso em 19 fev. 2019.

⁷²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 532.

contraditória, inexistindo a imparcialidade, pois o magistrado busca a prova e decide a partir da prova que ele mesmo produziu⁷²².

Os sistemas processuais penais decorrem do sistema político adotado por cada Estado, ou seja, o sistema inquisitivo se amolda a Estados autoritários, enquanto o acusatório é compatível com o Estado Democrático de Direito. À vista disso, o sistema inquisitivo é incompatível com as garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito. Para Ferrajoli, a imprescindibilidade da configuração triangular no processo constituiu uma garantia “orgânica”:

A separação do juiz da acusação [...] indicada como primeira garantia orgânica supõe a configuração do processo como uma relação triangular entre três sujeitos, dos quais duas partes em causa e um terceiro super partes: o acusador, o defensor e o juiz [...]. Esse distanciamento do juiz relativamente aos escopos perseguidos pelas partes deve ser tanto pessoal como institucional.⁷²³

Além da imparcialidade do julgador, Aury Lopes Jr. identifica os fundamentos do sistema acusatório:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades);
- c) manutenção do juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;

⁷²² LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 44.

⁷²³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 532.

j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição⁷²⁴.

Com efeito, uma separação rígida entre as atribuições de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional, além de preservar a imparcialidade do Judiciário, promovem a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal.

Embora o Código de Processo Penal brasileiro contenha traços de inquisitivismo em alguns dispositivos, dando margem aos questionamentos sobre o sistema processual penal adotado no Brasil, com o advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, ficou consagrado expressamente no art. 3º-A do Código de Processo Penal que a estrutura do processo penal é do tipo acusatório:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Após sua saída da magistratura para assumir o cargo de Ministro de Estado no governo de um dos inimigos políticos do réu do processo sentenciado pelo próprio Juiz Sergio Moro, em entrevista a uma emissora de televisão, em referência à audiência de interrogatório, falou abertamente que esteve em um “ringue” com réu por ele condenado⁷²⁵.

Diante da constatação pelos Ministros em seus votos da parcialidade, da postura inquisitivistica do julgador e do agir estratégico de Moro durante a Lava Jato, o Ministro Gilmar Mendes veementemente rechaçou a conduta do então Titular da 13ª Vara Federal, dizendo que é conhecida mundialmente como tribunal de exceção⁷²⁶.

Sobre o processo penal de exceção elucidam Serrano e Bonfim:

Os processos penais de exceção tornaram-se a face mais cruel do autoritarismo estatal, isso tudo através de um sistema de Justiça que

⁷²⁴ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 44-45.

⁷²⁵ GLOBONEWS Debate: Sergio Moro. 'Quase um genocídio', diz Moro sobre denúncias de corrupção durante a pandemia. [S. l.: s. n.], 5 jul. 2020. 1 vídeo (4 min). Disponível em: <https://g1.globo.com/globonews/globonews-debate/playlist/globonews-debate-sergio-moro.ghtml>. Acesso em: 9 jul. 2020.

⁷²⁶ "[...] E isto, ministro Kássio, com a devida vênia, nada tem a ver com 'garantismo', isto é uma indecência. Não importa o resultado desse julgamento. A desmoralização da Justiça já ocorreu. O Tribunal de Curitiba (responsável pelas condenações em primeira instância da Lava Jato) é conhecido mundialmente, hoje, como um tribunal de exceção. Enche-nos de vergonha", disse o Ministro Gilmar Mendes logo após o voto do Ministro Nunes Marques. 23 de março de 2021. Ao vivo: STF julga suspeição de Moro nos processos contra Lula". 2021. 1 vídeo (2h 59 min 51 s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=spgRHAYsFsl&t=9s>. Acesso em: 10 ago. 2021.

subtrai, diuturnamente, os direitos e garantias mais elementares, isso tudo envolto em uma espetacularização e irreversível condenação midiática. Fulmina-se, conseqüentemente, um dos mais fundamentais elementos do devido processo legal, qual seja o princípio da imparcialidade.⁷²⁷

Fundamentalmente, é preciso reconhecer que processo judicial da Operação Lava Jato foi utilizado como forma de obter resultados políticos, a eliminação de um partido político, ou, ao menos, de seu representante máximo

Diante das revelações ocorridas durante a Lava Jato de um conluio entre acusação e juiz para a condenação de réus, asseverou Streck que também ao Ministério Público é vedado o agir estratégico, trazendo à lume a legislação alemã que prevê no art. 160 CPP que o MP deve trazer todas as provas que obtiver ao processo, inclusive as que beneficiam a defesa, explicando que “trata-se de uma blindagem criada pelo legislador contra o agir político do Ministério Público”. E, em caso de não apresentação da prova, poderá ser processado por prevaricação, conforme previsão no artigo 339 do CP⁷²⁸.

Embora ainda não oficialmente candidato às eleições presidenciais, o ex-juiz e ex-Ministro da Justiça filiou-se no dia 10 de novembro de 2021 a um partido político. Durante cerimônia um evento on-line, em 13 de dezembro de 2021, o pré-candidato à presidência disse sobre seus adversários políticos que “[...] enquanto Bolsonaro ‘flerta com o autoritarismo’ em um ‘projeto pessoal e familiar de poder’, Lula foi o protagonista dos ‘2 maiores escândalos de corrupção da história’, o Mensalão e a Lava Jato [...]”⁷²⁹

No dia 4 de novembro de 2021, Deltan Dallagnol anunciou seu pedido de exoneração ao Ministério Público Federal, filiando-se ao mesmo partido político de Sergio Moro, o Podemos⁷³⁰, que foi seguido por reações no sentido da comprovação da instrumentalização da “Operação Lava Jato” para fins político-partidários.

⁷²⁷ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto, BOMFIN, Anderson Medeiros. Lava Jato e o Princípio da Imparcialidade. In: STRECK, Lenio; CARVALHO, Marco Aurélio de (org.). **O livro das suspeições**. Ribeirão Preto: Grupo Prerrogativas, 2020. p.65.

⁷²⁸ STRECK, Lenio Luiz. Ex-procurador da "lava jato" escancara na TV: tivemos lado político. **Consultor Jurídico**, São Paulo 29 ago. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-ago-29/senso-incomum-ex-procurador-lava-jato-escancara-tv-tivemos-lado-politico>. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁷²⁹ MORO diz 'ter dúvidas' se Bolsonaro e Lula vão aceitar debater com ele em 2022. *Jornal de Brasília*. 14 de dezembro de 2021. Moro diz 'ter dúvidas' se Bolsonaro e Lula vão aceitar debater com ele em 2022. Disponível em: jornaldebrasilia.com.br. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁷³⁰ “Candidaturas de Moro e Deltan provam que Lava Jato atuou como partido político, diz pesquisador”. *MOTORYN*, Paulo. **Candidaturas de Moro e Deltan provam que Lava Jato atuou como partido político, diz pesquisador**. Disponível em:

Assim, restou evidente o intenso voluntarismo político de atores do sistema de justiça combinado à atuação estratégica dos atores, especialmente na gestão do tempo dos processos.

As consequências do uso político pelo Poder Judiciário do sistema penal resultaram na diluição da fronteira entre jurisdição, guerra e política⁷³¹, enfraquecendo a legalidade como princípio básico de um Estado de Direito, criando uma atmosfera adequada a julgamentos influenciados pela dicotomia amigos-inimigos. A submissão do Poder Judiciário ao objetivo político incrementa toda sorte de arbitrariedades judiciais, transformando o julgador em ator político e suas arbitrariedades, resguardados por uma espécie de “combatente moral das ilegalidades”. Este contexto afeta a confiança na jurisdição como caminho irreduzível à solução justa do caso, comprometendo a finalidade epistêmica do processo penal, uma vez que a qualidade das provas é redimensionada para atender ao desejo político que atravessa os atores judiciais.

De tal modo, essa contaminação pelo “instrumentalismo”, durante a atuação do ex-juiz Sergio Moro, permitiu uma “hermenêutica de exceção”, que reduziu o direito a um mero instrumento, manipulável pelo intérprete, ou seja, o agir estratégico de Moro revelou que o processo foi apenas um instrumento para a condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva:

Abusar do uso de tempos processuais, comprometendo a liberdade de pessoas, fazendo do processo um mero instrumento (estratégia) para condenação, é fato gravíssimo. Processo é instrumento? Pior: instrumento da acusação? Nem os instrumentalistas hardcore defenderiam isso. (No Telegram, talvez).⁷³²

Neste caráter instrumental dado ao direito, a democracia sempre corre perigo, esta aplicação do direito pelos juízes e tribunais feita sem uma adequada teoria da decisão judicial, sem uma criteriologia e, enfim, sem almejar em uma resposta correta, que a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, Lenio Streck nomeia de resposta adequada à Constituição⁷³³.

<https://www.brasildefato.com.br/2021/11/05/candidaturas-de-moro-e-deltan-provam-que-lava-jato-atuou-como-partido-politico-diz-pesquisador>. Acesso em: 05.nov.2021.

⁷³¹ SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Tradução de Alvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

⁷³² STRECK, Lenio Luiz. Consultor Jurídico: Os fins justificam os meios? No Direito, não! Mas na "lava jato", sim!. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 jun. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jun-24/streck-fins-justificam-meios-direito-nao-masna-lava-jato-sim>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁷³³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do

O uso político do sistema penal elimina os fundamentos que identificam um Estado Social e Democrático de Direito, ou seja, a tendência contemporânea de apostar no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos falhou, pois voltamos ao lugar de onde nunca saímos, o positivismo e as consequências nefastas da discricionariedade.

De tal modo, os conceitos de judicialização da política e do ativismo judicial já não mais abrangem apenas as decisões analisadas no contexto da Operação Lava Jato, uma vez que foi inserido um novo elemento na atuação do Poder Judiciário: a política, se tornando verdadeiros militantes de causas políticas, ideológicas ou religiosas. Portanto, permite-se compreender que o positivismo jurídico não foi capaz de conter os limites do poder e da decisão, resultando em uma Hermenêutica de Exceção.

4 HERMENÊUTICA DE EXCEÇÃO COMO TÉCNICA DE USO POLÍTICO DO DIREITO

O presente capítulo tem a finalidade de apresentar a definição da hermenêutica de exceção. Para tanto, realiza-se uma discussão das bases conceituais apresentadas no primeiro capítulo e, no segundo, somando com as discussões jurídicas e filosóficas pertinentes.

Assim, o primeiro tópico apresenta o conceito de estado de exceção em Schmitt e Agamben e como a suspensão de direitos tem sido prática corriqueira no Estado Moderno. Para finalizar, apresenta-se o Estado de exceção regional a partir das discussões de Streck e como tais mecanismos têm sido utilizados sob uma roupagem legal a fim de fundamentar práticas autoritárias.

Posteriormente, a discussão é centrada na utilização do espetáculo no processo penal e como tal tática já era defendida pelo principal juiz da Operação – Sergio Moro – anos antes de ser deflagrada. A utilização do espetáculo para alterar o sentido autêntico da linguagem e possibilitar o uso de uma linguagem privada.

Em continuidade a esse tópico, o subtópico 4.2.1 apresenta-se a manipulação midiática durante a Lava Jato para formar um consenso social sobre a necessidade de desrespeitar a integridade do direito a fim de combater a corrupção. Assim, o subtópico seguinte fecha a análise a fim de demonstrar como isso autorizou, por um momento, a utilização de linguagem privada como expressão do realismo jurídico.

O tópico 4.3 apresenta de que maneira toda a construção dos agentes públicos da Lava Jato tinha a finalidade de uso político do direito.

Por fim, o último tópico busca sintetizar a discussão na definição da hermenêutica de exceção.

4.1 ESTADO DE EXCEÇÃO: AUTORITARISMO TRANSVESTIDO DE DISCURSO DE LEGALIDADE

O giro linguístico, os avanços proporcionados pela filosofia da linguagem, acarretaram que o sentido dos entes (no caso a norma) não se encontra no texto (metafísica), tampouco no sujeito (filosofia da consciência, cartesiana), razão pela qual é inútil “construir um debate entre objetivismo e subjetivismo, pois não há vontade no texto, nem sentido no sujeito intérprete, exceto o sujeito solipsista” [...] “é na tríada

sujeito/intérprete – pequeno outro – grande Outro que se produzirá o desvelamento”, surgirá o sentido do ente que se analisa, “sendo ilusória a defesa de uma hermenêutica fundada em interpretações subjetivas”.⁷³⁴

De fato, há um enorme desafio na ação comunicativa, pois nela existe muito silêncio e o inconsciente imposto pelo Grande Outro, pelo poder, especialmente pela estrutura linguística por ele criada, tem como escopo negar o pequeno outro (nega a alteridade), em nome de algo maior e benéfico às pessoas de “bem”, a saber: a “segurança nacional (ditadura)... segurança pública (militarização da vida)... com o referendo da decisão judicial, independente do limite semântico das palavras que constituem a legislação vigente em nosso país”.⁷³⁵

Tal comunicação, com vistas a manter o poder que a criou, utiliza-se de mecanismos legais ou com aparência de legalidade a fim de estabelecer a vitória do “bem”, contra um mal que deve ser combatido a todo custo. Assim, os justiceiros estão pelas ruas, mas também são encontrados nos “gabinetes e escritórios, dispostos a estabelecer um estado de exceção (Giorgio Agamben)”. Por tal razão, esse justiceiro, esse juiz, “esse tipo de intérprete da lei permanece no plano da metafísica, muito mais autocrático ou solipsista do que se possa imaginar”.⁷³⁶

Com a finalidade de compreender o que é esse estado de exceção, passa-se, a seguir, a realizar a análise da norma brasileira e da construção filosófica, para, posteriormente, visualizar a situação dentro do contexto das decisões descritas.

Assim, a previsão legal e, por sua vez, legítima, de suspensão da norma dentro do ordenamento jurídico está disposta nos artigos 136 (estado de defesa) e 137 ao 139 (estado de sítio) da Constituição Federal de 1988. Neles, tem-se um grande evento que seja capaz de perturbar a ordem interna e, conseqüentemente, necessite de rápida intervenção por parte do Estado, de modo que isso signifique suspender até mesmos os direitos constitucionalmente previstos.

⁷³⁴ NUNES, Leandro Gornicki. Advocacia criminal: para além do mito da legalidade. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da, PAULA, Leonardo Costa de. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: escritos em homenagem ao prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, v. 5. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. p. 570

⁷³⁵ NUNES, Leandro Gornicki. Advocacia criminal: para além do mito da legalidade. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da, PAULA, Leonardo Costa de. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: escritos em homenagem ao prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, v. 5. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. p. 571.

⁷³⁶ NUNES, Leandro Gornicki. Advocacia criminal: para além do mito da legalidade. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da, PAULA, Leonardo Costa de. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: escritos em homenagem ao prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, v. 5. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. p. 571.

O modelo promulgado em 5 de outubro de 1988 concebe o estado de defesa, cuja decretação é de competência do Presidente da República ouvidos o Conselho da República e o Conselho Nacional (art. 136), podendo ser decretado para a preservação ou para o restabelecimento, em locais restritos e determinados, da ordem pública ou da paz social, na medida em que ameaçados por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidos por calamidades de grandes proporções na natureza.

O estado de defesa possibilita restrições a direitos de reunião, de sigilo de correspondência, de comunicação telegráfica e telefônica, bem como limitações para ocupação e uso de bens públicos (artigo 136, §1º). Durante o estado de defesa, é vedada a incomunicabilidade do preso (art. 136, §1º, IV). A fórmula também se aplica para o enfrentamento de calamidades de grandes proporções na natureza, circunstância absolutamente neutra no contexto político.

O estado de sítio pode ser decretado pelo Presidente da República ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, depois de autorização do Congresso Nacional, nas hipóteses de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medidas tomadas durante o estado de defesa, bem como no caso de declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira (artigo 137). Há inovação em relação aos modelos anteriores, na medida em que o Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas (artigo 138, §3º).

Permanecem as medidas já autorizadas em textos constitucionais anteriores, a exemplo da permanência em localidade determinada, a prisão em localidade não destinada aos acusados ou condenados por crimes comuns, inviolabilidade da correspondência, do sigilo das comunicações, da prestação de informações e da liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, suspensão da liberdade de reunião; inovou-se, no entanto, com a permissão para a requisição de bens (art. 139).

Assim, persistiu o núcleo conceitual centralizado no juízo de “um sistema constitucional das crises”,⁷³⁷ justificado como “princípio fundante da necessidade ou da temporariedade”,⁷³⁸ do estado de exceção. Permanece o estado de sítio como um regime jurídico especial, para situações excepcionais em que alguns bens ou esferas

⁷³⁷ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo, Malheiros, 2006. p.617.

⁷³⁸ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo, Malheiros, 2006. p.618.

de liberdade são provisoriamente suspensas sob a justificativa de um interesse superior da ordem e da segurança do Estado.

Com efeito, o fundamento para a suspensão da norma e do direito é a necessidade de autopreservação do Estado, ou seja, o estado de necessidade é condição de possibilidade para a excepcionalidade. A autopreservação é o único fundamento que legitima a violação de garantias fundamentais. Exceção se refere a um estado ou situação excepcional, não previsto pela ordem jurídica e que se define “como um caso de extrema necessidade, de perigo para a existência do Estado ou algo como tal, mas que não pode ser circunscrito numa tipificação”.⁷³⁹

Serrano⁷⁴⁰ distingue dois tipos de estado de exceção: o primeiro, autorizado e regulado pelo direito, a ser aplicado em situações de graves conflitos; o segundo, em que por decisão política soberana suspendem-se direitos, submetendo-se o jurídico ao político. Assim, traços da cultura absolutista e autoritária permanecem presentes nas democracias contemporâneas, através do estado de exceção que se manifesta por meio da suspensão de direitos por uma decisão do “soberano”. Esse estado encontra-se em uma esfera entre o jurídico e o político, em zona de sombra que mascara a presença do estado de exceção nas democracias, fenômeno pouco estudado pelo direito.

Serrano⁷⁴¹ afirma, contudo, que a característica provisória que deveria abalizar “a exceção se desvirtua com a criação voluntária de um Estado de emergência permanente, que permite um agir soberano, em que a decisão se torna superior à norma jurídica”.

Pretende-se abordar as bases conceituais do estado de exceção ficto – que não se confunde com o estado de exceção constitucional – notadamente a partir de Carl Schmitt e Agamben, para posteriormente, observar o processo de construção pelo Poder Judiciário de uma hermenêutica de exceção.

Carl Schmitt, quando da vigência da Constituição de Weimar, que instalava uma leitura normativista e positivista da Constituição, na tentativa de desfazer tal determinação, procurou fundamentar teoricamente uma posição em que o Estado não fosse identificado apenas como uma simples ordem jurídica, mas que tivesse o poder

⁷³⁹ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 23.

⁷⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo, Malheiros, 2006.

⁷⁴¹ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. 1. ed. São Paulo: Alameda, 2016. Cap. 1, p. 6.

de protegê-la e interpretá-la, podendo inclusive suspendê-la sempre que houvesse uma ordem que pudesse ultrapassá-la. Nesse sentido, Schmitt defende o decisionismo político em contraposição ao positivismo normativista da República de Weimar. Nesse sentido, toda norma jurídica não pode deixar de pressupor o reconhecimento de um poder soberano que poderá estabelecer uma exceção à sua vigência.

Assim, para o jurista, a fonte de todo o direito, da decisão final, é da autoridade, considerando indissociável separar o ordenamento jurídico da atuação política. Definia o exercício do direito como uma função de natureza política e a própria Constituição como um importante recurso político, não se reduzindo a apenas um conjunto de normas a regulamentar o funcionamento do Estado. Sob a visão da constituição como instrumento político, entendia que a sua guarda deveria estar sob a incumbência do presidente do Reich, cujo presidente, depois, viria a ser Adolf Hitler, com as consequências já conhecidas por todos.

Em *Teologia política*, Schmitt analisa a soberania, que é central em sua teoria política. A partir da máxima: “soberano é quem decide sobre o estado de exceção”,⁷⁴² ele sustenta que a definição de soberania está vinculada ao caso limítrofe e não à normalidade. Ao constatar que a aplicação da norma não é possível no caos, Schmitt afirma que é necessária a existência de um meio homogêneo para que a ordem jurídica tenha um sentido, sendo o soberano aquele que cria e garante a situação como um todo, por possuir o monopólio da decisão última.

Para Schmitt, esta seria a essência da soberania estatal, que deve ser definida como monopólio da decisão e não da sanção ou do poder. Nisso, a decisão distingue-se da norma jurídica. O paradoxo apontado por Schmitt é que a autoridade não precisa do direito para criar o direito. Giorgio Agamben é quem esclarece o sentido desse paradoxo nesta passagem:

A situação, que vem a ser criada na exceção, possui, portanto, este particular, o de não poder ser definida nem como uma situação de fato, nem como uma situação de direito, mas institui entre estas um paradoxal limiar de indiferença. Não é um fato, porque é criado apenas pela suspensão da norma; mas, pela mesma razão, não é nem ao menos um caso jurídico, ainda que abra a possibilidade de vigência da lei.⁷⁴³

⁷⁴² SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 7

⁷⁴³ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo.

Para Schmitt, a exceção é mais interessante que a normalidade, posto que o normal não prova nada, e a exceção comprova tudo. A exceção não apenas confirma a regra, mas comprova que a regra vive da exceção. É na exceção que “a força da vida real transpõe a crosta mecânica fixada na repetição”.⁷⁴⁴

Schmitt sustenta que Estado e direito se encontram numa inter-relação necessária, mas distintos entre si. O critério do Estado (um poder supremo) pressupõe um princípio de validade, mas não se identifica com esse princípio de validade. Com efeito, para Schmitt, o Estado não pode equivaler a uma norma, ou seja, não pode corresponder a um ente estritamente normativo. Pois se equivalesse a uma norma, o direito, composto por normas, não encontraria verdadeiramente um apoio capaz de implementar no mundo fenomênico. Nesse caso, o direito não encontraria um ente que “com ele se confrontasse para o realizar”.⁷⁴⁵

Para Schmitt, “a exceção prova tudo; a norma não prova nada”. A exceção prova tudo porque releva aquele momento de imprescindível e inescapável atenção à “verdade efetiva das coisas”. Trata-se daquele momento que revela que o poder político não é suscetível de integral normatização, revelando que o conceito de Estado não se deixa pensar como conceito estritamente abstraído de normas ou correspondente a normas. Entende o jurista que o conceito de exceção é inerente ao conceito de Estado, “é aquilo que não pode ser subsumido; desafia a codificação geral, mas revela simultaneamente um elemento especificamente jurídico – a decisão na sua pureza absoluta”.⁷⁴⁶

No que Schmitt insiste é que “toda a norma geral exige uma situação de normalidade, uma estruturação quotidiana da vida à qual possa ser aplicada [...]. Não existe norma que seja aplicável ao caos. Para uma ordem jurídica fazer sentido, uma situação normal tem de existir”. Sem essa situação, o direito não se possibilita. Diz Schmitt que “todo o Direito é Direito situacional. O soberano produz e garante a situação na sua totalidade”.⁷⁴⁷

Belo Horizonte: UFMS, 2002. p.26.

⁷⁴⁴ SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 7

⁷⁴⁵ Afirma Schmitt que “o Estado como poder e como não Direito confronta-se com o Direito para o realizar”. SCHMITT. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 126.

⁷⁴⁶ SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 13

⁷⁴⁷ SCHMITT, Carl **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 13

É apenas nessa situação que o Estado está a serviço do direito, para garantir a normalidade, ou seja, é apenas na ausência de caos que o direito existe. Ao contrapor poder e norma, Schmitt exalta a norma como caráter subsidiário e o poder.

O conceito de estado de exceção para Agamben encontra-se em uma situação paradoxal, “[...] de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal.”⁷⁴⁸ E ainda completa destacando o que ele denomina de zona de indecidibilidade, entre a democracia e o absolutismo, entre o direito e a política: “É nessa terra de ninguém, entre o direito público e o fato político e entre a ordem jurídica e a vida [...]”,⁷⁴⁹ alertando que cada vez mais um estado de exceção ficto tem se apresentado como um paradigma de governo dominante na política contemporânea.

Em *Teologia política II*, de 1969, Schmitt afirma que o único critério cientificamente defensável para definir o âmbito do político é sua distinção entre amigo e inimigo, e que nada pode ser mais moderno do que a luta contra o âmbito do político. Disso, o que se conclui é que Schmitt manteve presente os aspectos do seu pensamento político identificados em textos anteriores. Sendo assim, pode-se concluir que sua argumentação se sustenta com a presença de elementos que caracterizam sua análise teológica da política.

Para Schmitt, a decisão pertence ao âmbito político, tese que justifica sua rejeição às discussões intermináveis que envolvem o parlamento moderno, caracterizado pela discussão pública. Prática que serve apenas para esvaziar o espaço do político, deixando o terreno propício para que o capitalismo germine e se desenvolva de forma ilimitada.

Agamben ressalta a importância da compreensão da localização correta do estado de exceção, embora seja amplamente conflituoso quanto ao *locus* pela doutrina, entre aqueles que o inserem no âmbito do ordenamento jurídico e os que consideram exterior ao ordenamento jurídico, ou seja, como fenômeno essencialmente político.⁷⁵⁰ E indaga: “Como pode uma anomia ser inscrita na ordem jurídica?”⁷⁵¹, esclarecendo que:

⁷⁴⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 12.

⁷⁴⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 12.

⁷⁵⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 38.

⁷⁵¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam.⁷⁵²

Um estudo sobre a estrutura e o significado do estado de exceção pressupõe uma análise do conceito jurídico de necessidade, que constitui seu fundamento, como explica Agamben:

Segundo o adágio latino muito repetido (uma história da função estratégica dos adágios na literatura jurídica ainda está por ser escrita), *necessitas legem non habet*, ou seja, a necessidade não tem lei, o que deve ser entendido em dois sentidos opostos: "a necessidade não reconhece nenhuma lei" e "a necessidade cria sua própria lei" (*nécessité fait loi*). Em ambos os casos, a teoria do estado de exceção se resolve integralmente na do *status necessitatis*, de modo que o juízo sobre a subsistência deste esgota o problema da legitimidade⁷⁵³

Nesse sentido, a decisão do Poder Judiciário produz "exceção" à aplicação literal da norma. Perde a lei sua obrigatoriedade, utilizando-se de critérios justificadores que escapam à tradição jurídica, não em razão de uma salvação comum da sociedade, mas para promover um protagonismo judicial, sob um véu heroico de garantidor de direitos. É certo que isso é apenas possível com o apoio da mídia que promove um maniqueísmo simplista entre os "mocinhos", Poder Judiciário, e os "bandidos", neste caso, o Partido dos Trabalhadores, compactuada com a atual descrença da sociedade nas instituições que regem o Estado.

Isso em razão de que a relação entre norma e realidade provoca a suspensão da norma, da mesma forma que a relação entre linguagem e mundo provoca a suspensão da denotação sob a configuração de uma *langue*⁷⁵⁴:

A linguagem é o soberano que, em permanente estado de exceção, declara que não existe um fora da língua, que ela está sempre além de si mesma. A estrutura particular do direito tem seu fundamento nesta estrutura pressupponente da linguagem humana. Ela exprime o vínculo de exclusão inclusiva ao qual está sujeita uma coisa pelo fato

p. 39.

⁷⁵² AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 39.

⁷⁵³ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p.40.

⁷⁵⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 93.

de encontrar-se na linguagem, de ser nominada. Dizer, neste sentido, é sempre um *ius dicere*.⁷⁵⁵

Um exemplo emblemático e prático da utilização do estado de exceção ficto, usando a linguagem como instrumento, decorre de uma das decisões analisada no segundo capítulo. Trata-se do voto do Relator Desembargador Rômulo Pizzolatti, o qual foi responsável por relatar o recurso contra a decisão da Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região, que determinou o arquivamento das reclamações disciplinares contra a conduta do Juiz Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba, o qual havia divulgado interceptações telefônicas ilegais da Presidente da República.

O recurso visava a instauração de procedimento administrativo disciplinar contra o juiz federal Sergio Fernando Moro em âmbito da Corregedoria Geral de Justiça.

No entanto, em seu voto, o relator conclui pela inexistência de indícios de infração disciplinar. Nesse sentido, ao analisar os dispositivos imputados ao magistrado representado, quais sejam, artigo 35 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, artigos 12 e 25 do Código de Ética da Magistratura Nacional, o artigo 8º da Lei 9.296/1996 e a Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 59, de 9 de setembro de 2008 e, depois de transcrever os referidos dispositivos, o relator adverte que “[...] essas regras jurídicas só podem ser corretamente interpretadas à luz dos fatos a que se ligam e de todo modo verificado que incidiram dentro do âmbito da *normalidade* por elas abrangido.”⁷⁵⁶ Concluindo que tais normas não se aplicam em situações excepcionais, destarte, inobstante não refutando a tipicidade da conduta do reclamado acerca das supostas infrações, entendeu que as leis somente se aplicam em momentos de normalidade considerando, portanto, a Operação Lava Jato como uma situação excepcional que validaria a suspensão da norma: “É que a norma jurídica incide no plano da normalidade, não se aplicando às situações excepcionais [...]”⁷⁵⁷

⁷⁵⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 29.

⁷⁵⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti. 29 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019. p.04.

⁷⁵⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti. 29 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019. p.04.

Nesse trecho da decisão, é evidente a utilização de argumentos de estado de exceção ficto. Melhor explicando, quem afirma qual é o estado de normalidade e o de exceção, bem como quais as autoridades competentes a concluir pelo estado de exceção é a Constituição Federal. Conforme mencionado no início deste tópico, não estava decretado em território brasileiro nem estado de sítio, nem o de defesa.

Ademais, afirmar que um processo penal deve ser julgado, analisado, interpretado fora daquilo que se entende ser normalidade e que por tal razão justificaria atos ilegais do juiz (como foi o da interceptação e divulgação das gravações) e que a “norma não se aplicaria a casos excepcionais”, só a psicanálise para justificar, eis que o direito não fornece nenhuma guarida a tal decisão. Quem atribuiu poder a um desembargador dizer o que é exceção e quando se aplica ou não a lei? A psicanálise explica: “na busca pelo gozo dentro do processo penal de exceção, alguns neosujeitos, já denominados neojulgadores, podem adotar uma postura inquisitória e paranoica rumo à condenação – primado das hipóteses sobre os fatos”, como tática para diminuição das ansiedades oriundas de conflitos interiores, “mediando desejo, culpa e realidade”.⁷⁵⁸

Ademais, saindo da seara da psicanálise, Agamben constata que a teoria da necessidade se encontra imersa em um paradoxo, pois o significado de “a necessidade não tem lei” gera uma ambiguidade: a necessidade não reconhece a lei ou cria sua própria lei? Ou seja, “onde procedimentos de fato, em si extra ou antijurídicos, transformam-se em direito e onde as normas jurídicas se indeterminam em mero fato”.⁷⁵⁹

O fundamento desse vácuo deveria ser apenas nos limites constitucionais, no entanto, o Poder Judiciário tem feito uso desse mecanismo jurídico, permitido apenas em situações reais de perigo, a supressão de determinados direitos, visando proteger bens jurídicos considerados mais relevantes – de acordo com a decisão de um julgador, como o foi com o supracitado voto do Desembargador Rômulo Pizzolatti. O denominado estado de necessidade permite que uma ação inicialmente ilícita torne-

⁷⁵⁸ NUNES, Leandro Gornicki. Advocacia criminal: para além do mito da legalidade. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da, PAULA, Leonardo Costa de. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: escritos em homenagem ao prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, v. 5. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. p. 572.

ROSA, Alexandre Morais da. O estrangeiro, a exceção e o direito. In: **Direito e psicanálise: interseções a partir de “O Estrangeiro” de Albert Camus**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 64-65.

⁷⁵⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 45.

se permitida pelo direito, justificando a suspensão de toda a ordem jurídica vigente a fim de preservar o Estado.⁷⁶⁰

Assim, “a exceção sempre invoca uma necessidade que não conhece lei, nem limites. A estrita medida da necessidade é a estrita medida de algo que não tem limites, porque esses limites são estabelecidos por quem exerce o poder”⁷⁶¹ Ou seja, essa necessidade sempre necessitará do juízo subjetivo de quem exerce o poder.

Inobstante toda a construção de direitos contida na Constituição Federal de 1988, o desrespeito à racionalidade jurídica não parte unicamente do indivíduo que inadimpla o direito, mas, nomeadamente, das instituições, as quais, conforme se viu, no relato da história institucional do primeiro capítulo, são impregnadas de autoritarismo e mesmo transcorridos mais de 30 anos da entrada em vigor da Constituição, relutam em cumprir o direito e usar a norma máxima como integridade jurídica, em prol de interesses próprios e de uma linguagem privada. Abdicando da racionalidade, o Poder Judiciário tem tido rompantes solipsistas, usando o direito como instrumento de poder pessoal, de interesses escusos e que contradizem diretamente o texto constitucional, tudo sob a aparência de uma legalidade e uma busca de um bem maior.

Conforme se constata, o autoritarismo se apresenta sob nova fórmula, as medidas de exceção ocupam espaços dentro da democracia, há um regime jurídico próprio da guerra para combater o inimigo eleito pelo próprio Estado.

Neste sentido, as decisões que foram analisadas no capítulo anterior, embora violando expressamente garantias do acusado, se desvencilham da máxima *necessitas legem non habet* e, principalmente, do significado que lhe é atribuído; se origina de uma obscura subjetividade dos juízes, que estabelecem, de maneira solipsista, conforme cada intérprete, o que se caracteriza como excepcional ou não.

Com finalidade ilustrativa abaixo segue transcrição de parte de decisão proferida pelo então juiz Sergio Moro. Trata-se dos fundamentos utilizados pelo juiz para decretar a condução coercitiva.

Decido.

A condução coercitiva para tomada de depoimento é medida de cunho investigatório. Medida da espécie não implica cerceamento real da liberdade de locomoção, visto que dirigida apenas a tomada de

⁷⁶⁰ SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Elizete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁷⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 25

depoimento. Mesmo ainda com a condução coercitiva, mantém-se o direito ao silêncio dos investigados.⁷⁶²

O artigo 260, até então vigente⁷⁶³, dispunha que somente seria legal a decretação de condução coercitiva se o acusado não atendesse à intimação para o interrogatório, o que não foi o caso, conforme descrição no capítulo anterior. É necessário dizer que além de a decisão do juiz não respeitar até mesmo a redação do artigo 260, tida posteriormente como não recepcionada pela CF/88, desrespeitou direitos fundamentais insculpidos na carta constitucional, como o direito a não incriminação, o direito ao tempo necessário à preparação da defesa, direito ao devido processo legal, à ampla defesa, direito à imparcialidade, à paridade de arma e à presunção de inocência. Direitos humanos, expressos nas mais relevantes declarações de direitos internacionais.

Evidencia-se um processo penal de exceção. Tal decisão revela como tais processos “tornaram-se a face mais cruel do autoritarismo estatal”, por meio de um sistema de Justiça que abate os direitos e garantias mais importantes, isso tudo abarcado em uma espetacularização e irreversível condenação midiática – para isso serviu o espetáculo da condução coercitiva ilegal, inconstitucional e inconveniente. “Fulmina-se, conseqüentemente, um dos mais fundamentais elementos do devido processo legal, qual seja o princípio da imparcialidade”.⁷⁶⁴

Trata-se do inimigo eleito pelo agente estatal, aquele que justificaria o seu descumprimento legal, tudo com fins de garantir a efetividade da sua própria medida de justiça. De fato, na formulação de sua tese a respeito do estado de exceção, Agamben promove aproximações com a história do direito antigo, tomando de

⁷⁶² BRASIL. Justiça Federal. **Petição nº 5007401-06.2016.4.04.7000/PR**. Requerente: Ministério Público Federal. Requeridos: Marisa Leticia, Lula da Silva, Luiz Inácio Lula da Silva. Despacho/Decisão: Sergio Fernando Moro. Curitiba, 29 fev. 2016. Disponível: <https://www.conjur.com.br/dl/pf-violou-lei-penal-ordem-moro-conduzir.pdf>. Acesso em 21 jan. 2021.

⁷⁶³ ADPF n. 395: “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para pronunciar a não receção da expressão ‘para o interrogatório’, constante do art. 260 do CPP, e declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. O Tribunal destacou, ainda, que esta decisão não desconstitui interrogatórios realizados até a data do presente julgamento, mesmo que os interrogados tenham sido coercitivamente conduzidos para tal ato. Vencidos, parcialmente, o Ministro Alexandre de Moraes, nos termos de seu voto, o Ministro Edson Fachin, nos termos de seu voto, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente). Plenário, 14.6.2018.”

⁷⁶⁴ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto, BOMFIN, Anderson Medeiros. Lava Jato e o Princípio da Imparcialidade. In: STRECK, Lenio; CARVALHO, Marco Aurélio de (org.). **O livro das suspeições**. Ribeirão Preto: Grupo Prerrogativas, 2020. p.65.

empréstimo, além do conceito latino *homo sacer*⁷⁶⁵, o conceito romano de *iustitium*: uma “interrupção e suspensão do direito”.⁷⁶⁶ Determinar a suspensão da regra (a exceção) significa garantir a continuidade da regra, na medida em que tal determinação se justifica pela ameaça que sofre o estado da não exceção.

A justificativa para a suspensão do direito era no *tumultus*, que “designa tecnicamente o estado de desordem e de agitação [...] a desordem que se segue a uma insurreição interna ou a uma guerra civil”⁷⁶⁷ ou mesmo a uma guerra externa. Como afirmou Cícero, “pode existir uma guerra sem tumulto, mas não um tumulto sem uma guerra.”⁷⁶⁸

A ameaça do *tumultus* dava ensejo à decretação do *iustitium*, isto é, o estabelecimento da suspensão do direito, em que se permitiam atos não “transgressivos, nem executivos, nem legislativos”,⁷⁶⁹ que “parecem situar-se, no que se refere ao direito, em um não-lugar absoluto”,⁷⁷⁰ pois, a partir do *iustitium*, qualquer cidadão romano, independentemente de sua condição social, deixava de ter poderes ou deveres. O *iustitium* era justamente o “não lugar”, o “vazio”; era, mesmo, o próprio estado de exceção, e liberava aquilo que Agamben chama de força de lei.

Evidencia-se que a Vida Nua e o *Homo Sacer*, elementos do estado de exceção, são utilizados pelos julgadores brasileiros como meio, ainda que indireto, de justificar decisões fora da integridade do direito e contrárias à Constituição brasileira.

A primeira referência de Agamben ao conceito que se tornará o centro de sua filosofia a partir de 1995, quando escreve *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*, ou *Homo sacer I*, é feita justamente em seu livro sobre a linguagem; não se poderia esperar outra atitude que não a permanência da questão da linguagem em seu livro sobre a vida nua.

A articulação que deflagra toda a obra política de Agamben é centrada na, em alguma medida, inédita ideia de *vida nua*. A vida nua é a vida descartável. A vida do *homo sacer*. Com efeito, a manutenção da vida do *homo sacer* torna-se irrelevante

⁷⁶⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 72.

⁷⁶⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 72.

⁷⁶⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 68, 69.

⁷⁶⁸ Cícero apud AGAMBEN, 2003, p. 68.

⁷⁶⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 79.

⁷⁷⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 79.

para o poder soberano. Irrelevante para a ordem jurídica. Não que estivesse ela, de algum modo, protegida pelo direito, mas a sua inclusão no mundo jurídico é antecedida por uma exclusão. Esse paradoxo da soberania, a matriz oculta desse poder soberano, não representa uma falha de alcance ou de efetivação dos direitos humanos, mas sim a própria manifestação de sua construção formal. Nesse sentido, não há como afastar a relação entre estado de exceção e estado de direito.

A questão da vida nua não deve ser tratada como um defeito passível de reforma pelo estado de direito, pois não se trata de uma dinâmica linear de incluir aqueles que estão à margem do direito, mas de uma própria dinâmica formal do direito que produz a vida nua. Assim, o estado de exceção não é um *defeito*, passível de correção pelo estado de direito. Ao contrário, é ele o próprio *efeito* do estado de direito.

A origem do direito, largamente vinculada à ideia de poder soberano originário, é quem instala, instaura e conserva a vida nua. A partir de Agamben é possível afirmar que a produção da vida nua, *a vida sagrada e matável ao mesmo tempo*, é uma consequência da política ocidental, desde sua origem. Desde as primeiras construções em torno do Estado, da política, do direito e, conseqüentemente, da racionalidade ocidental.

Deste modo, a instauração do direito e da política ocidental são fruto de uma violência originária.⁷⁷¹ A partir das teses de Agamben, não há mais como admitir as teses contratualistas da ciência e da filosofia política, base epistemológica da imensa maioria das construções jurídicas que legitimam o poder. As teorias contratualistas partem do pressuposto de que o nascimento da política é germinado a partir de um acordo livre, espontâneo e tacitamente sugerido entre a população comum e o poder soberano.

Assim, a proposta conciliadora do contratualismo busca eliminar a origem violenta do Estado, a partir do pacto social que em absolutamente nada condiz com a realidade. Com base nessas teorias, a formalização da sociedade teria como suporte a concepção do indivíduo burguês, que entra em relação com os demais por força do contrato social. O consenso, na formação do estado civil, não pode ser admitido.

Nesse sentido, os apátridas, os refugiados, os moradores de rua, os usuários de crack que convivem nas “cracolândias”, os acusados de crimes atroz, dentre tantos outros, representam o conceito-limite desse modelo, exatamente por

⁷⁷¹ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 15.

dinamizarem aquilo que sempre esteve dentro desse contrato social, pelo método da captura, ou seja, estão inseridos no contrato a partir de sua exclusão.

Para o Agamben,⁷⁷² existe a ideia de uma inclusão numa ordem que se revela exclusão:

[...] o projeto democrático-capitalista de eliminar as classes pobres, hoje em dia, através do desenvolvimento, não somente reproduz em seu próprio interior o povo dos excluídos, mas transforma em vida nua todas as populações do Terceiro Mundo.

Estão fora do sistema ao mesmo tempo que reafirmam o sistema, pois as leis que intentam garantir seu “direito a ter direitos”, em uma imensidão de casos, recaem em uma “vigência sem significado”.⁷⁷³ A vida nua é, portanto, a vida que é protegida pelo sistema jurídico, ao mesmo tempo em que é abandonada por ele. Aquela vida cuja existência ou inexistência não importa ao sistema.

Definida para os dias atuais, na biopolítica moderna, o soberano é aquele que decide a respeito do valor ou da falta de valor da vida, quando certas vidas são identificadas e indiferenciadas com a figura do *inimigo* escolhido. Assim, a política mundial deve ser identificada como uma zona de indiferenciação, em que muitas vezes a preocupação com a manutenção da vida torna-se igual à luta contra o inimigo.⁷⁷⁴

O filósofo identifica a relação da política com a vida, argumentando em torno deste caráter intrinsecamente político da vida nua:

[...] o entrelaçamento entre política e vida tornou-se tão íntimo que não se deixa analisar com facilidade. À vida nua e aos seus *avatar* no moderno (a vida biológica, a sexualidade, etc.) é inerente uma opacidade que é impossível esclarecer sem que se tome consciência de seu caráter político; inversamente, a política moderna, uma vez que entrou em íntima simbiose com a vida nua, perde a inteligibilidade que nos parece ainda caracterizar o edifício jurídico-político da política clássica.⁷⁷⁵

⁷⁷² AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 186.

⁷⁷³ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 61.

⁷⁷⁴ PELBART, Peter Pál. **Vida capital**. Ensaios de biopolítica. São Paulo: Iluminuras, 2011. p. 63-64.

⁷⁷⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 126.

Agamben exemplifica a vida nua a partir dos campos de concentração nazistas, como uma zona de indiscernibilidade em que não há mais como, sequer, discernir a humanidade: uma vez que “os seus habitantes foram despojados de todo estatuto político e reduzidos integralmente à vida nua, o campo é também o mais absoluto espaço biopolítico que jamais tenha sido realizado”,⁷⁷⁶ o lugar onde os mais atrozes delitos puderam ser cometidos, sem que a lei os pudesse condenar. Nesse espaço, o poder tem diante de si a vida nua, sem mediação, e “a política é agora, literalmente, a decisão do impolítico (isto é, da vida nua)”.⁷⁷⁷

Em *Homo Sacer*, Agamben estende a condição do campo a situações atuais, sobretudo em relação a imigrantes e refugiados. Salienta que, nessas situações, a violência pode ou não acontecer, mas a suspensão dos direitos joga aquele que lhe é submetido na mesma zona de indiscernimento na qual os prisioneiros dos campos foram jogados. Não está, com isso, diminuindo o horror dos campos, mas, pelo contrário, apenas mostrando a que se pode chegar: o extremo da condição da exceção.

No Brasil, a exclusão social constitui um dos principais problemas e o discurso popularesco, grosseiro e primitivo contribui para esse maniqueísmo simplista. A sociedade, que clama por normas, acaba entrincheirando-se atrás de um discurso autoritário populista, que tem maior aceitação porque parece compensar a segurança perdida.

Com o advento do estado de direito, a zona de diferenciação entre a vida nua e a vida boa torna-se imprecisa e, de algum modo, entrelaçada. A vida nua daqueles que sobrevivem nesse modelo de política criado pelo Ocidente, que para Walter Benjamin é denominado “restos da história”, e a vida boa são aqueles livres para desfrutar sua existência. A primeira está sob o manto da exceção permanente, enquanto a segunda sob a proteção jurídica. Uma não vive sem a outra. Nesses termos, a relação de inclusão e exclusão está no próprio funcionamento da relação de exceção.⁷⁷⁸

⁷⁷⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 178.

⁷⁷⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p.180.

⁷⁷⁸ NASCIMENTO, Daniel Arruda. **Do fim da experiência ao fim do jurídico**: percurso de Giorgio Agamben. São Paulo: libertArs, 2012. p. 115.

Trata-se de um poder além das normas, das regulamentações e do controle – que escapa ao direito, portanto. Poder que, para Agamben, nos dias atuais, não é mais excepcional, conforme a construção do estado de exceção legal, mas o arquétipo de atuação dos Estados.

De fato, o estado de exceção é o paradigma estatal: “combatentes ilegais”, Patriot Act, zonas de proteção em reuniões de organismos internacionais, pacotes econômicos austeros, limites e contrassensos das democracias hodiernas, guerras preventivas, o executivo legislando por meio de decretos e medidas provisórias e o poder judiciário decidindo conforme a consciência do juiz solipsista em vez de respeitar a integridade da Constituição.

Tal “estratégia”, portanto, utilizada nas decisões, se reveste com o que pode se denominar hermenêutica de exceção, conceito construído a partir da análise das decisões do segundo capítulo, as quais não rompem com a tradição autoritária e o discricionarismo positivista e transformaram o sistema jurídico brasileiro em decisões de exceção. Trata-se de um “abrir mão do poder de atribuir sentidos em favor de uma espécie de Leviatã hermenêutico”, se referindo Streck à metáfora de Hobbes, de que o estado da natureza medieval foi delegado como todos os direitos em favor do Leviatã, representado pela soberania absoluta do Estado.⁷⁷⁹

Acerca da violação a garantias fundamentais, à margem do ordenamento jurídico, uma vida desprotegida, especialmente para um partido político na atualidade brasileira, ocasionou repercussão internacional. Em carta aberta, o pai do garantismo penal, Luigi Ferrajoli, em 15 de janeiro de 2018, manifestou preocupação e destacou a parcialidade dos agentes públicos na condução da Lava Jato:

A impressão que este processo desperta em extenso setor da cultura jurídica democrática italiana é aquela de uma ausência impressionante de imparcialidade pelos juízes e procuradores que o promoveram, dificilmente explicável senão com a finalidade política [...]. Essa ausência de imparcialidade _ favorecida pelo singular traço inquisitório do processo penal brasileiro, que é a confusão entre o papel julgador e o papel de instrução que é papel próprio da acusação – é confirmada por numerosos elementos.⁷⁸⁰

⁷⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos Juízes”. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET**, Curitiba, n. 1, p. 24, 2009. Disponível em: http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acesso em: ago. 2021.

⁷⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Dipartimento de Diritto Europeo**. Università degli Studi, 2018.

O autor italiano destacou quatro elementos que causam grande preocupação em relação à condenação do ex-presidente da República: I) a campanha da mídia orquestrada desde o início do processo contra o ex-presidente Lula; II) parcialidade dos magistrados, na concessão de inúmeras delações premiadas, um inaceitável protagonismo dos juízes, os quais se pronunciaram abertamente contra os acusados, e uma tendenciosa avaliação de provas; III) a parcialidade no processo aconteceu simultaneamente ao *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff, de sustentação jurídica duvidosa e, IV) por último, a aceleração no processo de segunda instância, em relação aos processos habituais, a fim de conseguir a condenação em segunda instância o mais rápido possível, para impedir o ex-presidente Lula de ser candidato nas próximas eleições.⁷⁸¹

O *homo sacer* escolhido pela Operação Lava Jato está destituído de direitos constitucionais, porém não só – como se não fosse suficiente – mas dos direitos humanos oriundos de um processo civilizatório denso e histórico, está nu de direitos, não importa o desvelamento que se possa obter, o resultado já está determinado.

A Operação Lava Jato apenas evidenciou, devido à grande repercussão midiática, uma realidade bastante comum no sistema penal, em que o direito penal e processual penal constituem-se de um poderoso instrumento de definição de inimigo, mas que no decorrer da história brasileira sempre envolvia grupos marginalizados.

O poder punitivo sempre conferiu tratamento penal distinto aos acusados, que a depender do risco e do perigo eram considerados inimigos do Estado. Explica Zaffaroni:

Esses seres humanos são assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente.⁷⁸²

O inimigo é um dos conceitos fundamentais do pensamento político de Carl Schmitt. Enquanto conceito político, este termo é construído no seu pensamento a partir de uma das mais emblemáticas e discutidas afirmações de toda a sua obra. Diz o autor, em *O Conceito do Político*, que: “a distinção política específica, aquela à qual

⁷⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Dipartimento de Diritto Europeo**. Università degli Studi, 2018.

⁷⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 11.

podem ser reconduzidas todas as ações e motivações políticas, é a distinção de amigo e inimigo”.⁷⁸³

Com esta afirmação, Schmitt inaugurou caminho de um dos corolários da sua teoria política, a distinção/oposição entre amigo e inimigo, mas foi o inimigo que se tornou o seu mais conhecido e, ao mesmo tempo, sórdido conceito. Neste ponto, procura-se revisitar o conceito de inimigo em Carl Schmitt, e, por outro, desenvolver as possíveis ramificações desse conceito, inserindo-o no contexto da Lava Jato, notadamente, das decisões proferidas em desfavor do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

É certo que o conceito de inimigo de Schmitt é indissociável da situação política e social da Alemanha durante o período que se seguiu à Primeira Guerra Mundial, nomeadamente durante o período da República de Weimar, pois o jurista desconfiava profundamente da organização democrática da comunidade e dos resultados mais imediatos, considerando que esta implicava uma indesejável amálgama entre os interesses do Estado e os interesses da sociedade.

O autor alemão ainda enfrenta a natureza do político afirmando que “a diferenciação especificamente política, à qual podem ser relacionadas as ações e os motivos políticos, é a diferenciação entre amigo e inimigo”⁷⁸⁴ e ainda que “o conceito de Estado pressupõe o conceito de político”.⁷⁸⁵

Diz Schmitt que esta distinção entre amigo e inimigo pode conduzir todas as ações e motivos políticos: “o inimigo político não tem que ser moralmente mau, nem esteticamente feio; não faz falta que este surja como concorrente econômico e, inclusivamente, pode ser vantajoso ter negócios com ele”.⁷⁸⁶

A este propósito, Schmitt chama atenção para como a suposta afirmação de Clausewitz, segundo a qual a guerra é uma continuação da política por outros meios, corresponde a um erro de citação.⁷⁸⁷ Segundo Schmitt, o que Clausewitz verdadeiramente afirmou é que a guerra é um mero instrumento da política e que, apesar de ser a *última ratio* das relações de identidade e conflito que subjazem aos conceito de amigo e inimigo, não as esgota de todo.⁷⁸⁸

⁷⁸³ SCHMITT, Carl. **O conceito de político**. Teoria do Partisan. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 26.

⁷⁸⁴ SCHMITT, Carl. **O conceito de político**. Teoria do Partisan. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 19 e 27.

⁷⁸⁵ SCHMITT, Carl. **O conceito de político**. Teoria do Partisan. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 07.

⁷⁸⁶ SCHMITT, Carl. **O conceito de político**. Teoria do Partisan. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 57.

⁷⁸⁷ SCHMITT, Carl. **O conceito de político**. Teoria do Partisan. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 57.

⁷⁸⁸ SCHMITT, Carl. **O conceito de político**. Teoria do Partisan. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 63.

Para Carl Schmitt, somente se considera inimigo aquele inimigo público, ou seja, aquele que se encontra em estado de hostilidade relativamente a toda a comunidade. A distinção entre amigo e inimigo (público) não é aquilo que a política faz, mas sim aquilo que a política é. O político carrega em si a possibilidade de paz (a amizade), como a possibilidade real de guerra (a inimizade).

Ainda sobre o conceito de inimigo público, Schmitt entende que a distinção entre amigo e inimigo apenas fará sentido a um nível internacional, o que terá como correspondente a ideia de que os inimigos públicos são, em princípio, Estados, ou seja, inimigos públicos externos. Não obstante, face à heterogeneidade dos mapas políticos internos de cada Estado, Schmitt é levado a admitir a possibilidade de que os agrupamentos de amigos e inimigos se formassem no interior do próprio Estado. Assim, tanto é inimigo público o Estado com o qual se mantém uma situação de hostilidade, como aquela pessoa ou grupo cuja existência é uma ameaça real à manutenção da unidade política interna, isto é, o inimigo público interno.

Assim, Carl Schmitt constatou que a decisão é o problema central de todo o direito⁷⁸⁹, “soberano é quem decide sobre o estado de exceção⁷⁹⁰” e decidir sobre o estado de exceção é decidir, fundamentalmente, sobre quando se aplicará o ordenamento jurídico e quando ele será suspenso.

Agamben, na formulação de sua tese a respeito do estado de exceção, promove aproximações com a história do direito antigo para sua definição de inimigo, tomando de empréstimo, do conceito latino *homo sacer* (homem sacro), figura do direito romano arcaico na qual a vida humana é incluída no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão. A vida do *homo sacer*, no direito romano arcaico, era desprovida de valor. Tratava-se, em realidade, de um homem que o povo julgou por um delito e, embora não seja lícito sacrificá-lo, quem o mata jamais será condenado por homicídio.⁷⁹¹

A vida *homo sacer* é uma “vida matável e insacrificável”, na qual a vida humana é incluída no ordenamento jurídico sob a forma de exclusão⁷⁹², ou seja, uma vida desprovida de proteção e garantias. O inimigo vive no banido, o *homo sacer* é o que

⁷⁸⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

⁷⁹⁰ SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.07.

⁷⁹¹ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

⁷⁹² AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 16.

dá concretude ao poder soberano, aquele que, no estado de direito, tem a legitimidade para realizar o estado de exceção. Em sentido estritamente negativo, a sacralidade desse homem correspondia a deixá-lo à própria sorte, ou seja, submetido à ira e ao desejo dos deuses, uma vez que, por seus atos, atentou contra a paz entre os homens e os próprios deuses. Era, portanto, um inimigo público, alguém que atentava contra a própria cidade.

Era, de outro modo, a figura do Direito Romano em que a vida humana era incluída no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão. A vida do *homo sacer* era desprovida de valor. É certo que nas últimas décadas o inimigo ou *homo sacer* tenha ganhado o primeiro plano das discussões, debilitando as garantias processuais, movendo-se para um direito penal do autor. A conexão entre direito e política tem limitado ao mero exercício do poder de designar o inimigo, “para destruí-lo ou reduzi-lo à impotência total”.⁷⁹³

O tratamento diferenciado que se destina ao *homo sacer* consiste em que o direito lhe nega a condição de pessoa. Esclarece Zaffaroni:

A rigor, quase todo o direito penal do século XX, na medida em que se teorizou admitindo que alguns seres humanos são perigosos e só por isso devem ser segregados ou eliminados, coisificou-os sem dizê-lo, e com isso deixou de considerá-los pessoas, ocultando esse fato com racionalizações.⁷⁹⁴

Para Zaffaroni, um dos fatos mais importantes para transformação parcial do poder punitivo foi a concentração urbana, que aumentou consideravelmente o número de indesejáveis e também as dificuldades do seu controle social, desconhecidas nas sociedades rurais com forte controle e escassa circulação de informações.⁷⁹⁵

No século XX, os inimigos foram submetidos a um sistema penal paralelo, os judeus, considerados subhumanos pelos nazistas, os inimigos do Estado para os fascistas, os parasitas para os soviéticos, todos compostos por tribunais especiais inquisitoriais.⁷⁹⁶

Exerceram seu poder repressivo de forma genocida, criando sistemas penais subterrâneos, com desaparecimentos, torturas e execuções policiais, individuais e em massa. Lembra Zaffaroni que:

⁷⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 63.

⁷⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 18.

⁷⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 45.

⁷⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 55.

As leis penais destes autoritarismos mostravam só a cara visível do sistema penal formal e alguma coisa do sistema penal paralelo, enquanto que, por trás dos panos, funcionava o mais terrível, o subterrâneo, sem lei e sem limites.⁷⁹⁷

Agamben elucida que a partir do momento em que o direito não mais consegue cumprir com a sua função de garantir o bem comum, abandona-se a lei, isto é, quando se torna um incômodo, o direito é afastado, suspenso.

O Estado de exceção, segundo Streck, “ocorre quando determinadas leis ou dispositivos legais são suspensos (no sentido de não serem aplicados). Ou seja, alguém com poder põe o direito que acha adequado para aquele — e cada — caso”. Com efeito, o soberano é quem realiza a escolha, a decisão sobre o Estado de exceção, afirma Carl Schmitt. Streck ainda fala, de maneira generosa, sobre um “Estado de Exceção Regional(izado)”, ou seja, “ao menos em uma área sensível do Brasil já vivemos esse fenômeno denunciado por autores como Giorgio Agamben”. Ocorre “quando se suspende uma lei que trata de direitos e essa suspensão não tem correção porque quem tem de corrigir e não o faz ou convalida a suspensão, é porque o horizonte aponta para a exceção”.⁷⁹⁸

A partir de tais pressupostos Streck elenca tópicos, vinte e um para ser mais exato, “que compõem uma espécie de *check list* para saber se estamos ou não perigosamente na tênue linha do Estado de exceção”, a saber:

1. a advocacia se torna um exercício de humilhação cotidiana;
2. indício e presunções viram prova, prova é transformada em uma mera crença e juiz condena réu a longa sentença (reformada) baseado em meros relatos de delatores;
3. faz-se condução coercitiva ATÉ de advogado, em flagrante violação do CPP e da CF;
4. advogado é processado por obstrução de justiça porque aconselha seu cliente a não fazer colaboração premiada;
5. ocorre divulgação (seletiva ou não) de gravações resultantes de interceptações não autorizadas; isto é, quando a GloboNews e o Jornal Nacional sabem antes do próprio réu;
6. arquiva-se, com argumentos de política e não de princípio, representação contra quem procedeu — confessadamente — a divulgação da prova ilícita;
7. ex-ministra do Superior Tribunal de Justiça confessa que foi conivente com vazamento, sob o argumento de que a ilegalidade era para o bem;

⁷⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 55.

⁷⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. Check list: 21 razões pelas quais já estamos em Estado de exceção. **Consultor Jurídico**. 29 jun. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-29/senso-incomum-check-list-21-razoas-pelas-quais-estamos-estado-excecao>. Acesso em: 15 dez. 2021.

8. o MP faz denúncia criminal considerada por Tribunal Regional Federal como coação ilegal (assim, literalmente) e isso não acarreta repercussão nos órgãos de fiscalização do MP;
9. membros do Ministério Público e do Judiciário se manifestam em redes sociais (tomam lado), confessando parcialidade e incitando a população contra o Tribunal Superior Eleitoral, face a julgamento com o qual não concordam;
10. agentes políticos do Estado vendem, por intermédio de agenciamento comercial, palestras por altos valores, autopromovendo-se a partir de processos judiciais das quais são protagonistas;
11. ocorre a institucionalização da ausência de prazo para prisões preventivas (há casos de prisões que ultrapassam a dois anos, usadas para forçar delações premiadas) e acusados (ou indiciados) “aconselhados” a trocarem de advogado, para contratarem causídicos “especialistas” em delação;
12. juiz constrói um Código de Processo Penal próprio, a ponto de, no bojo de uma sentença de um réu, dar incentivo condicionado à delação de um outro réu, tudo à revelia da lei e do CPP;
13. se institucionaliza a dispensa dos requisitos do artigo 312 do CPP para decretação de prisão preventiva; lei vale menos que o clamor popular;
14. um agente político do Estado troca de lado no combate ao crime: em linguagem ludopédica, é um craque — sai do ataque e vai para a defesa;
15. delações concluídas e homologadas à revelia da legislação, inclusive com cumprimento de penas que-não-são-penas porque não houve julgamento; ou seja, o prêmio da delação premiada é recebido antes do processo;
16. “normalização” do lema “se delinquir, delate” (conforme bem denuncia o jornalista Vinícius Mota): “está aberta a via para um ciclo de delações interminável e potencialmente infernal, porque composto de informações de difícil comprovação”; lambuzamo-nos com o melado recém-descoberto, diz Mota;
17. perigo de se institucionalizar uma espécie de “lavagem de prova ilícita”, isto é, a legitimação de delações sem denúncia e “constitucionalização” da possibilidade de uso de prova ilícita (por exemplo: o sujeito, via prova ilícita de raiz, chega ao MP e faz acordo; com esse acordo, recebe imunidade; depois essa prova estará “lavada” e o judiciário não mais poderá anulá-la);
18. naturalização de decisões que decretam prisões baseadas em argumentos morais e políticos;
19. naturalização de denúncias criminais baseadas em construções ficcionais; enfim, decisões (atenção: o ato de denunciar alguém já é uma decisão) que deveriam ser baseadas no Direito não passam de escolhas baseadas em opiniões morais e políticas;
20. como se fosse candidato a senador ou presidente da república, candidato a PGR diz que precisamos de uma reforma política..., mostrando, assim, que alguma coisa está fora de ordem nas funções estatais;
21. por último, estamos em Estado de exceção Regional (EER) quando todos os itens acima não causam indignação na comunidade

jurídica e parcela majoritária dela os justifica/naturaliza pelo argumento de que “os fins justificam os meios”.⁷⁹⁹

Arremata o autor sobre a extensão da lista, a qual apresenta sintomas: “O que aqui foi exposto é simbólico. Tudo começou com o ativismo e a judicialização da política... para chegar ao ápice: a politização da justiça.”⁸⁰⁰

Assim, a jurisdição de exceção assinala-se “pela simplificação da decisão a si mesma, sem qualquer mediação real pelo direito. Ademais, caracteriza-se por uma provisoriedade inerente, pois não trata de extinguir o direito”, mas de suspendê-lo em situações em que é conveniente. Trata-se de um poder que se expõe de maneira “bruta e, por consequência, com sua não autolimitação, nem mesmo por qualquer regra de coerência ou racionalidade”. Nesse último ponto, a “decisão judicial de exceção não se influencia nem produz ‘jurisprudência’ para situações semelhantes juridicamente. Mudando-se os atores envolvidos ou o fim político, muda-se a decisão, retornando-se ao direito” ou engendrando nova exceção.⁸⁰¹

O direito é utilizado, portanto, como instrumento de autoritarismo pelo Estado, meio pelo qual as instituições saem de sua esfera de atuação constitucional e criam zonas de exceção, elegendo indivíduos como inimigos e por tal razão impassíveis de serem sujeitos de direito, o *homo sacer*, atribuindo ao direito um sentido inautêntico, especialmente com finalidades políticas. Com tal fito serão observadas duas decisões proferidas no âmbito da Operação Lava Jato.

Conforme se constata, o autoritarismo se apresenta sob nova fórmula, as medidas de exceção ocupam espaços dentro da democracia, há um regime jurídico próprio da guerra para combater o inimigo eleito pelo próprio Estado.

Neste sentido, as decisões analisadas, embora violando expressamente garantias do acusado, se desvencilham da máxima *a necessitas legem non habet* e, principalmente, do significado que lhe é atribuído, se origina de uma obscura subjetividade dos juízes, que estabelecem, de maneira solipsista, conforme cada intérprete, o que se caracteriza como excepcional ou não.

⁷⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz Check list: 21 razões pelas quais já estamos em Estado de exceção.

Consultor Jurídico. 29 jun. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-29/senso-incomum-check-list-21-razoas-pelas-quais-estamos-estado-excecao>. Acesso em: 15 dez. 2021.

⁸⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz Check list: 21 razões pelas quais já estamos em Estado de exceção.

Consultor Jurídico. 29 jun. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-29/senso-incomum-check-list-21-razoas-pelas-quais-estamos-estado-excecao>. Acesso em: 15 dez. 2021.

⁸⁰¹ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto; BOMFIN, Anderson Medeiros. Lava Jato e o Princípio da Imparcialidade. In: STRECK, Lenio; CARVALHO, Marco Aurélio de (org.). **O livro das suspeições**. Ribeirão Preto: Grupo Prerrogativas, 2020. p.74.

A necessidade para o desembargador Rômulo Pizzolatti seria o “ineditismo” da Operação Lava Jato, recorrendo a fundamentos pouco convincentes, tornando-se claro que um direito fundamental não pode ser suprimido em nome de uma convicção equivocada, ou seja, através de um julgamento de exceção, não dando a resposta correta de acordo com a Constituição.

De acordo com o que foi debatido, a atuação estatal sem os limites do direito, sem o controle constitucional, acarreta no processo decisório a escolha de decisões no âmbito político e moral do detentor do poder decisório. Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico, suas decisões se dão nesta zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam.

Esse modo de agir, empregado nas decisões judiciais objeto de estudo, reflete o que se pode denominar hermenêutica de exceção, conceito construído a partir da análise das decisões do segundo capítulo e das bases conceituais da Crítica Hermenêutica do Direito. Cumpre ressaltar que as decisões descritas no segundo capítulo não romperam com a tradição autoritária e, portanto, inquisitivista, nem com o discricionarismo positivista, além disso, decompueram o sistema jurídico brasileiro em decisões de exceção, representando a soberania absoluta do Estado.

O próximo tópico caminha para a construção da definição de hermenêutica de exceção, apresentando os instrumentos utilizados no processo penal a fim de formar um consenso, uma “voz das ruas” que fosse suficiente para fundamentar o desvio do direito, o espetáculo, assim, passa a ser usado como ferramenta para fazer valer o realismo jurídico em prejuízo da Constituição Federal.

4.2 O PROCESSO PENAL DO ESPETÁCULO DURANTE A LAVA JATO: O FUNDAMENTO PARA A EXCEÇÃO

A Revolução Francesa, para o direito, segundo o que poderia chamar de senso comum histórico, teria apresentado importante evolução do campo dos direitos do homem, os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade seriam aplicados a todos. Contudo, a história já é conhecida, com a tomada do poder pela burguesia, ocorreu tão somente a troca de papéis; o povo, que não era nem nobre, nem burguês, continuou à mercê de diversas mazelas, a igualdade proclamada residiu apenas em teoria ou, como dizem, no campo formal.

A partir do instante em que as desigualdades se acentuaram, com êxodo rural, Revolução Industrial, condições de trabalho precárias, esse povo à margem passou a incomodar; os crimes contra o patrimônio aumentaram de maneira assombrosa, por outro lado, era preciso que esse corpo trabalhasse no chão de fábrica.

É nesse ponto que a Revolução Francesa produz o seu paradoxo. Agora no que diz respeito à liberdade, esse povo não possuía terras, qualquer tipo de bens, o que tinham eram seus corpos e, nesse ponto, é que o controle passou a ser exercido. Esse corpo deveria ficar horas trabalhando e caso infringisse a lei, seria aprisionado. Em ambos os casos, a liberdade era apenas um sonho distante, já não havia igualdade, agora sequer liberdade.

Surge o que se denomina sociedade disciplinar, de fato, as soluções para o bom adestramento, as técnicas empregadas pela sociedade disciplinar são em resumidas em duas: 1) existe uma arquitetura útil para moldar a sociedade, o ambiente físico – as escolas, os hospitais, as fábricas, os presídios – em que se exerce o poder nos corpos físicos; 2) o tempo é reproduzido, seriado, cronometrado, a rotina é o modelo, por meio do qual cada indivíduo é controlado, “uma macro e uma microfísica do poder permitiram [...] a integração de uma dimensão temporal, unitária, cumulativa no exercício dos controles e na prática das dominações”⁸⁰².

Já a denominada sociedade de controle é uma etapa à frente da sociedade disciplinar. Não que a última tenha deixado de existir, entretanto foi ampliada para o campo social de produção. De acordo com Foucault, a disciplina é interiorizada, agora encontra-se também na subjetividade. A disciplina na sociedade de controle é exercida essencialmente por três meios globais totais: o medo, o julgamento e a destruição. Deleuze esclarece que na sociedade disciplinar não se “parava de recomeçar (da escola à caserna, da caserna à fábrica), enquanto nas sociedades de controle nunca se termina nada, a empresa, a formação, o serviço sendo os estados metaestáveis e coexistentes de uma mesma modulação”, ao que Deleuze afirma: “como que de um deformador universal”.⁸⁰³

Acumulando-se aos dois tipos de sociedade descritas anteriormente que coexistem e interconectam-se, Debord apresenta a sociedade do espetáculo.

⁸⁰² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 38 ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 155.

⁸⁰³ DELEUZE, Gilles. **Post-scriptum sobre as sociedades de controle**. Conversações: 1972-1990. Tradução de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: 34, 1992. p. 221.

Prosseguindo com as análises sobre as transformações sociais, com o aparecimento da grande mídia, depois das mídias sociais e de novas compreensões sobre a intimidade, vida privada e vida social, Debord assevera que o espetáculo “recobre toda a superfície do mundo”.⁸⁰⁴ O espetáculo não está apenas, como outrora, nos megaeventos, agora possui uma concepção ontológica da existência humana, por meio da qual passa a se manifestar, assim, o possuir e o demonstrar. Mostrar-se, por meio das tecnologias, faz parte de um poder espetacular, que funciona como controle e disciplinar. Segundo Debord:

O espetáculo apresenta-se ao mesmo tempo como a própria sociedade, como uma parte da sociedade, e como instrumento de unificação. Enquanto parte da sociedade, ele é expressamente o setor que concentra todo o olhar e toda a consciência. Pelo próprio fato de este setor ser separado, ele é o lugar do olhar iludido e da falsa consciência; e a unificação que realiza não é outra coisa senão uma linguagem oficial da separação generalizada. O espetáculo não é um conjunto de imagens, mas uma relação social entre pessoas, mediada por imagens. O espetáculo não pode ser compreendido como o abuso de um mundo da visão, o produto das técnicas de difusão massiva de imagens. Ele é bem mais uma *Weltanschauung* tornada efetiva, materialmente traduzida. É uma visão do mundo que se objetivou. O espetáculo, compreendido na sua totalidade, é ao mesmo tempo o resultado e o projeto do modo de produção existente. Ele não é um suplemento ao mundo real, a sua decoração readicionada. É o coração da irrealidade da sociedade real. Sob todas as suas formas particulares, informação ou propaganda, publicidade ou consumo direto de divertimentos, o espetáculo constitui o modelo presente da vida socialmente dominante. Ele é a afirmação onipresente da escolha já feita na produção, e o seu corolário o consumo. Forma e conteúdo do espetáculo são, identicamente, a justificação total das condições e dos fins do sistema existente. O espetáculo é também a presença permanente desta justificação, enquanto ocupação da parte principal do tempo vivido fora da produção moderna.⁸⁰⁵

Assim, bem esclarece Agamben que é na forma desse mundo separado e organizado por meio “dos media, em que a forma do estado e da economia se copenetraram, que a economia mercantil tem acesso a um estado de soberania absoluta e irresponsável sobre a vida social inteira”. Após a falsificação do aglomerado da produção, ela pode “manipular a percepção coletiva e assenhorar-se da memória e da comunicação social, para transformá-las em uma única mercadoria espetacular, em

⁸⁰⁴ DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**: comentários sobre a sociedade do espetáculo. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 13.

⁸⁰⁵ DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**: comentários sobre a sociedade do espetáculo. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 13.

que tudo pode ser posto em discussão, exceto o espetáculo mesmo”, que, em si, não fala outra coisa a não ser: “o que aparece é bom, e o que é bom aparece”.⁸⁰⁶

A herança de Debord, na sociedade do espetáculo consumada, reside no que Agamben elucida: “o espetáculo é a linguagem, a própria comunicabilidade ou o ser linguístico do homem. Isso significa que a análise marxiana é integrada no sentido de que o capitalismo”, ou o sistema de produção dominante hoje, não estava tornado exclusivamente “para a expropriação da atividade produtiva, mas também e sobretudo para a alienação da própria linguagem, da própria natureza linguística e comunicativa do homem, daquele logos no qual um fragmento de Heráclito identifica o Comum”.⁸⁰⁷

Nessa produção de sentido e do próprio *dasein*, embora inautêntico porque criado com o fim específico – a linguagem não deveria ser instrumento – a força da mídia provoca, com desígnios “comerciais e outros nem tanto, a vivacidade do espetáculo ‘violência’, capaz de instalar a ‘cultura do pânico’, fomentador do discurso da ‘Defesa Social’ e combustível inflamável para aferrolhar o desalento constitutivo” do indivíduo atacado “com a ‘promessa de segurança’, enfim, de realimentar os ‘estereótipos’ do crime e criminoso mote dos discursos da ‘Lei e Ordem’”.⁸⁰⁸ O espetáculo distorce a realidade, enfraquece as instituições e os atores jurídicos, de acordo com Batista:

[...] a advocacia criminal constitui modalidade consentida de cumplicidade *ex post facto* com o delito; membros do Ministério Público veem-se enaltecidos na razão direta do desprezo que tenham pela privacidade e outros direitos civis dos acusados; magistrados que levem a sério a tarefa de velar pelas garantias constitucionais e de conter o poder punitivo ilegal ou irracional são fracos e tolerantes (a tolerância já não é uma virtude, como supunha Locke).⁸⁰⁹

Assim, a maneira extrema “da expropriação do Comum é o espetáculo, isto é, a política em que vivemos. Mas isso quer dizer, também, que, no espetáculo, é a nossa própria natureza linguística que nos vem ao encontro invertida”. Por isso, a

⁸⁰⁶ AGAMBEN, Giorgio. **A comunidade que vem**. Tradução e notas Cláudio Oliveira. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 72.

⁸⁰⁷ AGAMBEN, Giorgio. **A comunidade que vem**. Tradução e notas Cláudio Oliveira. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 72.

⁸⁰⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal**: a Bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 215.

⁸⁰⁹ BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *In: Discursos sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 274, 2002.

violência do espetáculo é tão destrutiva,⁸¹⁰ e não é diferente no processo penal, no direito que é expropriado e invertido com uma finalidade escamoteada.

Destarte, os “processos penais de exceção tornaram-se a face mais cruel do autoritarismo estatal, isso tudo através de um sistema de Justiça que subtrai, diuturnamente, os direitos e garantias mais elementares”, isso tudo submerso em uma espetacularização e irreversível condenação midiática, sem direito a recurso. Fulmina-se, de tal maneira, “um dos mais fundamentais elementos do devido processo legal, qual seja o princípio da imparcialidade.”⁸¹¹

Com efeito, o processo penal nunca foi ou será um fenômeno inocente, no sentido de que sempre foi um instrumento de manifestação de poder atendendo a outros fins do que aqueles legalmente previstos, como ressalta Casara:

[...] Nunca se deveria esquecer que o processo penal pode servir como instrumento de repressão e incremento da violência social (modelo autoritário) quanto de garantia dos direitos fundamentais (modelo democrático); tanto como instrumento de perseguição política (e exemplos não faltam na história recente) quanto meio de racionalização do poder penal.⁸¹²

Casara ainda elucida que a linguagem do espetáculo é construída a partir da tradição, que no caso brasileiro, conforme a construção histórica apresentada no primeiro capítulo, é marcadamente autoritária. Somam-se a isso os interesses dos detentores dos meios de produção. “O julgamento-espetáculo, portanto, visa agradar ao espectador-ator social que assiste/atua condicionado por essa tradição autoritária” (por tal razão, atores sociais autoritários são alçados a patamares de heróis e/ou salvadores da pátria, a exemplo muito nítido e recente do ex-juiz Sergio Moro e do ex-promotor Deltan Dallagnol). “Nessa toada, os direitos e garantias fundamentais passam a ser percebidos como obstáculos que devem ser afastados em nome dos desejos de punição e eficiência do mercado”; no processo penal do espetáculo, portanto, os fins justificam os meios.⁸¹³

⁸¹⁰ AGAMBEN, Giorgio. **A comunidade que vem**; tradução e notas Cláudio Oliveira. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 72-73.

⁸¹¹ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto, BOMFIN, Anderson Medeiros. Lava Jato e o Princípio da Imparcialidade. In: STRECK, Lenio; CARVALHO, Marco Aurélio de (org.). **O livro das suspeições**. Ribeirão Preto: Grupo Prerrogativas, 2020. p.74.

⁸¹² CASARA, Rubens. **Processo Penal do Espetáculo**: (e outros ensaios). 2. ed. Florianópolis: Tirant To Blanch, 2018. p.17.

⁸¹³ CASARA, Rubens R.R. A espetacularização do processo penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.24, n.122, p. 313, ago. 2016.

Essa busca utilitarista e espetacularizada do processo penal é a razão pela qual há ataques de parcela da magistratura contra o princípio da presunção de inocência, que inclusive foi mitigado pelo STF ao autorizar início do cumprimento da pena com condenação em segundo grau. Em respeito à integridade do direito, apesar do placar apertado (6 votos a 5) no julgamento, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela impossibilidade de iniciar o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, publicando os acórdãos das ações declaratórias de constitucionalidade ns. 43⁸¹⁴, 44 e 54.

Tal espetacularização do processo penal ocorreu de forma inquestionável no “desenrolar da Operação Lava Jato, a qual durante toda a sua execução” realizou prisões – conduções coercitivas, divulgação de interceptação telefônicas ilegais e sem que o réu tenha tido acesso, dentre outros instrumentos – golpeando as garantias “constitucionais dos investigados e, como consequência, o processo penal, para forçar as tão famosas `delações premiadas`, ou, simplesmente, efetivar a produção de provas”⁸¹⁵ ou, ainda, para justificar condenações sem provas suficientes, como o caso do tal citado PowerPoint e da inesquecível frase de Dellagnol: “não tenho provas, mas tenho convicção”.

Assim, dentre tantos espetáculos ocorridos durante a Lava Jato, dois fatos foram selecionados neste tópico para pesquisa, por se relacionarem com a 24ª fase da Operação e com o objeto do estudo, a hermenêutica de exceção. Ambos revelam como o direito foi utilizado como mero instrumento para “legitimar” as decisões, com a condução coercitiva do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em 4 de março de 2016, e a divulgação do conteúdo de áudios captados em decorrência das interceptações telefônicas autorizadas, no dia 16 (dezesesseis) de março de 2016, em

⁸¹⁴ PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Repte.(s): Partido Ecológico Nacional – PEN. Relator (a): Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 nov. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 20 ago. 2021.

⁸¹⁵ SANTOS, Claudia Aparecida Caobianco dos; LIMA, Hugo Henrique Ferreira; SILVA, Keyla Carolina da; BERTI, Luiza Gabriella; DELMONACO, Maria Julia Pieroli; VELASQUEZ, Fernanda Garcia. Mídia e sociedade do espetáculo: Uma manifestação do direito penal do inimigo. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**. Umuarama. v. 23, n. 2, p. 300, jul./dez. 2020.

um momento estrategicamente determinado para impedir a nomeação do ex-presidente Lula como Ministro.

A partir destes dois casos, é possível visualizar o espetáculo punitivo durante a Lava Jato, no sentido de demonstrar que Sergio Moro, no exercício da atividade judicante, utilizou-se da mídia e da opinião pública para “legitimar” as ilegalidades praticadas por ele durante a Operação, através de um discurso populista.

Como já abordado anteriormente, a condução coercitiva determinada ao ex-presidente pelo então juiz Sergio Moro somente seria permitida legalmente (naquela ocasião) se o acusado não atendesse à intimação para o interrogatório; inobstante foi autorizada, utilizando-se de fundamentos estranhos ao direito. No outro caso, do levantamento e publicização do diálogo entre Lula e Dilma, restava evidente a ilegalidade da medida, inobstante todas os recursos e medidas legais, em todas as instâncias, denunciando a gravidade do ato pela defesa do ex-presidente, que não tiveram êxito.

Trata-se da utilização do espetáculo para criar consenso na sociedade, uma representação fática falsa da realidade a fim de justificar o realismo jurídico, o qual configura-se, em termos gerais, “de uma postura de viés não cognitivista (entendido no sentido da metaética). Para os realistas, o direito estaria muito próximo de uma técnica operacional e decorreria daquilo que o intérprete diz”, o direito, assim, encontra-se na decisão. É o realismo um contorno do “positivismo fático que, ao buscar superar o formalismo-exegético, acabou por abrir caminho para discricionariedade e decisionismos”, técnica, infelizmente, corriqueira nas decisões brasileiras, o que expõe a crise da dogmática jurídica que o Estado brasileiro encara.

No caso específico da Lava Jato, notadamente no caso específico do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o discurso autoritário exercido pelo Poder Judiciário brasileiro e os meios de comunicação, que têm operado com total autonomia da realidade, contribuíram para uma vida nua, uma vida sem proteção, uma vida exposta à violência estatal. Já não mais importa o que a Constituição e o direito como um todo estabeleçam, os juízes têm decidido utilizando-se de argumentos de política e não de direito – valem as vozes das ruas, ainda que elas tenham sido criadas pelo próprio aparato que delas se aproveita –, violando princípios basilares do Estado Democrático de Direito e para a legitimação da violência por meio do direito utilizam-se de argumentos solipsistas, transformando o direito em instrumento de decisões paradigmáticas.

Nessa perspectiva, as práticas ilegais são justificadas sob as mais variadas alegações e se amparam em pseudofundamentos que não são alcançáveis pelos limites da lei. Diante da complexidade de estratégias que foram utilizadas durante o processo da Lava Jato, que mereceriam um capítulo à parte, neste tópico pretende-se apenas evidenciar a aliança entre a mídia e o Poder Judiciário que surtiram fortes efeitos na opinião pública e na política. Preliminarmente à narrativa dos fatos ocorridos durante a Operação Lava Jato que revelam o espetáculo, faz-se necessário conceituar espetáculo.

4.2.1 A manipulação midiática durante a Lava Jato

A Operação Lava Jato colocou em evidência o efeito explosivo que pode causar para a democracia a combinação de um cenário de desgaste político e partidário, com a postura “ativista” de juízes e membros do Ministério Público aliada à mídia.

A mobilização de diversos segmentos da sociedade, aparentemente sem fins partidários, em busca de um propósito comum e o discurso populista de combate à corrupção foram alimentados pela mídia.

A espetacularização midiática ocorre quando não se tem um compromisso com a verdade dos fatos, mas sobretudo com o espetáculo. A Lava Jato de fato era uma grande história, mas faltavam alguns elementos para esse escândalo tornar-se um espetáculo. Diante de um bom enredo, era necessária a construção dos personagens: o protagonista (o herói da trama), um inimigo a ser combatido e um propósito maior e coletivo a ser alcançado.

Ainda, necessária a ponderação realizada por Maria Lúcia Karam, para a qual os magistrados “não se distinguem dos demais habitantes do mundo pós-moderno, acostumados a apreender o real através da intermediação midiática”.⁸¹⁶ Apesar de tal constatação, o que foi possível visualizar na Operação Lava Jato, especialmente nas decisões que se analisa, foi a utilização da mídia para formar consenso na sociedade brasileira e justificar o uso da linguagem privada em detrimento da linguagem pública, do direito.

Tática similar, mas sem a força das redes sociais, foi utilizada pelo sistema de justiça italiano nos anos 1990, com uma operação-limpeza capitaneada por policiais,

⁸¹⁶ KARAM, Maria Lúcia. **O direito a um julgamento justo e as liberdades de expressão e informação**. São Paulo: Boletim do IBCCRIM, out. 2001.

promotores e juízes italianos, na qual a Lava Jato se inspirou, ignorando os desfechos que o desrespeito ao direito teve em terras europeias. Com efeito, a Operação Mãos Limpas (*Mani Pulite* – MP), “foi antes de tudo uma tragédia – ainda que tenha trazido como resultado imediato um *pasticiacio* italiano, a era Berlusconi”. Isso em razão de que poucos “agentes eram aparentemente bem intencionados, ainda que um pouco certos demais de suas convicções espirituais. Outros, porém, menos ambíguos, pareciam mais próximos dos prazeres da carne”⁸¹⁷, lá como aqui.

A Operação Mãos Limpas teve acontecimentos cinematográficos. “Um drama ao vivo e em cores. Com o espetáculo diário de vazamentos de informações escandalosas que faziam a alegria dos meios de comunicação”. Nos dois anos de operação, totalizaram quase 5 mil prisões, as quais resultaram em apenas 1.300 condenações. Em contrapartida, 31 suicídios⁸¹⁸, entre 1992 e 1994. Inúmeros “deles com requintes de drama – eram inocentes que não suportavam a destruição de sua imagem e o desgaste psicológico. Alguns chamam essas ocorrências de ‘danos colaterais’, civis atingidos em uma guerra.”⁸¹⁹

⁸¹⁷ MORAES, Reginaldo Corrêa de. ‘Mani Pulite’. A tragédia, a farsa e a ressaca. **Jornal da Unicamp**, Campinas: SP, 04 jul. 2019. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/reginaldo-correa-de-moraes/mani-pulite-tragedia-farsa-e-ressaca>. Acesso em: 15 dez. 2021.

⁸¹⁸ O que também ocorreu no Brasil: “Na noite de 11 de maio de 2016, Luiz Carlos Cancellier de Olivo celebrou o ápice de sua bem-sucedida carreira acadêmica. No palco do auditório Garapuvu, em Florianópolis, foi empossado reitor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) pela qual tinha graduação, mestrado, doutorado em Direito sob os olhares de colegas de trabalho que o viam como um homem doce, de fala mansa e conciliador. Nos primeiros meses que se seguiram, tudo ia bem. [...] Em 14 de setembro último (2021), Cancellier foi preso, despido, algemado. Virou símbolo de um esquema de corrupção milionário dentro da universidade, um escândalo noticiado pelos maiores jornais do Brasil. Sua foto com uniforme laranja de presidiário circulou pelas redes sociais. Não demoraram os ataques de ódio. [...] A Polícia Federal informou que o reitor fora preso sob acusação de obstruir a investigação, não diretamente implicado no suposto desvio de milhões de reais. Mas a essa altura o estrago em sua imagem já lhe parecia irreversível. A reitoria havia amanhecido pichada como a frase “ladrões devolvam os 80 milhões”. Cancellier foi afastado do seu cargo e proibido de pisar na universidade que frequentava há quatro décadas, situada em frente ao apartamento onde morava. De fato, ele jamais voltou a tocar os pés na UFSC. Nesta terça-feira, seu caixão foi carregado por amigos e familiares e velado no mesmo auditório Garapuvu da sua posse após Cancellier ter tirado a própria vida se jogando do quinto andar de um shopping. Ele tinha 59 anos. [...] Desde que a Lava Jato foi deflagrada em 2014, se noticiou uma tentativa de suicídio, a do assessor do ex-ministro Antonio Palocci, Branislav Kontic. Houve outro suposto intento, do almirante Othon Silva. O ex-presidente da Eletronuclear teria tentado tirar a própria vida após ter sido condenado, no início de agosto do ano passado, a 43 anos de prisão pelos crimes de corrupção, lavagem de dinheiro, evasão de divisas e organização criminosa durante as obras da usina nuclear de Angra 3, também na Lava Jato.” TORRES, Aline. O suicídio do reitor para quem prisão foi ultraje e sentença de morte. **El País**. Brasil. Florianópolis, 04 out. 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/04/politica/1507084756_989166.html. Acesso em: 15 dez. 2021.

⁸¹⁹ MORAES, Reginaldo Corrêa de. ‘Mani Pulite’. A tragédia, a farsa e a ressaca. **Jornal da Unicamp**, Campinas: SP, 4 jul. 2019. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/reginaldo-correa-de-moraes/mani-pulite-tragedia-farsa>

Evidentemente, “a tragédia foi clara: reduziu um país de enorme tradição política à figura de uma feira de horrores. Farsa e ressaca não tardariam a revelar-se”. Os fatos são alcançados pela intervenção midiática – que era contemplada pelos agentes públicos (juízes, promotores) como um instrumento fundamental para “deslegitimar a resistência dos poderosos interesses envolvidos. Só que a mídia, aparentemente, queria mais. E teve o que parecia pretender: a completa desmoralização da “partidocracia”. Assim se espalharia “a certeza de que o espaço da política, o *locus* público, era o da corrupção, já o espaço da ‘sociedade’, o *locus* privado, era o da pureza, das ‘pessoas de bem’”.⁸²⁰

Destarte, naquele panorama “acordo, consenso passou a significar conluio, conspiração. Com um pouquinho mais de mídia, ‘sociedade’ passava a ser ‘soluções de mercado’, gestão, produção de todos os bens através de empresas privadas”, de maneira suposta mais eficientes, cristalinos, imunes à corrupção. No começo dos anos “90 essa ‘renovação’ das ideias coletivas se completava – um novo ‘saber convencional’ tomava posse da alma dos italianos. Um novo senso comum, privatizante”. Alcançou o topo do poder italiano o homem que resumia essa novel era “– um empresário efusivo e, vejam só, dono de um império de mídia. Berlusconi aparecia como alguém que não era político profissional – e um gestor ‘sério’, ainda que também ostentando seu lado de personagem de ópera de circo”, uma característica que iria se exacerbar ao longo do tempo, até se tornar sua marca registrada.⁸²¹

Novamente, aqui como lá, são de conhecimento notório os deletérios efeitos que a Operação Lava Jato causou ao Brasil, no direito, na economia e na política, a eleição de Bolsonaro com o discurso de mercado e liberal, somada ao advento da pandemia mundial – que no momento da escrita desse texto completa seu segundo ano – causou ao Brasil danos que somente décadas de evolução, sem retrocessos, serão capazes de reverter.

e-ressaca. Acesso em: 15 dez. 2021.

⁸²⁰ MORAES, Reginaldo Corrêa de. ‘Mani Pulite’. A tragédia, a farsa e a ressaca. **Jornal da Unicamp**, Campinas: SP, 4 jul. 2019. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/reginaldo-correa-de-moraes/mani-pulite-tragedia-farsa-e-ressaca>. Acesso em: 15 dez. 2021.

⁸²¹ MORAES, Reginaldo Corrêa de. ‘Mani Pulite’. A tragédia, a farsa e a ressaca. **Jornal da Unicamp**, Campinas: SP, 4 jul. 2019. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/reginaldo-correa-de-moraes/mani-pulite-tragedia-farsa-e-ressaca>. Acesso em: 15 dez. 2021.

A eleição de Bolsonaro, em nossa visão, é parte de uma reorganização do bloco hegemônico no poder –sempre um “equilíbrio instável de compromissos” (POULANTZAS, 2008: 309) –, que impulsionou diferentes setores da sociedade a posições de poder. Seguindo a lição de Marx sobre a Revolução de 1848 na França (2011: 64), podemos entender por que em momentos como esses, quando divisões e contradições são intensificadas, certos fragmentos de classe e seus representantes aparecem como soluções para a renovação das lógicas de exploração, dominação e lucro.⁸²²

Mas este não é o ponto, por isso, retoma-se ao uso da mídia como instrumento para fundamentar o uso da linguagem privada nas decisões analisadas.

Apesar do conhecido resultado – e de todos os efeitos negativos – da operação italiana, o então juiz Sergio Moro, publica, no ano de 2004, em revista científica seu apreço pelos métodos utilizados pela operação Mãos Limpas, especialmente o uso da mídia, nas palavras do ex-juiz: “a denominada operação mani pulite (mãos limpas) constitui um momento extraordinário na história contemporânea do Judiciário [...]” e segue afirmando: “a opinião pública pode constituir um salutar substitutivo, tendo condições melhores de impor alguma espécie de punição a agentes públicos corruptos, condenando-os ao ostracismo”.⁸²³ E continua:

Os responsáveis pela operação mani pulite ainda fizeram largo uso da imprensa. Com efeito: para o desgosto dos líderes do PSI, que, por certo, nunca pararam de manipular a imprensa, a investigação da “mani pulite” vazava como uma peneira. Tão logo alguém era preso, detalhes de sua confissão eram veiculados no “L’Espresso”, no “La Republica” e outros jornais e revistas simpatizantes.⁸²⁴

Nota-se que 10 anos antes, um dos principais expoentes da Lava Jato defendia de forma explícita o vazamento de informações para a mídia como instrumento para formar consenso entre a opinião pública e justificar o desprezo ao direito.

De fato, a superexposição nas redes sociais e nos meios de comunicação durante a Operação não se restringiu aos investigados, como o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, mas a todos os profissionais do sistema da justiça envolvidos na Operação. Certamente, a mídia interferiu no enredo da Operação Lava Jato, bem

⁸²² BELLO, Enzo, CAPELA, Gustavo; KELLER, Rene José. Operação Lava Jato: ideologia, narrativa e (re)articulação da hegemonia. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 03, p. 1665-1667. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/53884>. Acesso em: 29 out. 2021.

⁸²³ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite. **Revista CEJ- Conselho Justiça Federal**, Brasília, n. 26, p.56-62, jul-set. 2004.

⁸²⁴ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite. **Revista CEJ- Conselho Justiça Federal**, Brasília, n. 26, p.56-62, jul-set. 2004.

como na criação e propagação de estereótipos, especialmente na figura do “herói” e do “inimigo”, contribuindo sobremaneira para o desfecho dos veredictos.

A mídia também foi instrumentalizada pelos agentes do sistema da justiça, sobretudo pelo Judiciário, sob o discurso populista de garantir a continuidade das investigações e o combate à corrupção. O direito e, conseqüentemente, o Estado Democrático de Direito foram gravemente violados.

Portanto, não se trata de apenas mais um escândalo de corrupção, constituindo-se “um novo paradigma de relacionamento da mídia com a política em nosso país, que começou a se esboçar durante a cobertura do Mensalão, mas só amadureceu sob a Lava Jato”⁸²⁵.

É inegável o papel relevante que a mídia tem no campo político, social e cultural dentro da sociedade atual, já que “[...] a mídia determina a ordem do dia da sociedade: ela não pode ditar às pessoas o que pensar, mas decide no que elas vão pensar”.⁸²⁶ Inobstante, no âmbito da Operação Lava Jato, as estratégias utilizadas pela mídia revelaram a articulação entre o espetáculo e a política, visando não apenas atrair o público para o consumo, mas como um grande instrumento utilizado na disputa por poder, como construtor de legitimidade política e do uso da linguagem privada.

Wittgenstein define linguagem privada como sendo aquela que só o indivíduo e instituidor poderia compreender. Trata-se de uma linguagem que constituiria propriedade privada daquele que faz uso, uma linguagem que não poderia ser traduzida em outra, qualquer que fosse. Ou seja, uma linguagem cujas palavras se referem ao que só a pessoa que fala pode conhecer. Em Investigações, Ludwig Wittgenstein assenta o problema de uma linguagem privada, explicando e fundamentando contra a possibilidade de existência de semelhante linguagem. Pois de acordo com a filosofia da linguagem, nossa linguagem não é somente contingentemente uma ação intersubjetiva e socialmente estabelecida. Trata-se de uma linguagem formada por signos efetivamente dotados de sentido e significado; é, essencialmente, algo que não é possível estabelecer solipsisticamente, na privacidade de nossa subjetividade e sem acesso a uma instância intersubjetiva.⁸²⁷

⁸²⁵ KERCHE Fábio; FERES João JR (org.). **Operação Lava Jato e a democracia brasileira**. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 225.

⁸²⁶ BERTRAND, Claude-Jean. **A deontologia das mídias**. Bauru: EDUSC, 1999. p. 53.

⁸²⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophische Untersuchungen**. Band 1. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1995.

Não há, conforme esclarece Streck, linguagem privada que tenha capacidade para estabelecer sentidos do mundo; “há, sim, somente linguagem pública. Essa é a grande contribuição da viragem linguística e a aproximação do segundo Wittgenstein com a hermenêutica”.⁸²⁸ No entanto, o sujeito solipsista, a fim de criar consenso sobre sua atribuição de sentido privado, sua linguagem particular, utiliza-se da opinião pública. Consenso público que de nada tem de democrático, posto que manipulado e encobridor da verdade, um sentido inautêntico, portanto. Foi o que fez a operação italiana e a brasileira, conforme tem sido apresentado na pesquisa que se delinea.

Portanto, democracia não se resolve com a regra da maioria, porque exprime uma noção meramente quantitativa, ignorando a dimensão normativa mais exigente, “seriam também políticas as decisões tomadas com base em uma pseudo vontade da maioria, clamor popular ou até mesmo — e no limite — interesse partidário”⁸²⁹. A comunidade democrática⁸³⁰ não está unida por questões meramente fáticas conjunturais, como uma espécie de acidente do destino⁸³¹, mas por uma ideia de parceria, de um empreendimento político comum.⁸³²

As decisões judiciais analisadas durante a Operação Lava Jato são antidemocráticas, porque violam as regras do jogo, que definem previamente quem está autorizado a exercer cada papel. Nesse sentido, a democracia constitui “[...] a montagem de um acarouço de normas que definem antecipadamente os atores e a forma do jogo[...]”⁸³³, cuja finalidade é proteger os direitos fundamentais dos indivíduos contra possíveis abusos por parte dos diversos atores.

⁸²⁸ STRECK, Lenio Luiz, **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 18

⁸²⁹ STRECK, Lenio Luiz. O Supremo, contramajoritarismo e “Pomo” de ouro. Senso Incomum. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 12 de julho de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>. Acesso em: 2 ago. 2020.

⁸³⁰ Dworkin utiliza a metáfora de uma orquestra para explicar o que vem a ser uma comunidade democrática. Assim como uma orquestra é formada por pessoas as mais diferentes, de localidades diferentes, com línguas, tradições, culturas diferentes, mas que, no entanto, estão unidas por um projeto comum (tocar determinada peça musical, fazer uma apresentação etc.), também uma comunidade democrática apresenta as mesmas características fundamentais. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 62.

⁸³¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁸³² PEDRON, Flávio Quinaud. Sobre a semelhança entre interpretação jurídica e interpretação literária em Ronald Dworkin. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 15-139, 1. sem. 2005.

⁸³³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2019. p. 115.

De tal modo, que o avanço do Poder Judiciário para cima de competências expressamente asseguradas para os outros dois Poderes, amparado pelo fragmentado e ideologizado consenso social, altera e rompe com a engenharia constitucional traçada pela Constituição Federal. Portanto, o Judiciário não tem que – nem pode – assumir uma função representativa, abdicando de assumir o papel contramajoritário, sob pena de se perder e, com isso, perder a própria legitimidade democrática de suas decisões.

Destarte, sem a pretensão de investigar os reais objetivos da mídia hegemônica brasileira durante a Operação Lava Jato, mas apenas contextualizar o momento midiático brasileiro é, sem dúvida, inequívoco a influência da mídia no processo de formação da opinião pública e, conseqüentemente, no desfecho da Operação Lava Jato. Afinal, a mídia tem a “[...] capacidade de intervir no curso dos acontecimentos, de influenciar as ações dos outros e produzir eventos por meio da produção e da transmissão de formas simbólicas”⁸³⁴ e serviu como instrumento de defesa dos interesses privados. É nesse sentido que, para Noam Chomsky e Edward S. Herman:

A mídia de massa serve como um sistema para comunicar mensagens e símbolos à população em geral. A função dessas mensagens e símbolos é divertir, entreter, informar e inculcar nas pessoas os valores, credos e códigos de comportamento que as integrarão às estruturas institucionais da sociedade maior. O cumprimento desse papel, em um mundo de má distribuição de renda e de importantes conflitos de interesse de classe, requer uma propaganda sistemática.⁸³⁵

Não é incomum que os estados de exceção utilizem a mídia para atacar a honra, a imagem e a identidade política daqueles que são considerados inimigos. A lógica adversarial da política democrática é substituída pela lógica da destruição midiática da imagem do inimigo, quando sistemas judiciais antecipam publicamente juízos que deveriam estar circunscritos aos limites do devido processo legal⁸³⁶.

Conforme foi explicado no primeiro capítulo, a base popular, importante elemento para a sustentação da força do Estado, no campo do processo penal, foi direcionada e canalizada pela mídia. O que acarretou um intenso decisionismo

⁸³⁴ THOMPSON, John B. **A mídia e a modernidade**. RJ: Vozes. 5 ed. 2003. p. 24.

⁸³⁵ CHOMSKY, Noam. HERMAN, Edward. **A manipulação do público**. São Paulo: Futura, 2003. p. 61.

⁸³⁶ CITTADINO, Gisele; MOREIRA, Luiz. **Aliança política entre mídia e judiciário (ou quando a perseguição torna-se implacável)**. O caso Lula: a luta pela afirmação dos Direitos Fundamentais no Brasil. São Paulo: Contracorrente. 2017. p. 93-94.

judicial⁸³⁷, acoplado aos interesses midiáticos daqueles que são detentores do poder, em prejuízo dos despojados do sistema de bem-estar e, por tal motivo, os incluídos no sistema criminal, no processo penal, alvos do sistema de justiça criminal e quem quer que os represente. O Estado, na compreensão autoritária, desempenha uma alarmante função “pedagógica”, educa pela força e pela ideologia. Tais funções, com a redemocratização, foram transportadas ao sistema criminal, na percepção de que “o sujeito deve ser punido exemplarmente”, para que sirva de exemplo aos outros,⁸³⁸ a tão defendida função preventiva da pena.

Assim, a estratégia tradicional da mídia, a qual – conforme apontamentos do primeiro capítulo – possui suas bases na ideologia fascista, a fim de desempenhar a manipulação aplica a chamada *agenda-setting*, o mecanismo de funcionamento e a escolha de temas que atraiam o interesse e a atenção da sociedade, concentrando a atenção das pessoas em tais desígnios, a fim de serem refletidos nas esferas sociais, com o intento de criar consentimento entre o público. Destarte, no campo do sistema criminal, a eleição do protótipo de crime e criminoso, de inimigos de todos aqueles que são “cidadãos de bem” que devam ser punidos – afinal, são inimigos –, até mesmo com execuções sumárias pelas forças policiais. A metodologia da *agenda-setting*, portanto, tem como objetivo primeiro a centralização da atenção das pessoas em um assunto específico, que cause comoção ou sentimento de repulsa.⁸³⁹

No Brasil, portanto, a Operação Lava Jato, conforme é possível concluir, foi análoga a Mãos Limpas, dentre outras coisas, à ação da mídia, em função do uso inequívoco da estratégia da *agenda-setting*, além de outras técnicas de modulação, com o uso de redes sociais, aparelho que não existia na época da operação italiana. O intento da mídia nas duas operações foi idêntico, criar um consenso público, de um inimigo comum e de um Estado a salvar (destruir a corrupção), apesar das inúmeras e graves violações aos direitos e garantias fundamentais, à integridade do direito.

⁸³⁷ Lenio Streck, sob os aportes da Crítica Hermenêutica do Direito, cria uma Teoria da Decisão Judicial, pela qual traça uma diferença entre decidir e escolher. A decisão caracteriza um julgamento por princípio; a escolha, por sua vez, por critérios variáveis de pessoa para pessoa. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 112.

⁸³⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 86.

⁸³⁹ SOUZA, Joyce; AVELINO, Rodolfo; SILVEIRA, Sérgio Amadeu (org.). **A sociedade de controle:** manipulação e modulação nas redes digitais. São Paulo: Herdra, 2018.

É importante lembrar a tradição autoritária e colonial em que se assentam as bases da sociedade brasileira e é nesses “contextos e processos nos quais se insere a Operação Lava Jato”. Trata-se de “produtos do concreto, da história real, no sentido em que fala Althusser, mas também como forças que conjugam fatos e elementos capazes de criar discursos e influenciar as estruturas de poder”. Dentre esses processos elementar é o da história colonial brasileira a qual “influenciou e ainda influencia a integração do Brasil na divisão global do trabalho” e, além disso, vincula “as atuais instituições do Brasil ao legado da escravidão”, o racismo estrutural⁸⁴⁰, e dentre outros elementos revelam que a “Operação Lava Jato reproduziu as lógicas colonial e familiar em suas práticas judiciais”.⁸⁴¹

Durante o desenrolar do processo e das investigações, foram lançados filmes e série “ficcional”. A série “O Mecanismo”, lançada pela Netflix em ano de eleições presidenciais, apresentou ao público os criminosos, antes mesmo de haver um desfecho processual (processos que foram anulados posteriormente). Nesse sentido, interessante a análise que segue:

O Mecanismo apresenta uma versão maniqueísta e parcial da crise política brasileira, na medida em que descreve como heróis abnegados o juiz e as forças policiais à frente da Operação Lava-Jato e desqualifica políticos em geral, e aqueles ligados ao PT de modo particular. As revelações, com base em vazamentos de conversas entre os integrantes da cúpula da Lava-Jato, feitas pelo Intercept Brasil, serviram para evidenciar as relações nada banais entre os universos da realidade e ficção no processo, visto que, constrangido pelas informações, o diretor da série José Padilha veio a público demonstrar arrependimento pelo modo como havia retratado Sergio Moro em sua narrativa. Dessa forma, fica evidenciado o uso político de uma narrativa ficcional.⁸⁴²

Durante toda a Lava Jato, em suas 80 fases, a mídia sempre foi uma estratégia externa à batalha jurídica para criar um cenário irreal. Assim, não apenas o direito foi

⁸⁴⁰ MOURA, Clóvis. **Sociologia do negro brasileiro**. São Paulo: Ática, 1988; FERNANDES, Florestan. **Capitalismo dependente e classes sociais na América Latina**. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975; CHALHOUB, Sidney. "The Legacy of Slavery: Tales of Gender and Racial Violence in Machado de Assis". In: AIDOO, Lamonte; SILVA, Daniel F. (org.). **Emerging dialogues on Machado de Assis**. New York: Palgrave Macmillan, 2016. p. 55-69.

⁸⁴¹ BELLO, Enzo, CAPELA, Gustavo; KELLER, Rene José. Operação Lava Jato: ideologia, narrativa e (re)articulação da hegemonia. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 03, p. 1665-1667. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/53884>. Acesso em: 29 out. 2021.

⁸⁴² ALBUQUERQUE, Afonso; QUINAN, Rodrigo; MEIMARIDIS, Melina. O Mecanismo e a mediação ficcional da Operação Lava-Jato. **Questões Transversais**, São Leopoldo, Brasil, v. 8, n. 16, 2021. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/questoes/article/view/19584>. Acesso em: 19 dez. 2021.

utilizado como um instrumento ou arma, mas a mídia foi utilizada “para criar suspeitas difusas sobre o inimigo escolhido, a fim de descredibilizá-lo e de ocultar a falta de materialidade das acusações”.⁸⁴³

É nítido, portanto, o intercruzamento das ações da mídia e o Poder Judiciário, especialmente no que se refere às publicações da mídia nos primeiros anos da Lava Jato e às medidas destinadas à investigação do ex-presidente, situação que esclarece ainda mais o contexto em que foi proferida a decisão objeto de estudo, de 22 de setembro de 2016, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Assim, neste tópico não se objetiva rastrear o conteúdo e os veículos utilizados para a divulgação das informações, mas evidenciar a mídia como parte desse espetáculo chamado Lava Jato.

Não resta dúvida de que o “Espectáculo Lava Jato” teve como característica marcante a manipulação midiática, de carga sensacionalista, valorizando os símbolos e acentuando o interesse pelo crime⁸⁴⁴, pois está intrinsecamente ligado à manutenção da hermenêutica de exceção pelo Poder Judiciário brasileiro.

Ao longo da investigação judicial sobre os crimes relacionados à corrupção, a mídia tratou o tema como um verdadeiro espetáculo punitivo⁷². O discurso midiático transmitiu a ideia de que um interesse particular é o centro do espaço público, trazendo, inclusive, estudos e especialistas confirmando a centralidade do tema. Com o seu poder, alcance e tentativa de convencimento, revelou uma imagem fragmentada da realidade, como descreve Charaudeau:

A ideologia do “mostrar a qualquer preço”, do “tornar visível o invisível” e do “selecionar o que é o mais surpreendente” (as notícias ruins) faz com que se construa uma imagem fragmentada do espaço público, uma visão adequada aos objetivos das mídias, mas bem afastada de um reflexo fiel. Se são um espelho, as mídias não são mais do que um espelho deformante, ou mais ainda, são vários espelhos deformantes ao mesmo tempo, daqueles que se encontram nos parques de diversões e que, mesmo deformando, mostram, cada um à sua maneira, um fragmento amplificado, simplificado, estereotipado do mundo.⁸⁴⁵

⁸⁴³ ZANIN, Cristina. MARTINS, Valeska e VALIN, Rafael. **LAWFARE**. Contracorrente. São PAULO: 2020. p. 52.

⁸⁴⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

⁸⁴⁵ CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso das mídias**. São Paulo: Contexto, 2013. p. 15-16.

A mídia não é um espaço das livres ideias ou opiniões, mas sim um espaço em que o poder aparece como um espetáculo, em que a própria democracia é espetacularizada – apesar de que uma mídia livre, ética e imparcial é um importante alicerce da democracia, contudo, ainda encontra-se na seara da utopia. Assim, a notícia é “tratada”, “manipulada” para convencer o leitor da veracidade dos fatos. Portanto, o discurso midiático é um fragmento deformado da realidade, na qual se entrelaçam interesses econômicos e políticos, construindo-se um sentido particular do mundo, uma construção da linguagem privada, portanto, instrumento para atingir uma finalidade.

Para Charaudeau, extrair a informação do discurso midiático é mais complexo do que o próprio discurso político, pois a mídia transmite a imagem de que é contra o poder e a manipulação da opinião pública, no entanto a sociedade se torna refém dela, notadamente pelos efeitos passionais provocados. Isso porque, enquanto o mundo político está intimamente ligado ao poder e, por conseguinte, à manipulação, o mundo das mídias tem a suposta pretensão de se definir contra o poder e contra a manipulação. Alerta Charaudeau que:

[...] as mídias são utilizadas pelos políticos como um meio de manipulação da opinião pública - ainda que o sejam para o bem-estar do cidadão; as mídias são criticadas por constituírem um quarto poder; entretanto, o cidadão aparece com frequência como refém delas, tanto pela maneira como é representado, quanto pelos efeitos passionais provocados, efeitos que se acham muito distantes de qualquer pretensão à informação.⁸⁴⁶

Na 24ª fase da Operação Lava Jato, denominada Aletheia, a Polícia Federal investigava indícios de que Lula teria recebido o dinheiro desviado da Petrobras por meio da execução de reformas no apartamento triplex do Guarujá e do sítio de Atibaia.

A publicidade das gravações telefônicas partiu do titular da 13ª Vara Federal de Curitiba, o magistrado Sergio Fernando Moro, no pedido de quebra de sigilo de dados telefônicos feito pelo MPF⁸⁴⁷. O magistrado entendeu que não haveria mais necessidade de manter o sigilo, porque se fazia necessário propiciar a ampla defesa

⁸⁴⁶ CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso das mídias**. São Paulo: Contexto, 2013. p. 17.

⁸⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônica n.º 5006205-98.2016.4.04.7000/PR**. Requerente: Ministério Público Federal. Curitiba, 16 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-levantamento-sigilo.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2019.

e a publicidade processual⁸⁴⁸. Nesse caso específico, Sergio Moro colocou em prática técnica da operação Mãos Limpas, e que, enquanto autor de artigo publicado em 2004, entende ser necessário para atingir a finalidade do processo: condenações, obtidas por meio de confissões e colaborações, graças ao apoio da opinião pública, obtida por meio da espetacularização do processo:

A publicidade conferida às investigações teve o efeito salutar de alertar os investigados em potencial sobre o aumento da massa de informações nas mãos dos magistrados, favorecendo novas confissões e colaborações. Mais importante: garantiu o apoio da opinião pública às ações judiciais, impedindo que as figuras públicas investigadas obstruíssem o trabalho dos magistrados, o que, como visto, foi de fato tentado. Há sempre o risco de lesão indevida à honra do investigado ou acusado. Cabe aqui, porém, o cuidado na desvelação de fatos relativos à investigação, e não a proibição abstrata de divulgação, pois a publicidade tem objetivos legítimos e que não podem ser alcançados por outros meios.⁸⁴⁹

Ocorre que o diálogo telefônico a que foi dado destaque pelos jornais e demais veículos de comunicação foi colhido às 13h32min, do dia 16 de março, período posterior ao despacho de interrupção (11h12 - evento 112) e a implementação da ordem junto às operadoras. A conversa interceptada entre Lula e Dilma mencionava um referido documento que poderia ser utilizado pelo ex-presidente “caso fosse necessário”, o que foi interpretado como a nomeação do ex-presidente como ministro. Duas horas e quarenta e oito minutos depois de receber as interceptações, às 16h19, o magistrado Sergio Moro profere um despacho (evento 135) determinando a publicidade das conversas gravadas.

No dia 16 de março de 2016, o Jornal Nacional noticiava a divulgação dos grampos telefônicos entre a então Presidente Dilma Rousseff e o ex-presidente Lula e a consequente crise do governo. A exposição das interceptações partindo do Judiciário e colocadas em mídia nacional foi preponderante para o desenrolar dos acontecimentos políticos subsequentes.

⁸⁴⁸ “[...] O levantamento propiciará assim não só o exercício da ampla defesa pelos investigados, mas também o saudável escrutínio público sobre a atuação da Administração Pública e da própria Justiça criminal. A democracia em uma sociedade livre exige que os governados saibam o que fazem os governantes, mesmo quando estes buscam agir protegidos pelas sombras”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônica n.º 5006205-98.2016.4.04.7000/PR**. Requerente: Ministério Público Federal. Curitiba, 16 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-levantamento-sigilo.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2019

⁸⁴⁹ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite. **Revista CEJ- Conselho Justiça Federal**, Brasília, n. 26, p.59, jul-set. 2004.

Neste dia, o Jornal Nacional não mencionou o fato de que as interceptações telefônicas foram colhidas após a interrupção da autorização judicial. No entanto, a informação acerca desse fato foi feita apenas no final da edição do dia 17. Ignorando o fato de que o ex-presidente não era réu em nenhum processo criminal, os diálogos transcritos durante o Jornal tiveram como fundo as imagens do dinheiro escorrendo pelos canos de petróleo. Durante as duas edições do Jornal, o investigado pela Operação Lava Jato não foi ouvido nenhuma vez.

Ainda no dia 16, a edição do Jornal mencionou seis vezes que havia indícios de ações para atrapalhar as investigações da Lava Jato, alternando a fonte das informações entre a polícia federal e os integrantes da Lava Jato. Após estes acontecimentos, o processo de *impeachment* ganhou força, devido à grande repercussão midiática da: 1) condução coercitiva do ex-presidente e 2) a divulgação dos diálogos telefônicos.

Também, no dia 16 de março, duas horas e dezoito minutos depois do evento 135, às 18h38, o Portal G1 da Globo já divulgava e a emissora anunciava nos intervalos televisivos a notícia de que o juiz Sergio Moro havia autorizado o levantamento do sigilo e tornado públicos grampos da ligação entre Lula e Dilma. E que esses grampos continham indícios de uma suposta obstrução da Justiça. Nos intervalos televisivos da emissora, anunciava-se que a crise do governo Dilma Rousseff atingira o ponto mais alto: “[...] Os grampos têm indícios fortes de que o objetivo da ida de Lula para o Ministério foi mesmo tirá-lo do alcance do juiz Moro”⁸⁵⁰.

Para Luiz Moreira, o vazamento das informações obtidas durante o processo judicial para os jornais durante a Operação Lava Jato somente se explica a partir de uma tentativa de interferência na disputa eleitoral.

[...] No fundo, esse vazamento deslegitima o sistema de justiça, porque ele perde sua imparcialidade, porque perde seu apego à legalidade. Cria-se a sensação de que estamos num vale-tudo e que o sistema de justiça, além de imiscuir-se na disputa eleitoral, também não tem compromisso com a ordem jurídica.⁸⁵¹

⁸⁵⁰ CASTRO, Fernando; NUNES, Samuel; VLADIMIR NETTO. Moro derruba sigilo e divulga grampo de ligação entre Lula e Dilma; ouça. *In: G1*, São Paulo, 16 mar. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/03/pf-libera-documento-que-mostra-ligacao-entre-lula-e-dilma.html>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁸⁵¹ MOREIRA, Luiz. Tentativa de interferência na disputa eleitoral. *In: LEIE*, Paulo Moreira. **A outra história da Lava-Jato**. São Paulo: Geração Editorial, 2015. p. 84.

Anteriormente a estes fatos, a Lava Jato sempre foi explorada pela mídia de uma forma sensacionalista e mentirosa, sem qualquer compromisso com a verdade, mas fiel a interesses contrários ao compromisso social.

No ano de 2014, as capas das revistas já davam sinais do enredo: “Mãos Sujas: a operação que tem o poder de redimir o Brasil de tantas operações frustradas e punições nunca aplicadas⁸⁵²”, “Eles sabiam de tudo”⁸⁵³, “Operação Mãos Sujas: acusados do maior caso de corrupção da história brasileira manobram para tirar de cena o juiz responsável pelo processo”⁸⁵⁴

Em 2015, o protagonista heroico da Lava Jato era desenhado pela mídia, com dezenas de fotos de Sergio Moro estampando as capas de revista: “Ele salvou o ano: Veja pesquisou 300 sentenças que Sergio Moro lavrou nos últimos 15 anos e descobriu as raízes da determinação e eficiência do juiz que deu ao Brasil a primeira esperança real de vencer a corrupção”; “O juiz Moro vê mais longe: por que a soltura, pelo STF, dos empreiteiros presos na Lava Jato não representa o fim da esperança dos brasileiros de que os corruptos vão para cadeia”⁸⁵⁵; “Os homens que estão mudando o Brasil”⁸⁵⁶; “O Brasil pede socorro”⁸⁵⁷.

Em 2016, as capas “Basta”⁸⁵⁸, “O complô para calar a Lava Jato”⁸⁵⁹, “Tchau, querida, Tchau, querido: com o impeachment de Dilma e a queda de Cunha, o Brasil tem a chance histórica de fazer uma limpeza inédita da vida pública”.⁸⁶⁰

⁸⁵² CARTA, M. As mãos sujas. **Carta Capital**, São Paulo, 827 ed. ano 20, n. 827, p.16, 26 nov. 2014.

⁸⁵³ Fazendo referência a Lula e Dilma Rousseff, após delação de Alberto Yousseff sobre a corrupção na Petrobras. BONIN, Robson. Dilma e Lula sabiam de tudo, diz Alberto Yousseff à PF: em depoimento prestado na última terça-feira, o doleiro que atuava como banco clandestino do petróleo implica a presidente e seu antecessor no esquema de corrupção. **Veja**, São Paulo: Abril, 29 out. 2014. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/dilma-e-lula-sabiam-de-tudo-diz-alberto-yousseff-a-pf/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

⁸⁵⁴ OPERAÇÃO mãos sujas: os acusados do maior caso de corrupção da história. **Veja**, São Paulo: abril, ano 47, ed. 2397, 05 dez. 2014.

⁸⁵⁵ O juiz Moro vê mais longe: por que a soltura, pelo STF, dos empreiteiros presos na Lava- Jato não representa o fim da esperança dos brasileiros de que os corruptos vão para cadeia. **Veja**, São Paulo: Abril, 6 maio 2015.

⁸⁵⁶ ESCOSTEGUY, Diego. Os homens que estão mudando o Brasil: quem são e como trabalham os juizes e procuradores da Operação Lava Jato. Eles lideram uma revolução no combate à corrupção. **Época**, ed. 870, 09 fev. 2015. Disponível em: <https://epoca.oglobo.globo.com/tempo/noticia/2015/02/os-homens-que-estao-bmudando-o-brasilb.html>. Acesso em: 15 abr. 2020.

⁸⁵⁷ O BRASIL pede socorro. **Revista Veja**, São Paulo: Abril, ed. 2438, ano 48, nº 32, 12 ago. 2015.

⁸⁵⁸ PARDELLAS, Sérgio. BASTA. “Temos uma Suprema Corte totalmente acovardada, um Superior Tribunal de Justiça acovardado, um Parlamento acovardado” “Temos um presidente da Câmara fodido, um presidente do Senado fodido” “Só usa em caso de necessidade, que é o termo de posse” “Esse cara (Janot), se fosse formal, não seria Procurador-Geral da República. Teria tomado no cu”. **Revista ISTOÉ**. Ed. histórica n. 2415, 23 de mar. 2016.

⁸⁵⁹ O BRASIL pede socorro. **Veja**, Abril, ed. 2438, ano 48, n. 32, 12 ago. 2015.

⁸⁶⁰ VEJA. O Complô para calar a Lava Jato: como os líderes do PMDB conspiram para travar as

As notícias das capas das revistas que noticiavam fatos referentes à Lava Jato no período entre 2015 e 2016 evidenciavam um dos aspectos centrais do processo de manipulação reproduzido pela mídia durante a Operação Lava Jato: a construção de uma fronteira antagônica, um maniqueísmo simplista, entre o povo e o Partido dos Trabalhadores, através da narrativa de que a Operação Lava Jato seria fundamental para suprimir a corrupção no Brasil.

Em março de 2016, Sergio Moro ingressava no ranking dos maiores líderes mundiais pela revista americana *Fortune*⁸⁶¹, ocupando a 13^a posição. Ao explicar a inclusão de Moro no ranking, a *Fortune* considera que o juiz é protagonista de “edição brasileira e real do filme *Os Intocáveis*”. Produzido em 1987, o drama policial americano tem como principal personagem Elliott Ness, um agente que lidera um grupo de policiais no combate ao crime na Chicago dos anos 1930. A revista lembra o risco de impeachment da presidente Dilma Rousseff e a reputação em farrapos do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e afirma que “a coexistência passiva com a corrupção endêmica na América Latina está se tornando um hábito do passado”.

A seleção criteriosa das partes que deveriam ser divulgadas e, ainda, o momento utilizado para o vazamento, sempre para que produza o efeito desejado revelavam os reais objetivos da notícia.

Os próprios personagens contribuíram para a construção desse enredo, até mesmo porque sabiam ser um instrumento útil para atingir a finalidade que buscavam, qual seja, a condenação. Os representantes do Ministério Público Federal, Polícia Federal e o juiz Sergio Moro utilizaram-se do recurso midiático sob o discurso de garantir a continuidade das investigações. Para a construção destes personagens pela mídia, foi fundamental a produção de uma opinião pública acrítica aos fatos, através da estratégia de que os interesses particulares eram veiculados como interesses públicos.

Durante uma palestra realizada pelo então juiz Sergio Moro no Wilson Center⁸⁶², em 2016, afirmou que se sentia decepcionado com a omissão dessas instituições no combate à corrupção. “Eles poderiam, por exemplo, propor e aprovar melhores leis

investigações. **Veja**, São Paulo: Abril, nº 2480, 01 jun. 2016.

⁸⁶¹ REDAÇÃO. Moro entra para o Ranking dos 50 maiores líderes mundiais da ‘Fortune’: juiz da Lava Jato ocupa a 13.^a posição da lista, que é encabeçada pelo fundador da Amazon, Jeff Bezos. **Veja**, São Paulo: Abril, 11 mar. 2016. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/moro-entra-para-o-ranking-dos-50-maiores-lideres-mundiais-da-fortune/>. Acesso em: 19 fev. 2020.

⁸⁶² Instituição da capital estadunidense feita para a discussão de temas globais que possui um instituto dedicado a assuntos brasileiros.

para prevenir a corrupção. Também, poderiam ajudar os esforços dos agentes da Justiça de outras maneiras. A omissão deles é muito decepcionante⁸⁶³”.

O Procurador da República Deltan Dallagnol, coordenador da força-tarefa, publicou um livro em 2017 com título sugestivo: “A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade.”⁸⁶⁴ O Ministério Público Federal criou o primeiro site para um caso criminal no Brasil com a finalidade de divulgar informações sobre a Operação Lava Jato⁸⁶⁵. Deltan em sua obra explica: “informações oficiais, as principais peças da investigação, como acusações criminais e sentenças, além dos números dos processos eletrônicos, para que qualquer interessado tenha acesso direto a eles”.⁸⁶⁶

“Ainda bem que o Brasil tem herói, o Moro!”, afirmou em vídeo de 2018 o ex-prefeito de São Paulo João Dória⁸⁶⁷. Essa frase foi dita em referência à resistência de Moro a uma ordem de soltura de Lula do TRF-4 dada pelo desembargador Rogério Favretto, em 8 de julho de 2018.

O juiz Sergio Moro, com sua “heterodoxa” interpretação das leis, seguiu “protegido” pela mídia, na figura de um grande herói. Essa fantasia ideológica da mídia garantiu a imunização da Lava Jato e desencadeou decisões como a do Desembargador Rômulo Pizzolatti, que expressamente declarou a exceção.

Com efeito, durante a Operação Lava Jato, a espetacularização criou falsas representações sobre a realidade, expressando um mundo fragmentado como se fosse o todo, manipulando fortemente a opinião pública, que apostou na veracidade destes personagens criados midiaticamente.

Quando existe um alinhamento entre a atitude dos julgadores e aquela que a mídia considera a correta, como aconteceu na Operação Lava Jato, resulta quase sempre na condenação dos acusados e, ainda, na produção da imagem heroica de

⁸⁶³ BRUZA, Rafael. Moro critica “omissão” do governo e do Congresso no combate à corrupção: Em palestra realizada em Washington (EUA), o juiz federal responsável pela Operação Lava Jato na 1ª instância disse que se sente decepcionado com os políticos do país. **Independente Jornalista Alternativo**, 15 jul. 2016. Disponível em: <http://www.independente.jor.br/moro-critica-omissao-do-governo-e-do-congresso-no-combate-corrupcao/>. Acesso em: 04 nov. 2020.

⁸⁶⁴ DALLAGNOL, Deltan. **A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017. p. 91.

⁸⁶⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. **Grandes Casos: Lava Jato**. Disponível em: lavajato.mpf.mp.br. Acesso em: 4 nov. 2019.

⁸⁶⁶ DALLAGNOL, Deltan. **A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017.

⁸⁶⁷ BILENKY, Thais. Ainda bem que Brasil tem herói, o Moro, diz Dória sobre a soltura de Lula. *In: Yahoo! Notícias*. 08 jul. 2018. Disponível em: <https://br.noticias.yahoo.com/ainda-bem-que-brasil-tem-173300221.html>. Acesso em: 15 abr. 2020.

juízes. Essa aliança entre a mídia e o sistema da justiça visa benefícios mútuos. Para Feres e Barbarela, a palavra mais adequada para descrever a relação entre esses dois objetos seria mutualismo, um neologismo latino emprestado do vocabulário da biologia que descreve a associação entre seres de diferentes espécies em que ambos se beneficiam.⁸⁶⁸

Diante do cenário midiático apresentado, restou evidente a construção de um espetáculo durante a Operação Lava Jato, em que valores como verdade e liberdade foram substituídos pela aparência, “remodelando a verdade”⁸⁶⁹, antecipando juízos, selecionando imagens e construindo narrativas irreais e antagônicas. Assim, o processo penal, que fora concebido como instrumento de limitação do poder estatal, e os direitos e garantias fundamentais passam a ser percebidos “como obstáculos transponíveis à eficiência repressiva do Estado.”⁸⁷⁰ Nessa perspectiva, no próximo tópico, será abordada a transformação da Operação Lava Jato em um espetáculo, numa espécie de luta do bem contra o mal, revelando que os julgamentos penais tornaram-se “um objeto privilegiado do entretenimento”⁸⁷¹.

4.2.2 O espetáculo da Lava Jato: a fabricação de consenso abre passagem ao realismo jurídico

A adesão do Tribunal Regional da 4ª Região e de outras instâncias recursais durante a Lava Jato ao projeto de diabolização pública dos réus – de construção do inimigo –, em decisões que chancelam a ilegalidade e, ainda, incentivam a continuidade do escracho público, são claras na decisão proferida pelo Desembargador Rômulo Pizzolatti ao declarar que “[...] a publicidade das investigações tem sido o mais eficaz meio de garantir que não seja obstruído um conjunto, inédito na administração da justiça brasileira, de investigação e processos criminais – Operação Lava Jato, voltados contra altos agentes públicos e poderes privados até hoje intocados.”⁸⁷²

⁸⁶⁸ KERCHÉ Fábio; FERES João JR (org.). **Operação Lava Jato e a democracia brasileira**. São Paulo: Contracorrente, 2018. p.199.

⁸⁶⁹ CASARA, Rubens R.R. A espetacularização do processo penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, n.122, p. 312, ago. 2016.

⁸⁷⁰ CASARA, Rubens R.R. A espetacularização do processo penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, n.122, p. 310, ago. 2016.

⁸⁷¹ CASARA, Rubens R.R. A espetacularização do processo penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, n.122, p. 311, ago. 2016.

⁸⁷² Processo Administrativo Disciplinar. BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte**

O Desembargador cedeu ao espetáculo, trocando o processo penal democrático pelo processo penal do espetáculo, optando pelo enredo ao invés dos fatos. “O ator jurídico que cede ao espetáculo costuma justificar o afastamento de direitos e garantias fundamentais como um movimento democrático, uma atuação que vai ao encontro da vontade popular ou da opinião pública.”⁸⁷³

Embora fossem evidentes os dispositivos violados pelo magistrado Sergio Moro ao publicizar diálogos captados ilegalmente, tais fatos foram ignorados pelo Relator, o Desembargador Rômulo Pizzolatti, com base na situação “inédita” vivida no país, que escaparia ao “regramento genérico” e devido às constantes ameaças, a Lava Jato mereceria um “tratamento excepcional”.

No dia 8 de março de 2016, a Associação “Juizes para a Democracia” editou nota sobre a condução coercitiva do ex-presidente Lula, considerando que ela representava um verdadeiro “show midiático”, de acordo com os magistrados: “ilegalidade não se combate com ilegalidade e, em consequência, a defesa do Estado Democrático de Direito não pode se dar às custas dos direitos e garantias fundamentais.”⁸⁷⁴

Além desse fato, de acordo com o ministro Gilmar Mendes, as conduções coercitivas desempenharam um papel central na espetacularização na Lava Jato, “[...] pintam cenas de subjugação dos acusados, em que esses eram expostos publicamente como criminosos conduzidos debaixo de vara, como se a sua liberdade de locomoção em si representasse perigo à coletividade ou à instrução”.⁸⁷⁵

Assim, em meio aos vários espetáculos que se acumulam ao longo da história, a Operação Lava Jato tornou-se em verdadeiro espetáculo. Nessa perspectiva, o espetáculo faz parte de um projeto de poder e, durante a Lava Jato, para atender um

Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti. 22 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁸⁷³ CASARA, Rubens R.R. A espetacularização do processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.24, n.122, p. 314, ago. 2016.

⁸⁷⁴ PERON, Isadora. Entidade de juizes vê 'show midiático' em operação contra Lula. *In: O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 8 mar. 2016. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,entidade-dejuizes-ve-show-midiatico-em-operacao-contralula,10000020091>. Acesso em: 29 ago. 2021.

⁸⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná.** - Íntegra do Voto Vista. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. p. 46. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/integra-voto-gilmar-mendes-suspeicao.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

enredo, totalmente desassociado da faticidade, a lei foi afastada, para eliminar politicamente o ex-presidente Lula.

No processo penal do espetáculo, o direito é utilizado como instrumento de perseguição política, uma tática deliberada de *lawfare*, ou seja, o uso do direito penal e processo penal como armas de guerra para exterminar inimigos, sendo utilizada na Lava Jato sobretudo pelo Poder Judiciário, como se verá mais detidamente no próximo tópico.

Enquanto o Poder Judiciário, para concretizar direitos fundamentais, deveria julgar contra a vontade da maioria de ocasião, se fosse necessário, visando assegurar direitos e garantias fundamentais, no processo penal do espetáculo, “os direitos e garantias são tratados como cênicas dispensáveis, peças que fazem parte de um museu”.⁸⁷⁶

Assim, o Poder Judiciário, além de atuar em uma cruzada “contra a corrupção” durante a Lava Jato, produziu uma penalização real e simbólica, terminando por deslegitimar, uma vez mais, o sistema da justiça, tendo em vista que as estratégias efetivamente praticadas pelo Judiciário fazem do direito um mero instrumento, que se utiliza do processo penal para atingir o fim almejado. Isso significa que o processo penal do espetáculo aposta na exceção. No Processo Penal do Espetáculo, entende Casara:

[...] desaparece o diálogo, a construção dialética da solução do caso penal a partir da atividade das partes, substituído pelo discurso construído para agradar às maiorias de ocasião, forjadas pelos meios de comunicação em massa, em detrimento da função contramajoritária de concretizar direitos fundamentais.⁸⁷⁷

É preciso reconhecer que as ilegalidades praticadas pelo Judiciário não seriam possíveis sem o apoio da opinião pública, e uma das estratégias para esse convencimento foi utilizar-se do discurso populista, a fim de justificar o realismo jurídico.

De acordo com Copelli e Tassinari, o discurso populista se aproxima dos interesses do grande público: “[...] a partir da hábil identificação das demandas

⁸⁷⁶ CASARA, Rubens R.R. A espetacularização do processo penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, n.122, p. 313, ago. 2016.

⁸⁷⁷ CASARA, Rubens R.R. A espetacularização do processo penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, n.122, p. 313, ago. 2016.

populares não atendidas institucionalmente, coloca-se como uma espécie de ativismo, à margem daquele de cariz jurídico⁴³, mas igualmente nocivo à democracia [...].”⁸⁷⁸

O discurso populista foi amplamente utilizado pela mídia, pelo Poder Judiciário e pelos representantes do Ministério Público durante a Lava Jato, objetivando não apenas reforçar o endurecimento da lei penal, voltados a uma reação ao crime mais severa, avivando o valor simbólico da repressão penal, mas sobretudo pelo reducionismo dos temas à mera dramatização através da criação de personagens heroicos e antagonistas condenados antes mesmo da apuração dos fatos.

De fato, “o populismo, conceituado em clássica leitura como uma tentativa de abolir as distâncias entre o povo e o poder através de um discurso demagógico, alinhado ao interesse do maior número de pessoas” e decomposto em uma demanda conduzida — mas não considerada — “às instituições, fácil de assimilar e, ao mesmo tempo, difícil ou impossível de ser realizado, parece fragilizar conquistas alinhadas ao Estado de Direito”. O discurso populista, com efeito, compreende os pontos de incapacidade da corrente apontada como racional e, desse ponto em diante, assegura a resolução, “como vem se colocando, no Brasil, uma espécie de marcha contra a criminalidade, a qualquer preço”.⁸⁷⁹

Nessa perspectiva, a partir de um discurso populista, no processo penal do espetáculo, os fatos foram descontextualizados, redefinidos, “adquirindo tons sensacionalistas e passa a ser apresentado, em uma perspectiva maniqueísta, como uma luta entre o bem e o mal, entre os mocinhos e os bandidos.”⁸⁸⁰

O discurso no processo penal do espetáculo é construído para seduzir o público, aparentando efetividade, independente da viabilidade e da real efetividade. Os vazamentos seletivos de informações, os discursos sensacionalistas, as medidas judiciais adotadas para “combater a corrupção”, dentre tantos outros, objetivam “angariar simpatias entre a população, afastar limites democráticos e pressionar órgãos jurisdicionais”, servindo como “estratégia comum [...] para alcançar

⁸⁷⁸ COPELLI, Giancarlo Montagner; TASSINARI, Clarissa. **Pensando o populismo**: a partir de ensaios e perspectivas distintas. Blumenau/SC: Dom Modesto, 2021. p. 38.

⁸⁷⁹ COPELLI, Giancarlo Montagner. O discurso populista e a tentativa de reescrever a Constituição. *Diário de Classe. Consultor Jurídico*, 10 ago. 2019. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-10/diario-classe-discurso-populista-tentativa-reescrever-constituicao> Acesso em: 17 dez. 2021.

⁸⁸⁰ CASARA, Rubens R.R. A espetacularização do processo penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, n.122, p. 314, ago. 2016.

determinada resposta penal (que pode guardar pouca ou nenhuma, relação com o valor justiça”.⁸⁸¹

Fazendo uso da pressão da opinião pública, esta passa a ser instrumento de garantia de legitimidade a medidas antidemocráticas no âmbito do processo penal, tendo em vista que os agentes jurídicos não apenas estão em grande medida programados, como temem exercer o papel contramajoritário que lhes cabe, redundando nos prejuízos às garantias processuais (do outro, o inimigo).

Essa ideia de uma realidade social, de uma voz das ruas capaz de dizer o direito em oposição até mesmo ao que diz o texto da Constituição provém do dualismo metodológico e a produção de um discurso populista busca ser instrumento de produção dessa tal voz das ruas.

De fato, o dualismo metodológico configura-se uma teoria, a qual acredita que as normas constitucionais precisam de uma releitura a partir da realidade social. Sob o pretexto de uma “interpretação atualizadora”, ocorreriam reformas informais do texto constitucional, o que Streck denomina “a voz das ruas”: “é o dualismo que fundamenta a sobreposição da ‘voz das ruas’ sobre a Constituição”.⁸⁸²

Quando um ministro do Supremo diz "Estou atendendo ao anseio popular", "Temos de ouvir a voz das ruas" [...], isso consiste em nada mais do que uma estratégia para alterar o sentido do texto constitucional. Como explica Streck:

Tempos interessantes estes em que vivemos: tempos em que o clamor social é capaz de afastar a densidade principiológica da Constituição que lhe dá sustentação. Tempos em que a “voz das ruas”, seja lá o que isso signifique, é capaz de dizer que onde está escrito x, deve-se ler y.⁸⁸³

O dualismo metodológico é um fenômeno empírico originado no século XIX que está presente no conceito de mutação constitucional, a partir da diferenciação entre as reformas das normas constitucionais por meio de um processo formal das reformas constitucionais não intencionais, denominadas de mutações constitucionais. Tal fenômeno ocorreu sob o marco da Constituição do Império Alemão de 1871, por

⁸⁸¹ CASARA, Rubens. **Processo penal do espetáculo**: (e outros ensaios). 2. ed. Florianópolis: Tirant To Blanch, 2018. p.14.

⁸⁸² STRECK, Lenio Luiz. Se Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual é o valor da Constituição? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 abr. 2018.

⁸⁸³ STRECK, Lenio Luiz. Se Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual é o valor da Constituição?. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 abr. 2018.

intermédio de professores vinculados à Escola Alemã de Direito Público, Paul Laband e Georg Jellinek, filiados à matriz filosófica positivista legalista-positivismo sociológico.

Sobre o realismo jurídico explica Alf Ross:

*En el curso del tiempo se han realizado varias tentativas de separar el concepto del derecho todos los puntos de vista normativos y determinarlo como un puro hecho, una parte de la conducta social de los hombres. Estas teorías – en contraste con la doctrina normativa del derecho – surgen del segundo elemento en el acostumbrado dualismo, el elemento de realidad.*⁸⁸⁴

Hsü-Dan-Lin, posteriormente, desenvolveu o conceito de mutação constitucional entendendo que seria decorrente do distanciamento da Magna Carta das transformações sociais, ou seja, entre a lei e a realidade social.⁸⁸⁵ Para Laband, tal tese configura-se uma espécie de estratégia para alterar o sentido do texto constitucional, aproximando-o da vontade do intérprete.

Observa Streck que quando o Judiciário dá voz aos anseios populares ou a voz das ruas, “torna o Judiciário autofágico. Porque se o anseio popular vale mais que a Constituição, caímos em um paradoxo: uma vez que podemos demonstrar o que pede o anseio popular, que vale mais que tudo, o Judiciário passa a ser dispensável”.⁸⁸⁶

Um exemplo disso, a referida decisão do TRF4, de 22 de setembro de 2016, objeto da pesquisa, por 13 votos a 1 entendeu que não havia qualquer infração a ser apurada em relação à conduta do então magistrado, incentivando-o inclusive a continuar com a prática de publicização, pois “tem sido o mais eficaz meio de garantir que não seja obstruído o conjunto inédito na administração da justiça [...]”

A decisão proferida pelo Desembargador Rômulo Pizzolatti, do TRF4, se reveste de uma dupla intencionalidade, evidenciando o uso da linguagem privada, presente em seu conteúdo. Não se tratando de um posicionamento à luz do ordenamento jurídico, mas de uma consciente (e expressa) violação de garantias constitucionais, utilizando do mecanismo jurídico para legitimação. Ao mesmo tempo, reflete um desejo de fazer parte do espetáculo, de agradar o grande público, de contribuir para o enredo.

⁸⁸⁴ ROSS, Alf. **Hacia una ciencia realista del derecho**: crítica del dualismo en el derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 57.

⁸⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica, p. 96.

⁸⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos** - uma radiografia do STF. São Paulo: Forense, 2018. p. 98.

Em um processo penal do espetáculo, é preciso ter coragem para decidir contra o enredo e a opinião pública, afinal todos querem exercer bons papéis na trama. O discurso populista visa dar aos espectadores uma visão distorcida da realidade, desviando a atenção da verdadeira finalidade de tais medidas, assim, enquanto a população se regozija com a prisão, os acusados se tornam meros bodes expiatórios de um jogo político. Com efeito, o processo penal do espetáculo aposta na exceção:

[...] o respeito à legalidade estrita revela-se enfadonha e contraproducente; os direitos e garantias fundamentais podem ser afastados. As formas processuais deixam de ser garantias dos indivíduos contra a opressão do Estado, uma vez que não devem existir limites à ação dos mocinhos contra os bandidos.⁸⁸⁷

Alertam Copelli e Tassinari que os discursos populistas fragilizam o Estado Democrático de Direito, constituindo-se também problema jurídico. A forma espetacular de degradação dos réus durante a Operação Lava Jato, sobretudo do representante máximo do Partido dos Trabalhadores, foi uma das estratégias utilizadas para influenciar a opinião pública e, conseqüentemente, direcionar as instâncias oficiais de controle para a condenação dos réus.

No processo penal do espetáculo, o final da trama já está definido antes mesmo da fase de produção das provas, pois sempre caminha para “o final desejado pelo juiz-diretor”.⁸⁸⁸

O incentivo às manifestações públicas favoráveis à Operação Lava Jato pelo próprio julgador Sergio Moro, em 13 de março de 2016, em carta pessoal enviada à Rede Globo, em que declarou ter ficado “tocado” com as manifestações da população, destacando ser “importante que as autoridades eleitas e os partidos ouçam a voz das ruas”⁸⁸⁹, é um fato que revela não apenas a parcialidade do magistrado, mas o desejo de condenar um suposto corrupto ao ostracismo⁸⁹⁰.

⁸⁸⁷ CASARA, Rubens R.R. A espetacularização do processo penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, n.122, p. 314, ago. 2016.

⁸⁸⁸ CASARA, Rubens R.R. A espetacularização do processo penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, n.122, p. 316, ago. 2016.

⁸⁸⁹ LOBO, Cristiana. Sérgio Moro diz que ficou “tocado” com apoio da população à Lava Jato. *In: G1*, 13 mar. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/blog/cristiana-lobo/post/sergio-moro-diz-que-ficou-tocado-com-apoio-da-populacao-lava-jato.html>. Acesso em 19 fev. 2019.

⁸⁹⁰ Expressão empregada pelo juiz Sérgio Moro no artigo sobre a Operação Mãos Limpas. MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite. *Revista CEJ- Conselho Justiça Federal*, Brasília, n. 26, p.56-62, jul-set. 2004.

Discursos populistas de incentivo à operação pelo próprio poder julgador revelam que o magistrado encarnou a vontade popular e a canalizou para se manter em destaque através desse tipo de discurso⁸⁹¹. Nessa perspectiva, no processo penal do espetáculo, o juiz muda de papel, deixando de sujeitar-se à Constituição, deixando de ser um garantidor de direitos e garantias fundamentais, para tornar-se “um diretor preocupado com o desenvolvimento do espetáculo, com a audiência⁸⁹².”

Igualmente, o Procurador Deltan Dallagnol, na véspera do oferecimento da denúncia a 13ª Vara Federal de Curitiba, durante uma conversa no grupo denominado “Filhos do Januário”, revelada pelo Intercept Brasil, reforçou a importância da opinião pública diante da fragilidade das provas: “A opinião pública é decisiva e é um caso construído com prova indireta e palavra de colaboradores contra um ícone que passou incólume pelo Mensalão”⁸⁹³.

A repriminção do dualismo metodológico restou manifesta durante a Lava Jato. As declarações de apoio à Operação, emanadas por inúmeros segmentos da sociedade, e a narrativa da mídia foram essenciais para o desfecho dos processos judiciais, uma espécie de “carta branca” dada aos magistrados, sobrepondo a realidade social à normatividade jurídica:

A verdade é que mais uma vez o Judiciário se mostrou incapaz de resistir às tentações do dualismo realidade social – realidade normativa. Uma vez mais, o Judiciário decidiu corrigir as insuficiências do Executivo e do Legislativo por suas próprias apreciações políticas.⁸⁹⁴

Ou seja, a mídia e o espetáculo “criaram uma voz das ruas”, uma “realidade social”, capaz de alterar o sentido da norma, de dar-lhe interpretação diversa ao que dispõe a CF/88. Exemplo inequívoco foi o de Rosa Weber no HC n. 152.752. O voto da ministra foi considerado o mais relevante porque ela reconheceu ser inconstitucional executar a pena de um réu antes do trânsito em julgado, mas denegou o HC para compor maioria a favor da prisão imediata do ex-presidente, especialmente,

⁸⁹¹ COPELLI, Giancarlo Montagner; TASSINARI, Clarissa. **Pensando o populismo**: a partir de ensaios e perspectivas distintas. Blumenau/SC: Dom Modesto, 2021. p. 33.

⁸⁹² CASARA, Rubens R.R. A espetacularização do processo penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, n.122, p. 309-318, ago. 2016. p. 314.

⁸⁹³ THE INTERCEPT BRASIL. **Até agora tenho receio**. Parte 3. 09 jun. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/dallagnol-duvidas-triplex-lula-telegram-petrobras/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

⁸⁹⁴ TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). **30 anos da constituição brasileira**: democracia, direitos fundamentais e instituições. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 98.

in verbis: “em prol da sociedade brasileira”. Usou o realismo jurídico atendendo à sociedade brasileira (qual sociedade?):

Senhora presidente, enfrente este Habeas Corpus nos exatos termos como fiz todos os outros que desde 2016 me foram submetidos, reafirmando que o tema de fundo, para quem pensa como eu, há de ser sim revisitado no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, vale dizer, nas ADCs da relatoria do ministro Marco Aurélio, em que esta Suprema Corte, em atenção ao princípio da segurança jurídica, em prol da sociedade brasileira, há de expressar, como voz coletiva, enquanto guardião da Constituição, se o caso, outra leitura do artigo 5º, LVII, da Lei Fundamental. Tal preceito, com clareza meridiana, consagra o princípio da presunção de inocência, ninguém o nega, situadas no seu termo final — o momento do trânsito em julgado — sentido e alcance, pontos de candentes divergências, as disputas hermenêuticas.⁸⁹⁵

Precisa a lição de Streck ao afirmar que neoconstitucionalistas e teleologistas, bem como os realistas, têm alicerçado sua justificativa para desrespeitar a integridade do direito, ignorar, portanto, o que diz a CF nesse caso específico da prisão em segunda instância, sob o argumento de:

(i) fragilizar a Constituição na presunção da inocência e, (ii) no desdenho pela clareza do artigo 283 do CPP, em uma espécie de clamor social (?), algo como “sopesando direitos ou interesses individuais versus o interesse público”, deve-se optar pela “sociedade” (como saber o que é isso, ninguém diz — na maioria das vezes, baseiam-se na opinião publicada pela mídia). Pois se fôssemos cair nas armadilhas do empirismo (e o neoconstitucionalismo é empirismo na veia), poderíamos perguntar: “E então? Se a maioria da população está de acordo com a CF e o CPP, vocês não deveriam puxar o freio?”.⁸⁹⁶

Essa postura de se contornar ou ignorar o texto judicial para se chegar a determinado resultado é denominado consequencialismo, ou seja, uma postura judicial em que, em busca de se atingir o fim almejado, praticam-se estratégias

⁸⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 152.752 Paraná**. Relator: Min. Edson Fachin. Pacte.(s) :Luiz Inácio Lula Da Silva. Impte. (s) :Cristiano Zanin Martins e Outro(a/s). Adv.(a/s): Luiz Carlos Sigmaringa Seixas. Adv.(a/s) :Jose Paulo Sepúlveda Pertence e Outro(a/s). Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁸⁹⁶ STRECK, Lenio. E se a opinião pública fosse contra a prisão após segunda instância? Senso Incomum. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 mar. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-08/senso-incomum-opiniao-publica-fosse-prisao-segunda-instancia>. Acesso em: 17 dez. 2021.

antinormativas, ou seja, qualquer medida judicial é válida, especialmente fazendo uso da inexistente linguagem privada, quando o objetivo a se alcançar é “importante”:

[...] que os julgamentos por política, no fundo, representam aquilo que hoje vem sendo chamado de consequencialismo: nele, o Judiciário não leva os direitos a sério no sentido de *seriously right* como fala Dworkin; ao contrário, por vezes nega direitos a pretexto de que a sua efetiva concretização traria maior prejuízo econômico, ou não contribuiria para o bem-estar geral etc.⁸⁹⁷

Resta evidente que, neste momento da história brasileira, há uma disputa institucionalizada entre o direito, a moral e a política. O julgamento da Lei da Ficha Limpa, da perda de mandatos parlamentares, do Mensalão (com a teoria do domínio do fato) e da presunção da inocência (que prendeu o ex-presidente em processos que seriam declarados nulos, retirando-o da disputa presidencial) são exemplos de que a linguagem privada, o interesse privado, tem vencido o direito.

Com efeito, as decisões judiciais durante a Operação Lava Jato transbordaram de argumentos políticos e morais (imorais, na verdade), evidenciando os efeitos nocivos do julgamento de acordo com a “voz das ruas”⁸⁹⁸, com os clamores sociais, ou seja, decisões que se fundam na “primazia da realidade social sobre a realidade normativa, como se essa pretensa realidade social valesse mais que a Constituição.”⁸⁹⁹

Os posicionamentos do Judiciário, notadamente durante a Lava Jato, revelam a sua preocupação em confortar os anseios da sociedade – ainda que tais anseios tenham sido criados na base do engodo – em suas demandas, decidindo não por critérios de juridicidade, mas sinalizando positivamente ao clamor social, agindo, portanto, em oposição à imagem técnica que lhe foi atribuída.

Esse cenário de escândalos, que a própria Lava Jato causou ao desrespeitar a integridade do direito, foi um campo fértil para a mídia e, em certa medida, alçou o Judiciário e, com ele, o direito penal e processual penal, ao papel de correção dos excessos do poder político a todo custo: inclusive, às custas de uma garantia constitucional. Em um país polarizado, no qual o instinto da sociedade exigia punição

⁸⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Os dilemas da representação política: o estado constitucional entre a democracia e o presidencialismo de coalizão. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 44, p. 91, jan./jun. 2014.

⁸⁹⁸ Expressão usada por Lenio Streck na obra **Dicionário de Hermenêutica**

⁸⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 95.

com até mesmo certa intolerância às garantias que regem o andamento do processo penal, as notícias veiculadas incentivaram um clima de insegurança e incitaram um maniqueísmo simplista.

Enfim, a Teoria do Direito não pode fracassar diante da existência de argumentos teleológicos e que reprimam dualismos metodológicos, como os argumentos pautados em uma “suposta” maioria, em que as decisões do Judiciário são orientadas pelo clamor popular. Alerta Streck que quando a realidade social vem substituir a Constituição, ou seja, quando a voz das ruas tem mais valor que as garantias e direitos previstos na Magna Carta, torna-se “uma espécie de democracia plebiscitária”, e essa “permanente atualização constitucional” a partir da voz das ruas “projeta o judiciário como um poder constituinte permanente”.⁹⁰⁰

Diante disso, a formação da opinião pública não é nada democrática, pois “[...] envolve desinformação, manipulação da verdade, deformação da realidade social, recurso ao medo como fator de coesão social [...]”⁹⁰¹, tudo isso para se criar um “ambiente adequado” para a formação de inimigo. A história se repete ao longo dos séculos, atualizando apenas o alvo.

Quando julgador e representantes do Ministério Público substituem o desejo pela democracia pelo desejo da audiência⁹⁰², o acusado passa a ser um vilão, as garantias um obstáculo e, conseqüentemente, a imparcialidade é corrompida. Afinal, qual o objetivo do espetáculo senão agradar ao público e manter a audiência? Nesse sentido, observa Carrara:

O julgamento-espetáculo, portanto, visa agradar ao espectador-ator social que assiste/atua condicionado por essa tradição autoritária (não por acaso, atores sociais autoritários são frequentemente elevados à condição de “heróis” e/ou “salvadores da pátria”⁹⁰³

Ressalta Casara que o espectador também atua, no sentido de que ele faz parte e influencia todo o espetáculo. A invocação da população como autoridade do

⁹⁰⁰ STRECK, Lenio; CATTONI, Marcelo; LIMA, Martonio. A nova perspectiva do STF sobre controle difuso. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 ago. 2007. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso. Acesso em 17 de dez. 2021.

⁹⁰¹ CASARA, Rubens R. R. A espetacularização do Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 24, v. 122, p. 309 – 318, ago. 2016. p. 314.

⁹⁰² CASARA, Rubens R. R. A espetacularização do Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 24, v. 122, p. 309 – 318, ago. 2016. p. 315

⁹⁰³ CASARA, Rubens R. R. A espetacularização do Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 24, v. 122, p. 309 – 318, ago. 2016. p. 316

senso comum constitui um traço marcante do populismo. Sobre essa postura, David Garland entende que é “uma corrente marcadamente populista nas políticas penais, que desqualifica as elites profissionais e que invoca a autoridade da população, do senso comum [...]”.⁹⁰⁴

Durante a Lava Jato, o discurso populista de combate à corrupção buscava ocultar o ideal político da narrativa e tinha uma característica de extensão lógico-estigmatizante, gerando um efeito intimidatório sobre a população. Na Itália, durante a Operação Mãos Limpas, não foi diferente, todos que tentassem tecer críticas à forma como era conduzida a investigação criminal pelo Juiz Falcone poderia ser taxado de corrupto. Sobre essa extensão lógico-estigmatizante, no sentido de que quem defende a descriminalização das drogas é “drogado”, quem critica a política e as condições sociais é “comunista” predominou durante a Lava Jato, ou seja, ser contra as ações engendradas por alguns dos agentes da justiça era ser “taxado” de corrupto.

Assim, as medidas de exceção recebem o apoio da sociedade quando os agentes públicos prometem o combate ao crime e à punição dos criminosos, no entanto, encobertos pelo discurso de “promoção da justiça”, que visa seduzir a sociedade e inebriá-los, violam garantias fundamentais, flexibilizando direitos e conferindo ao Poder Judiciário um poder supremo, uma espécie de Poder Moderador.⁹⁰⁵

Essa estrutura discursiva se repete ao longo da história recente, em discursos de defesa social que prometem acabar com o crime. Em todos os casos há sempre um estereótipo de um inimigo, que não é facilmente identificável em concreto e que, portanto, pode ser confundido com qualquer cidadão.

É como se o combate à corrupção concedesse uma espécie de “carta branca” ao sistemas da justiça, permitindo subverter e romper com sistema de garantias processuais. Nessa perspectiva, o referido discurso promove uma manipulação simbólica que atua seletivamente, revelando e encobrindo, apostando na prisão e no sofrimento dos réus como forma de entretenimento da coletividade.

⁹⁰⁴ GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 58.

⁹⁰⁵ Dentre os juristas contemporâneos que interpretam que o Supremo Tribunal Federal assume o papel de Poder Moderador na República Federativa do Brasil, destaca-se o Ministro do STF, José Antônio Dias Toffoli. Em palestra intitulada O Poder Moderador no Brasil: os Militares e o Poder Judiciário (proferida no Instituto de Artes da Universidade Estadual Paulista em 04 abril de 2014), assim o citado Ministro referiu-se ao STF: “Hoje ele é o Poder Moderador”.

Além de falacioso, os discursos que prometem a salvação dos problemas sociais de qualquer ordem através do poder punitivo são extremamente perigosos para o Estado Democrático de Direito, pois o preço pago são graves restrições de direitos fundamentais. Aponta Zaffaroni que o poder punitivo jamais se mostrou capaz de resolver problema social de qualquer ordem e não há nada que nos permita concluir que será diferente neste caso.⁹⁰⁶

Esse recurso de novelização para tratar de temas da política, mantendo um clima de permanente escândalo, permitiram à mídia ser um dos agentes nesta guerra, uma arma para a prática de *lawfare* e, ainda, instigar o inquisitivismo no Brasil. Como foi apresentado no tópico anterior, a mídia transformou o ex-juiz Sergio Moro em um ícone midiático do combate à corrupção, glorificado no Brasil e, ainda, conseqüentemente, produziu um efeito social mais intensificado de desconfiança na política, na democracia e nas instituições, ou seja, um terreno mais profícuo a uma hermenêutica de exceção.

Nessa perspectiva, é preciso reconhecer que a espetacularização do processo penal chegou ao cume na Operação Lava Jato devido à forte exposição midiática e ao alinhamento do sistema de justiça à mídia. Essa aliança produziu uma “caçada” ao ex-presidente Lula, em que a tipificação penal assumiu um papel subsidiário, pois o que realmente importava era o extermínio da imagem do político, tornando-se o discurso midiático uma verdadeira prática punitiva.

De tal modo que a mídia se transmudou de mecanismo legitimador para mecanismo executório informal do sistema penal e a pena de prisão de mecanismo executório para mecanismo exterminador⁹⁰⁷. As conduções coercitivas, os acordos de delação premiada e as prisões preventivas sem qualquer fundamento legal evidenciavam o caráter estruturalmente seletivo, político, inquisitorial e rotulador da Operação Lava Jato. Segundo Juarez Cirino dos Santos:

⁹⁰⁶ “¿Qué resolvió el hombre en la historia con el Código Penal? Emergencias. Las brujas, los herejes, la tuberculosis, la sífilis, la droga ¿Resolvió alguna cosa? No resolvió nada, absolutamente nada. Algunas se resolvieron por sí mismas, el tiempo las disolvió. Otras fueron resueltas por otros medios, la tuberculosis por la citomicina, la sífilis por la penicilina, los herejes ya no son problema, la droga no la resolvió nadie. Pero el Código Penal, la ley penal, la Inquisición, no resolvió nada. Sí ejerció poder, pero para otros fines. Y esto continúa así. ¿Creemos ahora que vamos a resolver el terrorismo internacional con la ley penal? Se va a usar el pretexto del terrorismo internacional para controlar más a las personas.” ZAFFARONI, Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 24.

⁹⁰⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 167.

O sistema penal atua de forma seletiva, porque não é imparcial. Nenhum subsistema de poder pode sê-lo. Ele se assume como um duplo, como uma forma centáurea, transitando em vários níveis do político, da política à guerra, da lei à violência mais aberta. O aparelho do Estado funciona, internamente, de forma dupla de Estado duplo: Estado de direito/ Estado de exceção. Legalidade e ilegalidade são faces do mesmo fenômeno, um binômio complementar do poder político moderno⁹⁰⁸.

A exposição dos fatos revelou ainda que a mídia, o direito e a política se intercambiavam durante a operação, sobretudo pela divulgação de fatos ainda em apuração, produzindo um grave abalo na reputação dos políticos em competição eleitoral, resultando em transformações políticas profundas na história brasileira.

Assim, durante a Operação Lava Jato, o efeito dos holofotes, tão desejado por alguns personagens do espetáculo, permitiu revelar a natureza de exceção presente no direito, que somente foi admitida pelo Supremo Tribunal Federal em 2021⁹⁰⁹, embora desde o início latente e explícita era negada, evidenciando a tensão entre poder, a política e Estado de Direito, assim como o uso político do direito penal – *lawfare* –, conforme será possível examinar no próximo tópico.

4.3 PODER JUDICIÁRIO E O USO POLÍTICO DO DIREITO PENAL – *LAWFARE*⁹¹⁰ – NO DIREITO BRASILEIRO

Como foi abordado nos capítulos anteriores, o uso do processo judicial, através de procedimentos aparentemente legais, para finalidades políticas, não é recente, Otto Kirchheimer em 1968 já analisava a instrumentalização do “mecanismo jurídico”. “A novidade se revela na complexidade das dimensões estratégicas do *Lawfare*”.⁹¹¹

⁹⁰⁸ SANTOS, Juarez Cirino. **O martelo de Moro: a Operação Lava Jato e o surgimento dos juízes partisans no Brasil**, 2017. p. 20.

⁹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 9 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-fachin/julgamento-hc-lula.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁹¹⁰ “O primeiro uso do termo ‘*lawfare*’ a que se tem notícia está em um pequeno artigo escrito por John Carlson e Neville Yeomans em 1975, em que se denunciavam aspectos individualistas e acusatórios do direito nas sociedades ocidentais, chamando tal fenômeno – de substituição de armas por leis – de *lawfare*. Internacionalmente, o termo ganhou mais popularidade no contexto da segurança nacional. O primeiro uso nesse sentido provavelmente se deu em 1999, em um livro de estratégia militar chinês, “Unrestricted Warfare” (de QiaoLiang e Wang Xiangsui), referindo-se ao uso de instituições legais internacionais para conseguir fins estratégicos em guerras militares, mas ainda com pouco destaque ao *lawfare*”. In: MATOS, Erika Amaral. *Lawfare: uma introdução ao tema e uma aproximação à realidade brasileira*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 161, p. 227-249, nov. 2019. p. 230.

⁹¹¹ Os antropólogos jurídicos sul-africanos Jean Comaroff e John Comaroff, pesquisadores da

Segundo Dunlap, trata-se do “uso ou mau uso do Direito como substituto de meios tradicionais para que se atinja um objetivo operacional⁹¹²”. Numa adaptação do termo *warfare*, *lawfare* é uma espécie de prática jurídica de guerra, na qual se instrumentaliza o direito para causar o maior dano possível a um adversário político. Para Zanin, Martins e Valin, *lawfare* “é o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo⁹¹³.”

Nesta guerra jurídica, o sistema legal é instrumentalizado para a consecução de finalidades estranhas ao direito, distorcendo os fatos, omitindo informações e estabelecendo estratégias. Nesse sentido, o processo penal é um mero mecanismo utilizado para a condenação do réu, através da suspensão de direitos e garantias fundamentais.

Para Streck, *lawfare* é uma “consequência sintomática de um Direito que cede aos seus predadores.”⁹¹⁴ Nesse sentido, os predadores externos como a moral, a política e a economia invadem o direito, ou ainda, os predadores internos como o decisionismo, o livre convencimento do julgador, a fragilização da coisa julgada e o desprezo aos limites semânticos do texto constitucional não exercendo o elevado grau de autonomia que o direito exige. Portanto, o *lawfare* é sempre “um instrumento de perseguição ilegítimo e antidemocrático [...]. *Lawfare* transforma o Direito em um jogo de cartas marcadas”.⁹¹⁵

Exemplifica Streck este fenômeno:

A inversão do ônus da prova é uma forma de *lawfare*. Se está na lei processual que o ônus da prova é do acusador, de que modo se pode transferir esse ônus ao réu? Resposta simples: utilizando o Direito como “não Direito”, substituindo os meios democráticos de aferição da culpa. Outra forma de *lawfare* é lançar mão do “método” primeiro decidido e depois busco o fundamento. Trata-se, nesse caso, de colocar os fins (condenação) em primeiro plano, deixando os meios apenas como ornamento. Em termos de paradigmas filosóficos, trata-se de uma fraude. Do mesmo modo, quando a Constituição estabelece

Universidade de Harvard, estabeleceram as dimensões estratégicas do *Lawfare* como uma guerra jurídica.

⁹¹² DUNLAP JR., Charles J. *Lawfare*. In: MOORE, John Norton; TURNER, Robert F. **National Security Law**. Durham: Carolina Academic Press, 2015.

⁹¹³ ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. **Lawfare**: uma introdução. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 28.

⁹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Lawfare*. In: Giovanni Alves *et al.* (coord.). **Enciclopédia do Golpe**. São Paulo: Projeto Editorial Praxis. 2017. v.1. p. 123.

⁹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Lawfare*. In: Giovanni Alves *et al.* (coord.). **Enciclopédia do Golpe**. São Paulo: Projeto Editorial Praxis. 2017. v.1.p. 122.

claramente uma garantia e a Suprema Corte a torna tabula rasa, também estará presente a prática de *lawfare*.⁹¹⁶

As três dimensões estratégicas do *lawfare* apresentadas por John Comaroff são: a geográfica, o armamento e as externalidades.⁹¹⁷ A dimensão geográfica refere-se a escolha do campo de batalha, “representado pelos órgãos públicos encarregados de aplicar o Direito, em função de cujas inclinações interpretativas as armas a serem utilizadas terão mais ou menos força⁹¹⁸.” Em um Estado Democrático de Direito, a escolha da jurisdição é definida pelo princípio do juiz natural, que veda o tribunal de exceção. Segunda dimensão é o armamento, se referindo à escolha do armamento que será utilizado no combate, ou seja, a escolha da legislação mais adequada para atingir o inimigo. É na segunda dimensão que a hermenêutica de exceção se insere, no sentido que a lei é utilizada para atingir fins políticos.

A terceira estratégia do *lawfare* está ligado a externalidades: se refere ao ambiente criado para que o Direito seja utilizado como arma contra o inimigo, a incluir a conjuntura que envolve a captura da mídia, do Estado, da opinião pública pelas grandes corporações. Para John Comaroff, a mídia é utilizada como caráter externo e auxiliar ao *lawfare*, constituindo-se uma das dimensões estratégicas de *lawfare*.⁹¹⁹ Juntamente com a geografia e o armamento, as externalidades é uma dimensão que consiste no uso da mídia com instrumento para atingir o inimigo.

Durante o espetáculo Lava Jato, foi revelado que a motivação para a condenação do ex-presidente estava fora do direito, sendo o processo penal apenas um instrumento, que camuflava a ilegalidade

Aquilo que recentemente lemos nos diálogos da Operação Spoofing ou aquilo que já havíamos lido nos diálogos da Vaza Jato, apenas esclarece o que a defesa técnica de Luiz Inácio Lula da Silva insiste como linha central de seus argumentos em todos os processos sob controle ou supervisão de Sergio Moro: é *lawfare*! É o uso estratégico do Direito para fins políticos, geopolíticos, militares e comerciais, etc.

⁹¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Lawfare*. In: Giovanni Alves *et al.* (coord.). **Enciclopédia do Golpe**. São Paulo: Projeto Editorial Praxis. 2017. v.1. p 125.

⁹¹⁷ Os antropólogos jurídicos sul-africanos Jean Comaroff e John Comaroff, pesquisadores da Universidade de Harvard, estabeleceram as dimensões estratégicas do *Lawfare* como uma guerra jurídica.

⁹¹⁸ MARTINS JÚNIOR, Osmar Pires. **Lawfare em Debate**. Goiânia: Kelps. 2020.

⁹¹⁹ John Comaroff explica *Lawfare*. [S. l.:s.n.], 15 nov. 2016. 1 vídeo (21 min 27 s). Publicado pelo canal A verdade de Lula. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=skCRotOT1Lg>. Acesso em: 10 jul. 2021.

E é o que explica os ataques judiciais ao ex-Presidente por sua condição política e simbólica.⁹²⁰

O *lawfare* e o estado de exceção são categorias contíguas, no sentido que ambas são estratégias utilizadas para atingir um inimigo, fundado em uma situação de suposta anormalidade, faria uso do poder estatal, para suspender a ordem jurídica:

Estado de exceção e o *Lawfare* têm em comum exatamente a figura do inimigo. Em ambos se pressupõe a hostilidade, a possibilidade de combate a um inimigo virtual, constantemente redefinido, do qual se retira, em alguns casos, a própria condição de pessoa, reduzindo a um outro genérico, total e irreal.⁹²¹

Inobstante, a partir da revisão da bibliografia sobre o tema, entende-se que apesar de terem características semelhantes “seria errôneo equiparar o *lawfare* ao estado de exceção”. Em rigor, o estado de exceção “é uma das táticas de segunda dimensão, relativa, pois ao armamento. Se não há norma jurídica prestante à guerra, cria-se uma *ad hoc*, mediante a técnica da exceção”.⁹²²

Não resta dúvida, como foi abordado no capítulo anterior, que Sergio Moro agiu estrategicamente durante a condução da Lava Jato, no sentido de utilizar-se do processo com uma verdadeira arma de guerra contra o inimigo, podendo ser observado durante diferentes momentos e fases da Lava Jato. Rodrigues identificou atuação estratégica de membros do Judiciário federal na condução, priorização e julgamento de processos vinculados à Lava Jato, na agilidade incomum, a seletividade das informações e perseguição seletiva por provas.⁹²³

Assim, o *lawfare* é a manipulação interessada do direito e das instituições jurídicas, gerindo o poder punitivo, instrumentalizando o direito e utilizando-se de estruturas ideológico-discursivas para o convencimento⁹²⁴, todavia, diferentemente do *lawfare*, que pode ser utilizado por qualquer ator estatal, em qualquer ambiente e com diversas finalidades, a hermenêutica de exceção é realizada pelo julgador no processo

⁹²⁰ PRONER, Carol. **Lava Jato e a degradação do sistema de justiça no Brasil**. O Livro das Parcialidades. Rio de Janeiro: Telha. 2021. p.56.

⁹²¹ ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. São Paulo: Contracorrente. 2020. p. 30.

⁹²² ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. São Paulo: Contracorrente. 2020. p. 30-31.

⁹²³ RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. v.1, 2020.

⁹²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CAAMAÑO, Cristina; WEIS, Valeria Veigh. **Bem-vindos ao Lawfare: Manual de passos básicos para demolir o direito penal**. São Paulo: Tirant Lo Blanc, 2021.

de tomada de decisão a fim de suspender em casos específicos e por ele deliberado, a aplicação da Constituição e justificar solipsisticamente a suspensão de direitos fundamentais, com a finalidade especificamente política.

Zaffaroni alerta sobre essa busca por resultados, a invocação do eficientismo penal, como observado nas decisões descritas no segundo capítulo, é próprio de Estado autoritário, e ainda reforça que é ilusória a crença de que afetará as garantias unicamente dos inimigos:

Não é só ilusória a afirmação de que o direito penal do inimigo afetará unicamente as garantias destes, como também é ilusória a sua suposta eficácia contra os inimigos. Quando são postas de lado as considerações teóricas e se admite que os direitos de todos os cidadãos serão afetados, imediatamente invoca-se o eficientismo penal, próprio do Estado autoritário e de sua razão de Estado, recolocando a opção tão reiterada quanto falsa entre eficácia e garantias ⁹²⁵[...].

O eficientismo penal, com efeito, é um argumento de que as leis penais e processuais penais são ineficientes e é, em razão disso, que não há condenações, punições, suficientes, razão pela qual, também o estado de insegurança só aumenta. O eficientismo penal, portanto, é um argumento utilitarista, consequencialista que fundamenta, por exemplo, a expansão do direito penal e a inobservância dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, é o eficientismo penal uma técnica de fundamentação da mitigação de direitos fundamentais do inimigo, seja pela expansão do direito penal, e/ou pela inobservância de garantias processuais. Técnica também utilizada para alcançar fins políticos, conforme se viu nas decisões do principal juiz da Lava Jato. De fato, “Moro incorpora o que existe de pior na área jurídico-penal: a lógica inquisitorial do eficientismo penal”, ou seja, a do “direito penal do inimigo”, a subversão promíscua “entre o acusador e o julgador. Enfim, expressa um retrocesso, uma volta ao passado pré-moderno, pré-iluminista”⁹²⁶

De fato, de acordo com o que foi demonstrado no primeiro capítulo, devido à tradição autoritária proveniente da formação do Estado brasileiro, bem como em razão

⁹²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 119.

⁹²⁶ DORNELLES, João Ricardo Wanderley. Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula o malabarismo judicial e o fim do estado democrático de direito *In*: PRONER, Carol *et al.* (org.). **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Projeto editorial Praxis, 2017. p. 185.

de uma transição malfeita entre uma legislação autoritária para uma legislação democrática, fortaleceu a aposta no protagonismo do Judiciário. Assim, as práticas inquisitivistas, típicas de regimes autoritários, não concederam espaço a uma dogmática jurídica democrática e mesmo depois de mais décadas de vigência Constituição Federal de 1988, ocorreram tímidas alterações legislativas, a dogmática processual-penal de raiz autoritária ainda persiste.

De fato, conforme dito anteriormente, essa a inexistência de uma Teoria da Decisão tem ocasionado decisões arbitrárias, violadoras de preceitos constitucionais. De fato, ainda que a dogmática jurídica tradicional admita a interpretação, isso não pode ser embasamento para que cada intérprete inflja os sentidos que mais lhe convierem. Assim sendo, a linguagem pública não apenas impõe limites ao poder, mas diz qual é a vontade política, cujo resultado é a segurança jurídica⁹²⁷, ocupando espaços que inegavelmente seriam preenchidos por vontades individuais.

Sendo a linguagem pública uma condição necessária para o fundamento das instituições sociais e políticas demarcadas pelo Constitucionalismo Contemporâneo, o uso de “subterrâneas linguagens”⁹²⁸ tem atacado a integridade do Direito por meio da atribuição de sentidos inautênticos, fazendo dele não mais um limite ao poder, mas, um instrumento, uma ferramenta de poder, como se viu na Lava Jato.

Essa tensão entre o texto e o sentido a ser atribuído ao texto coloca a hermenêutica diante de vários caminhos, no entanto, todos ligados às condições de possibilidade de acesso do homem ao conhecimento acerca das coisas. Streck sintetiza as tentativas de se estabelecer regras ou cânones hermenêuticos, enfatizando o predomínio da objetividade do texto ou na subjetividade do intérprete ou, ainda conjugando as duas teses:

Lembremos, especialmente, Savigny e seus métodos construídos para o direito privado, que ainda continuam influenciando as práticas jurídicas; Emilio Betti e sua abordagem objetivo-idealista; e, no Brasil, por todos, Carlos Maximiliano, cuja obra, embora lançada nos anos 20 do século passado, bem retrata o sincretismo metodológico no qual estamos mergulhados.⁹²⁹

⁹²⁷ ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução de Mauro Barbosa de Almeida. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

⁹²⁸ Expressão utilizada por Lenio Streck

⁹²⁹ STRECK, Lenio; LEITE, George Salomão Leite. **Interpretação, retórica e linguagem**. Juspodivim, 2018. p. 15.

Com o constitucionalismo contemporâneo do pós-guerra, reconheceu-se, definitivamente, a força normativa da Constituição, como instrumento hábil a vincular o governo e até mesmo o legislador, mediante a previsão de um sistema de direitos fundamentais, individuais e coletivos, tanto voltados à tutela da liberdade como à promoção do bem-estar geral da população via políticas públicas as mais diversas⁹³⁰.

No tocante ao sistema penal, inúmeros direitos e garantias passaram a integrar as Constituições contemporâneas, restringindo a atividade persecutória dos Estados. Os princípios da legalidade, da humanidade, da personalidade das penas, da presunção de inocência, de culpabilidade, do contraditório, ampla defesa, da ofensividade, da proporcionalidade e do devido processo legal passaram a constituir barreiras intransponíveis aos excessos punitivos estatais.

Essa mudança paradigmática no sentido da força normativa da Constituição resultou da constatação, sobretudo a partir das experiências nazista e fascista, de que até mesmo o parlamento, como representante da vontade geral, podia legitimar governos despóticos, bem como permitir arbitrariedades contra as minorias eventuais.

Com efeito, a Constituição passou a ser encarada como um freio contramajoritário, o qual, ao definir materialmente o âmbito infraconstitucional, impediria que comoções ou pressões de momento conduzissem a excessos prejudiciais às liberdades básicas, ocasionando uma inversão da lógica do sistema jurídico de direitos e garantias. Se antes os direitos e as garantias eram aquilo que a lei definia, demarcando os espaços livres da ingerência estatal, agora é a própria Constituição que prevê a atividade invasiva dos aparelhos de governo.

A partir de 1970, o Estado de bem-estar progressivamente vai dando espaço para o Estado de polícia, pois o compromisso político entre as classes sociais é negligenciado em prol do poder direto do capital e dos mecanismos de mercado. O Estado, enfraquecido, abandona os programas assistenciais, assumindo uma feição crescentemente repressiva na tentativa de prover a segurança e manejar os riscos.

Com efeito, assiste-se no Brasil, desde então, o esvaziamento da função promocional do Estado, o agravamento das desigualdades, o descontrole do capital, a cultura do consumo, a redução da oferta de empregos formais, a crise de soberania e um grave déficit democrático.

⁹³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **La cultura giuridica nell'Italia del novecento**. Roma/Bari: Laterza, 1999. p.49-62.

Assim, o Brasil da contemporaneidade vem caracterizando-se por um *debilitated authoritarianism*, fragilizado perante o capital e incapaz de atender às demandas sociais de grande parte de seu eleitorado, mas pressionado para exercer novas normas de controle do crime e de manejo da população.⁹³¹

O resultado desse autoritarismo brasileiro é a transformação dos problemas sociais em uma questão penal, mediante a criminalização generalizada dos grupos socialmente excluídos, sendo um dos aspectos mais marcantes a implementação de medidas legais e administrativas de facilitação do controle dessa nova classe perigosa.

Agamben alerta que um ponto extremamente emblemático dos governos contemporâneos é que não querem governar enfrentando as causas, mas unicamente as consequências: “Se a lógica do poder consiste em controlar apenas as consequências, e não as causas, há uma grande diferença”.⁹³² Esse controle policial e atuarial, longe de contribuir para a reintegração social, reforça a tendência excludente do novo modelo econômico-político.

Os limites constitucionais à atividade punitiva do Estado são constantemente afligidos pelas emergências, a necessidade de respostas rápidas a conflitos sociais. O descompasso entre a temporalidade do Estado e a dos demais sistemas sociais, especialmente da economia e da mídia, constrange o Estado à adoção de medidas de urgência para atender às demandas que lhe são postas.

A discrepância de velocidade entre eles, porém, potencializa o grau de irracionalidade inerente ao sistema penal estatal, levando-o à prática de abusos, violação ao estado de inocência, a garantias constitucionais de imparcialidade, igualdade, contraditório e ampla defesa, levando a condenações simbólicas, sem provas e arbitrárias.

O estado de exceção, característica latente deste novo século, admite uma guerra civil legal, permitindo desde a eliminação física dos adversários políticos a uma categoria inteira de cidadãos que, por qualquer razão, não pareciam integráveis ao atual sistema. Portanto, o estado de exceção constitui um elemento inseparável das formações políticas, não resultando em uma superação do direito, mas como uma

⁹³¹ LEA, John. **Crime and modernity**. London: Sage Publications, 2002. p.117.

⁹³² AGAMBEN, Giorgio. Agamben: a democracia é um conceito ambíguo. [Entrevista cedida a] Blog da Boitempo, Atenas em 17 de novembro de 2013. Tradução de Selvino J. Assmann. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2014/07/04/agamben-a-democracia-e-um-conceito-ambiguo/>. Acesso em: 10 ago. 2019.

prática essencial dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos⁹³³.

Assim, a crise da justiça penal e de suas garantias, vista como crise institucional, tem sua origem no fato do Estado não mais atuar como unificador social e guardião dos direitos dos cidadãos, acentuando, ao contrário, a fragmentação comunitária, a polarização de interesses e as desigualdades econômicas.

O uso político do sistema penal possui um grande acúmulo na história brasileira, empregado em tempos diversos, por diferentes motivos, nem sempre pelos mesmos perseguidores ou contra os mesmos grupos. É certo que toda punição corresponde a uma decisão política sobre o que é considerado crime e todo processo penal encerra uma questão política. Entretanto, o emprego do sistema penal através do emprego de procedimentos legais para se alcançar fins ilegítimos constitui parte fundamental da estratégia para perseguir inimigos.

Essa vida sem proteção destinada ao inimigo foi analisada a partir do Poder Judiciário por Otto Kirchheimer. Entende o autor que o Judiciário há tempos tem desempenhado esse papel de legitimar atos políticos e entende que, de um modo geral, a causa é eliminar ou enfraquecer um inimigo político, em benefício de outro sujeito político que se consolida ou ganha adesão das massas enquanto força política predominante: “Na luta ideológica para dominar a mentalidade das pessoas, os tribunais são organismos intimamente ligados com os assuntos públicos.”⁹³⁴

O tribunal, para Kirchheimer, é utilizado pelas elites dominantes para alcançar objetivos políticos por meios judiciais, identificando assim uma motivação política por trás das decisões.

No quadro constitucional liberal, o valor de julgamento político depende das pressões psicológicas e políticas do momento. Por causa do significado das instituições e processos legais tradicionais, o julgamento é marcado por um elemento criativo de risco e imprevisibilidade, que o distingue de um desempenho de comando administrativo.⁹³⁵

Assim, essa atuação do Judiciário contrariamente ao Estado de Direito também é visualizada para José Rodriguez, estudioso da Teoria Crítica no Brasil, sob a

⁹³³ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p.13.

⁹³⁴ KIRCHHEIMER, Otto. **Justicia politica**. Mexico: Uteha, 1968. p. 18

⁹³⁵ KIRCHHEIMER, Otto. **Political justice**. International Encyclopedia of the Social Sciences, 1968.

denominação de “perversão do direito”, consistindo de uma tentativa dos poderosos de perverter o direito “para conferir aparência jurídica a espaços de puro arbítrio nos quais seria possível agir sem controle da sociedade civil, em função apenas dos interesses dos poderosos”⁹³⁶.

De fato, a ausência de limites no processo interpretativo acarreta posturas ativistas da corte constitucional brasileira. “Veja-se que sequer os limites semânticos do texto constitucional funcionam como bloqueio ao protagonismo judicial que vem sendo praticado em todas as esferas do Poder Judiciário de *terrae brasilis*.”⁹³⁷

A postura decisionista brasileira, baseada no realismo norte-americano, que impõe sentidos inautênticos, oriundos de uma linguagem privada, em lugar daquilo que diz a Constituição, modificando-a sem realizar o procedimento formal previsto na própria carta, por meio de uma “mutação constitucional” (uma modalidade de poder constituinte permanente)⁹³⁸ caracteriza o ativismo em território nacional. Conforme Streck:

Se “a própria Constituição é o que seu órgão de cúpula”, no mais, “diz que é” substituída está a linguagem pública do Direito pelo privado entendimento do julgador. Isso é ativismo. Numa palavra final, a mutação constitucional, balizada pelo decisionismo do Judiciário, é o embaralhamento do papel do Direito e dos tribunais no Estado Democrático de Direito.⁹³⁹

Em solo brasileiro, quando se está diante de uma postura ativista, tem-se uma decisão que “vai além do próprio texto da Constituição, acarretando o que Hesse chama de rompimento constitucional, quando o texto permanece igual, mas a prática é alterada pelas práticas das maiorias”, justamente o que aconteceu com a Constituição de Weimar e o nazismo.⁹⁴⁰

No entanto, é necessário diferenciar⁹⁴¹ o ativismo judicial da judicialização da política; “é possível afirmar que a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo

⁹³⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica. **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**, v. 19, n. 37, p. 103, 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1682>.

⁹³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. Saraiva, 2011. p. 85.

⁹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 162.

⁹³⁹ STRECK, Lenio Luiz, **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 100.

⁹⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4. ed. Saraiva, 2011. p. 100.

⁹⁴¹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. *E-Book*.

tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais Poderes”.⁹⁴² Já o ativismo é gerado “no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma ‘corrupção’ na relação entre os Poderes”, no grau em que existe uma exacerbação “dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos”.⁹⁴³

Assim, o tema não é a judicialização da política, mas como se decide, “afinal, [...], o ativismo judicial é ruim para a democracia.”⁹⁴⁴ Assim,

Na verdade, a intensidade da judicialização da política (ou de outras dimensões das relações sociais) é a contradição secundária do problema. A grande questão não é o “quanto de judicialização”, mas “como as questões judicializadas” devem ser decididas. Aqui está o busílis. Este é o tipo de controle que deve ser exercido. A Constituição é o alfa e o ômega da ordem jurídica. Ela oferece os marcos que devem pautar as decisões da comunidade política.⁹⁴⁵

De fato, inibir “a manifestação de ativismos judiciais contribui para a institucionalização de uma verdadeira blindagem contra os predadores da autonomia do Direito”. Dizendo de outra forma, “a autonomia do Direito e a sua umbilical ligação com a dicotomia ‘democracia/constitucionalismo’ exigem da Teoria do Direito e da Constituição uma reflexão de cunho hermenêutico”.⁹⁴⁶

Já para Rodriguez, a estratégia de “fugir do direito” constitui-se de um abandono a uma forma racional de justificação do poder, afastando-se da sociedade a regulação, a criação e a aplicação de regras jurídicas. Como consequência dessa fuga, surge a zona de autarquia, com o estabelecimento de medidas e interpretações arbitrárias diante da margem interpretativa não unívoca dos textos legais, a criar “modelos meramente simbólicos de legitimação das decisões”.⁹⁴⁷

⁹⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. Saraiva, 2011. p. 87.

⁹⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. Saraiva, 2011. p. 87.

⁹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz, **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 38.

⁹⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns. **Senso Incomum. Consultor Jurídico**, 13 jun. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em 20 dez. 2021.

⁹⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz, **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 39.

⁹⁴⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 175.

O conceito de *zona de autarquia* tem justamente a função de ajudar a identificar e nomear setores de qualquer regime jurídico, nacional, internacional ou transnacional, em que os órgãos de poder atuam de forma arbitrária e explicitar modelos autoritários ou meramente simbólicos de legitimação das decisões.⁹⁴⁸

Logo, ao se utilizar de sua estrutura e da atribuição de sentido aos elementos jurídicos por elas manipuláveis para decidir sobre questões que interessam a seus membros, as cortes podem agir com “legalidade discriminatória⁹⁴⁹”, criando, inclusive, uma “zona de autarquia”. Segundo o autor, esta legalidade discriminatória consiste no uso de regramentos pretensamente universais de forma seletiva, com o objetivo de excluir, discriminar, prejudicar grupos ou estabelecer privilégios.

Mas é evidente que essa ampliação da atuação jurisdicional somente seria possível com a aceitação, ainda que tácita, por grupos políticos dominantes⁹⁵⁰ e, ainda, por diversas vezes, ganha o apoio da população, sob a possibilidade de conquistar direitos pelo protagonismo judicial:

A invasão do direito sobre o social avança na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo judiciário, visando a dar cobertura à criança e ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiência física. O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos. A nova arquitetura institucional adquire seu contorno mais forte com o exercício do controle da constitucionalidade das leis e do processo eleitoral por parte do judiciário, submetendo o poder soberano às leis que ele mesmo outorgou.⁹⁵¹

⁹⁴⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica. **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**, v. 19, n. 37, p. 99-124, 2016c. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1682>. p. 106.

⁹⁴⁹ Por questões de adequação a seu pensamento e às críticas que promove à racionalidade jurídica brasileira, tem optado por utilizar “legalidade discriminatória” em vez de “falsa legalidade”, o que não tem interferido no significado atribuído a tal categoria.

⁹⁵⁰ TASSINARI, Clarissa; MENEZES NETO, Elias Jacob de. Constitucionalismo democrático, ativismo judicial e crise do Estado: os limites de ação como condição para a legitimidade do poder judiciário na construção da democracia. In: **XXIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito: Direitos Fundamentais e Democracia I**, p. 232-259. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 255.

⁹⁵¹ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 41, 2007.

A reboque dessa tal judicialização, muitas vezes tida como necessária e importante à democracia e aos direitos fundamentais, vem a politização da justiça, que é perniciosa e não tem recebido a mesma atenção que a judicialização. Politizar seria um modo de corromper o exercício da jurisdição, pois seria permitir que pressões políticas e disputas por poder interferissem na atividade jurisdicional. Santos assevera:

Esta [a politização da justiça] consiste num tipo de questionamento da justiça que põe em causa não só a sua funcionalidade, como também a sua credibilidade, ao atribuir-lhe desígnios que violam as regras da separação dos poderes dos órgãos de soberania. A politização da justiça coloca o sistema judicial numa situação de stress institucional que, dependendo da forma como o gerir, tanto pode revelar dramaticamente a sua fraqueza como a sua força.⁹⁵²

Nesse sentido, as decisões da Lava Jato perderam totalmente o carácter “[...] republicano e se tornaram decisões politicamente orientadas.” Para Fornazieri, a divulgação dos áudios e a condução coercitiva do ex-presidente Lula “sempre visaram produzir um efeito político na opinião pública”, com a finalidade de alcançar dois objetivos: o *impeachment* de Dilma Rousseff e a inviabilização da candidatura de Lula nas eleições de 2018⁹⁵³.

Embora não haja como negar o elo de ligação existente entre direito e política⁹⁵⁴, essa inter-relação não autoriza a submissão da linguagem pública à vontade do julgador. Afinal, esse é o papel das Constituições, estabelecer limites ao poder por meio do direito:

A constituição aparece, assim, como um freio à vontade da maioria. na verdade, a constituição – do paradigma do estado democrático de direito – vai além de ser um freio à vontade das maiorias, uma vez que passa a estabelecer um modo de a sociedade ser transformada a partir do direito, com a incorporação das promessas incumpridas da modernidade ⁹⁵⁵.

⁹⁵² SANTOS, Boaventura de Sousa. A judicialização da política. **O Público**, Lisboa, 27 maio 2003. Disponível em: <https://www.publico.pt/2003/05/27/jornal/ajudicializacao-da-politica-201706>. Acesso em: 20 jul. 2019.

⁹⁵³ FORNAZIERI, Aldo. A espetacularização da Lava Jato chegou a um limite insuportável, diz jurista. *In: Agência Brasil*. 18 de março de 2016. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-03/espetacularizacao-da-lava-jato-chegou-um-limite-insuportavel-diz-jurista>. Acesso em: 2 ago. 2020.

⁹⁵⁴ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**. Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

⁹⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 36.

As decisões analisadas revelaram que a política deixou de ser uma “mola propulsora” para a constituição de conteúdo jurídico-constitucional, passando a ser utilizada como uma espécie de “argumento corretivo do Direito⁹⁵⁶”, eivando as decisões judiciais de uma acentuada carga de subjetivismo, contrária à linguagem pública e, portanto, aos ideais democráticos.

Nesse sentido, a democracia e o Estado Constitucional estão ligados, fundamentalmente, à autonomia do direito. É a partir do Constitucionalismo Contemporâneo, que os textos constitucionais assumiram um caráter inovador, exigindo da Teoria do Direito e da Constituição uma reflexão de cunho hermenêutico. Transformando-se a autonomia do direito em condição de possibilidade para que o Constitucionalismo Contemporâneo propague uma atuação democrática do Estado.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, afirma Ferrajoli, houve uma alteração na relação entre a política e o direito. O direito já não está subordinado à política como se dela fosse um mero instrumento, mas, sim, é a política que se converte em instrumento de atuação do Direito, subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais: vínculos negativos, como os gerados pelos direitos às liberdades que não podem ser violados; vínculos positivos, como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser satisfeitos⁹⁵⁷.

Inobstante, sustentar a autonomia do Direito acarreta compromissos institucionais, como a visão de que a decisão jurídica “[...] não é produto de escolhas, mas, sim, é um dever de buscar a resposta correta enquanto um direito fundamental em favor do cidadão no Estado Democrático de Direito⁹⁵⁸[...]”.

A redefinição e, conseqüente, ampliação do papel exercido pelo Poder Judiciário não elevou sua posição institucional a uma atuação totalmente arbitrária, livre de qualquer controle democrático, tendo o Poder Judiciário o dever fundamental de proferir decisões constitucionalmente adequadas. Na verdade, o Estado Democrático de Direito fortaleceu materialmente os limites entre direito, moral e política através da Constituição.

⁹⁵⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**. Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

⁹⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. Jueces y política. Derechos y Libertades. **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, año IV, n. 7. Madrid: Universidad Carlos III, 1999.

⁹⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 31.

Nesse sentido, constitui uma condição indispensável para o êxito efetivo da autonomia do Direito “um ambiente institucional que propicie o amadurecimento dos instrumentos de controle hermenêutico das decisões judiciais⁹⁵⁹.”

O problema reside na dificuldade de discordar perante as esferas públicas das atuações judiciárias. Sergio Moro tem-se utilizado da opinião pública constituída a partir dos meios de comunicação, praticando o *political justice* definido por Kirchheimer, com o objetivo de conduzir seus processos de forma subjetivista, mesmo que rompendo paradigmas relativamente seguros do ordenamento jurídico e da jurisprudência.

Segundo Otto Kirchheimer, a utilização de processos judiciais para dar autenticidade a determinada posição política pode passar pela “mobilização da opinião.”⁹⁶⁰ E, para Moro, como ele mesmo tem afirmado reiteradamente, “O que o juiz pode fazer é muito limitado sem o apoio da opinião pública”.⁹⁶¹ Portanto, faz uso de ferramenta típica do uso político da justiça em situação bastante peculiar, já que ele mesmo maneja o aparato por conta própria, enquanto para o jurista alemão os sujeitos políticos da sociedade é que tencionariam as cortes de diferentes formas para chegar ao resultado que almejam.

Destarte, é possível observar, ainda que sumariamente, a utilização do direito como instrumento para realizar uma perseguição seletiva e inquisitorial, no sentido que as regras constitucionais não são observadas quando do processo decisório, funcionando o sistema penal como Estado-duplo, Estado de Direito e Estado de Exceção, isto é, legalidade e ilegalidade, transitando como faces de um mesmo fenômeno.

Nesse sentido, o princípio da legalidade, em seu sentido amplo, é uma forma de legitimação das decisões judiciais, limitando o Poder Judiciário e garantindo a neutralidade. A noção de que os todos os poderes estão submetidos à Constituição e que esta, decorre da vontade popular, encobrem e “legitimam” a arbitrariedade. A

⁹⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 39.

⁹⁶⁰ KIRCHHEIMER, Otto. **Political justice**: the use of legal procedure for political ends. New Jersey: Princeton University Press, 1961. p. 06.

⁹⁶¹ SOUZA, Josias de. Juiz pode pouco sem opinião pública, diz Moro. *In*: **Blog do Josias**, 30 de julho de 2015. Disponível em: <https://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2015/07/30/juiz-pode-pouco-sem-opiniao-publica-diz-moro/>. Acesso em: 20 jul. 2019.

principal característica da dominação legal, segundo Weber,⁹⁶² reside no fato de que se obedece aparentemente à uma ordem impessoal, objetiva e legalmente estatuída, em virtude da legalidade formal de suas disposições e dentro do âmbito da vigência das leis.

Embora Kirchheimer vislumbrasse pontos positivos no Direito, no sentido que constituição de um avanço para a limitação do poder, através das garantias de liberdade e de procedimentos, sempre exaltou que se constituía de uma forma de distribuição velada de poder efetivada por meio das decisões. Com efeito, sob um estado de exceção “ficto”, utilizando do mecanismo jurídico para legitimar suas ações, o Poder Judiciário tem se utilizado de argumentos de política, argumentos utilitário-consequencialistas,⁹⁶³ para “justificar” a supressão da norma jurídica.

Esse padrão secular de autolegitimação do direito penal e processual penal pelo próprio Estado e de suas técnicas de dominação e violência⁹⁶⁴ torna-as legítimas para a sociedade, através de um discurso de medo e de imprescindibilidade estatal. Essa funcionalidade do sistema penal revela um paradoxo que tem funcionado em um nível ideológico de cunho garantista e em um nível real, o direito penal de exceção ou do inimigo.

Nesse sentido, argumenta Alessandro Baratta:

O aprofundamento da relação entre direito penal e desigualdades conduz, em um certo sentido, a inverter os termos em que esta relação aparece na superfície do fenômeno descrito. Ou seja: não só as normas do direito penal se formam e se aplicam seletivamente, refletindo as relações de desigualdades existentes, mas o direito penal exerce, também uma função ativa, de reprodução e de produção, com respeito às relações de desigualdade. Em primeiro lugar, a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes e especialmente o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade.⁹⁶⁵

Os desprotegidos economicamente chegam mais facilmente ao sistema penal, já que quase sempre não têm serventia na lógica do capital. Por isso mesmo, suas

⁹⁶² WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva (1864-1920). Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. p. 696.

⁹⁶³ STRECK, Lenio Luiz. O STF, 7 erros... e um destino! E meu prognóstico, do qual discordo! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 9 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-09/streck-stf-erros-destino-meu-prognostico-qual-discordo>. Acesso em: 2 ago. 2019.

⁹⁶⁴ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: EDUNB, 1980. p. 29.

⁹⁶⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 166.

garantias são facilmente quebradas e as injustiças ocultadas pelo discurso repressivo.

Como afirma Zaffaroni:

O poder seletivo do sistema penal elege alguns candidatos à criminalização, desencadeia o processo de sua criminalização e submete-o à decisão da agência judicial, que pode autorizar o prosseguimento da ação criminalizante já em curso ou decidir pela suspensão da mesma. A escolha, como sabemos, é feita em função da pessoa (o “bom candidato”) é escolhido a partir de um estereótipo, mas à agência judicial só é permitido intervir racionalmente para limitar essa violência seletiva e física, segundo certo critério objetivo próprio e diverso do que rege a ação seletiva do restante do exercício de poder do sistema penal, pois, do contrário, não se justificaria a sua intervenção e nem sequer a sua existência (somente se “explicaria” funcionalmente).⁹⁶⁶

As críticas à justiça penal quanto à sua eficiência na prevenção do crime, a impunidade e a legislação são vazias, na medida em que a justiça penal atende àquilo que ela se propôs quando foi concebida pela burguesia, “como instrumento tático importante no jogo de divisões que ela queria introduzir”.⁹⁶⁷

Como observa Michel Misse:

O crime pode ocorrer em qualquer classe, estrato ou fração estamental, mas existem diferenciais históricos de designação e perseguição de certas ações como criminais, como também da orientação dos aparelhos que cuidam de sua detecção e resposta punitiva, que podem ser determinadas, numa medida significativa, em correlação com as posições de classes, estrato ou de frações estamentais.⁹⁶⁸

Reduzido a uma mera instrumentalidade formal, o direito deixou de representar uma possibilidade de transformação da realidade, à revelia do que a própria Constituição conquistou na construção do Estado Democrático (e Social) de Direito. À toda evidência, essa circunstância produzirá reflexos funestos no processo de compreensão que o jurista terá acerca do papel da Constituição, que perde, assim, a sua substancialidade, esquecendo-se, fundamentalmente, do grau de autonomia que o direito alcançou no paradigma do Estado Democrático de Direito.⁹⁶⁹

⁹⁶⁶ ZAFFARONI, Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p.246.

⁹⁶⁷ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal, 2007. p. 56.

⁹⁶⁸ MISSE, Michel. **Crime e violência no Brasil contemporâneo**: estudos de sociologia do crime e da violência urbana. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p.22.

⁹⁶⁹ STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica, constituição e autonomia do Direito** Revista de estudos

É certo que o direito penal é o ramo mais militarizado do ordenamento jurídico estatal e que faz parte do projeto político do Estado, como a política continua o projeto bélico que caracteriza todo poder concentrado em estruturas estatais.

A guerra não se manifesta no direito penal e processual penal somente como instrumento, mas no próprio seio do Estado, numa luta constante entre o poder em sua forma desenfreada e o Estado de Direito que pretensiosamente tenta conter a arbitrariedade em seus limites normativos. Trata-se da dialética entre o estado de direito e o estado de polícia como elucidou Zaffaroni,⁹⁷⁰ e que revela a natureza bifronte de todo poder-direito. Isso significa dizer que Estado de Direito e estado de exceção não se encontram numa relação de exclusão, mas de complementação dialética.

Observa-se, destarte, que os estudos sobre os inimigos no estado de exceção estão ligados preponderantemente à população economicamente desvalida, denunciando a influência no direito promovida pelo mercado. De modo que a história institucional do direito penal brasileiro demonstra um arcabouço legislativo excludente, que até o século XXI, ligava-se, principalmente, à gestão da subcidadania do Brasil, diante da incapacidade do Estado de prover a população de serviços sociais básicos, servindo, ainda hoje, como instrumento de reprodução da configuração de relações sociais excludentes e autoritárias que estão enraizadas na sociedade brasileira tais como: as contravenções penais de vadiagem, mendicância, embriaguez, capoeira, concebidas para lidar com os negros alforriados e desvalidos.

Portanto, o direito penal e o processo penal sempre contribuíram para a manutenção da violência estrutural inerente ao modelo de formação dessa sociedade, pautado no autoritarismo e na submissão dos desvalidos à vontade dos detentores do poder econômico, e, por outro, a garantir a imunização penal dos grupos sociais que ocupam, nesta estrutura, espaços privilegiados de poder. Atuam como importante mecanismo de controle das populações marginalizadas e manutenção das desigualdades sociais, no sentido que a genealogia da exclusão social se confunde com genealogia do direito penal no Brasil, que tem suas raízes na inadmissibilidade da elite brasileira em aceitar negros, índios e mestiços como iguais, consolidando-se

constitucionais, hermenêutica e teoria do Direito, Unisinos, RS, janeiro-junho 2009. p. 65-77.

⁹⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 09.

a utilização sistemática da máquina repressiva de maneira ilegítima para assegurar o modelo estratificado da sociedade brasileira.⁹⁷¹

Nesse sentido, no Brasil, muitos marginalizados são frequentemente vistos como o *inimigo*, como uma ameaça ao Estado, e daí decorre a suspensão de seus direitos ou o não reconhecimento deles. Assim, de acordo com Serrano⁹⁷², o “bandido inimigo não é o cidadão que erra, mas o sujeito que deve ter seus direitos suspensos, inclusive o direito à vida. Esses inimigos vivem sob a égide permanente de um Estado de polícia”.

Atualmente, o que se indaga não são as causas da criminalidade, mas qual a resposta do Estado à criminalidade. Os cidadãos buscam obsessivamente a punição dos excluídos, numa tentativa de criar uma base segura. Isto é, “reafirmar valores como absolutos morais, declarar que outros grupos não têm valor, estabelecer limites distintos do que é virtude ou vício, ser rígido em vez de flexível ao julgar, ser punitivo e excludente em vez de permeável e assimilativo”.⁹⁷³

Neste domínio, o sistema de justiça criminal vem se mostrando completamente ineficaz na contenção da violência no contexto do Estado Democrático de Direito. Problemas relacionados à lei e à ordem têm afetado a crença dos cidadãos nas instituições de justiça, estimulando não raro soluções privadas para conflitos nascidos nas relações sociais e nas relações intersubjetivas.

Nesse vazio deixado pelo Estado, surgem formas alternativas de solução de conflitos. A crise de legitimidade do Estado provoca efeitos profundos sobre a ideia de democracia, porque não é possível construir uma democracia sem que o processo de aplicação da justiça desempenhe um papel central na vida do país. Uma crise do próprio discurso normativo, pois o problema de base não estava somente nas questões interpretativas, mas no próprio tratamento que o direito positivo atribuía aos fatos.

A Operação Lava Jato evidencia essa crise democrática e o uso político do processo penal, pois a partir das descrições apresentadas no segundo capítulo, é possível concluir que não se trata de uma decisão isolada que utiliza fundamentos de

⁹⁷¹ DUPAS, Gilberto. **Economia global e exclusão social**: pobreza, emprego, estado e o futuro. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 20.

⁹⁷² SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016. *E-book*. Cap. 4, p. 49.

⁹⁷³ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminologia e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 34-35.

exceção através do mecanismo jurídico para “legitimar” uma conduta reprovável, tendo inclusive o Tribunal Regional Federal corroborado com tais medidas:

[...] a publicidade das investigações tem sido o mais eficaz meio de garantir que não seja obstruído um conjunto, inédito na administração da justiça brasileira, de investigações e processos criminais – Operação Lava Jato – voltados contra altos agentes públicos e poderes privados até hoje intocados.⁹⁷⁴

A Operação demonstrou esse caráter estruturalmente seletivo, político, inquisitorial e rotulador do sistema penal. Trata-se de uma tática deliberada de *lawfare*, ou seja, com o uso do direito penal e processo penal como armas de guerra para exterminar inimigos, no entanto, entende-se que não se trata apenas de uma utilização instrumental, mas de uma característica intrínseca ao direito penal e processual penal, que atualmente tem sido utilizada pelo Poder Judiciário.

A sua natureza de exceção, nunca admitida, mas sempre latente, revela a tensão entre poder, violência e Estado de Direito, e o afastamento do ordenamento jurídico comprova a presença do inimigo. Essa atuação seletiva através do mecanismo da exceção denota sua parcialidade, a qual foi reconhecida pelo STF.⁹⁷⁵

Essa hermenêutica de exceção auferi o apoio da sociedade, eis que os agentes públicos asseguram o combate ao crime e à punição dos criminosos, inobstante estejam disfarçados pelo discurso de “promoção da justiça” que visa seduzir a sociedade, violam garantias fundamentais, não aplicando direitos e conferindo ao Poder Judiciário um poder supremo, uma espécie de Poder Moderador.⁹⁷⁶

⁹⁷⁴ Processo Administrativo Disciplinar. BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti. 29 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁹⁷⁵ “Assim, por isonomia e segurança jurídica, é dever deste Tribunal, por meio do Relator do feito, estender a decisão aos casos pertinentes, quando há identidade fática e jurídica, nos termos do art. 580 do CPP. Diante do exposto, tendo em vista a identidade fática e jurídica, estendo a decisão que concedeu a ordem neste *Habeas Corpus* às demais Ações Penais conexas (5021365-32.2017.4.04.7000/PR – Caso “Sítio de Atibaia” e 5063130-17.2016.4.04.7000/PR – Caso “Imóveis do Instituto Lula”), processadas pelo julgador declarado suspeito em face do paciente Luiz Inácio Lula da Silva, de modo a anular todos os atos decisórios emanados pelo magistrado, incluindo-se os atos praticados na fase pré-processual, nos termos do art. 101 do Código de Processo Penal. Publique-se. Brasília, 24 de junho de 2021.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 mar. 2021. Voto Vencido do Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-fachin/julgamento-hc-lula.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁹⁷⁶ Dentre os juristas contemporâneos que interpretam que o Supremo Tribunal Federal assume o

A decisão proferida pelo Desembargador Rômulo Pizzolatti, do TRF4, demonstra que não se trata de um posicionamento à luz do ordenamento jurídico, mas de uma consciente (e expressa) violação de garantias constitucionais, utilizando do mecanismo jurídico para legitimação.

Conforme foi possível perceber das decisões citadas no capítulo anterior, a atividade jurisdicional ignorou procedimentos próprios da ordem jurídica vigente, decidindo pela suspensão de parte da Constituição.

Destarte, os acontecimentos em que se pautaram as decisões no âmbito da Operação Lava Jato em tempo concorrente ao processo de impedimento da Presidenta Dilma Rousseff fizeram com que inúmeros juristas e sociólogos de renome internacional e, obviamente, pesquisadores nacionais, voltassem sua atenção aos acontecimentos políticos e jurídicos brasileiros.

Em 7 de abril de 2018, o jurista italiano Ferrajoli publica uma carta em jornal italiano revelando preocupação com os acontecimentos: “Estamos diante daquilo que Cesare Beccaria, em ‘Dos delitos e das penas’, chamou ‘processo ofensivo’, onde ‘o juiz’, em vez de ‘indiferente pesquisador da verdade’, ‘se torna inimigo do réu’” e continua nomeando o julgamento do HC no STF⁹⁷⁷ como dia negro para a democracia brasileira. Enfatiza, ainda, o visível uso político do direito, “o caráter não judiciário, mas político de todo esse caso é revelado pela total falta de imparcialidade dos magistrados que promoveram e celebraram o processo contra Lula”.⁹⁷⁸

Outra carta foi enviada ao então presidente, Temer, subscrita por Baltasar Garzón, Espanha; Luigi Ferrajoli, Itália; William Bourdon, França; Emílio García Mendez, Argentina, e Henri Leclerc, em que afirmam que “aos signatários desta carta, que expressaram sérias dúvidas sobre a imparcialidade do processo que deu origem à condenação do candidato”.⁹⁷⁹

papel de Poder Moderador na República Federativa do Brasil, destaca-se o Ministro do STF, José Antônio Dias Toffoli. Em palestra intitulada O Poder Moderador no Brasil: os Militares e o Poder Judiciário (proferida no Instituto de Artes da Universidade Estadual Paulista em 4 abril de 2014), assim o citado Ministro referiu-se ao STF: “Hoje ele é o Poder Moderador”.

⁹⁷⁷ No já citado julgamento do HC n. 152.752, por 6 votos a 5, a corte rejeitou *Habeas Corpus* ao ex-presidente Lula (PT) e considerou possível antecipar a medida antes do trânsito em julgado. No dia 7 de abril de 2018, Lula se apresentou para cumprir a pena antes do trânsito em julgado da condenação de processos que posteriormente foram anulados, vide HC n. 164.493.

⁹⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **"Uma agressão judiciária à democracia brasileira"**. 2018. Disponível em: <https://www.ime.usp.br/~pluigi/ferrajoli-processo-lula>. Acesso em: 26 jun. 2019.

⁹⁷⁹ JURISTAS internacionais defendem candidatura de Lula e enviam carta a Temer. *In: UOL Notícias*, 23 de agosto de 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/rfi/2018/08/23/e-direito-de-lula-seu-eleito-dizem-juristas-internacionais-em-carta-enviada-a-temer.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 20 jun. 2019. e BOURDON & ASSOCIES. [Brasil

Em carta recentemente enviada ao STF, ex-ministros da Justiça e ex-ministros de supremas cortes de oito países pediram a liberdade de Lula; entre os signatários está Susan Rose-Ackerman, professora de jurisprudência da Universidade de Yale, nos EUA: “Nós [...] queremos chamar à reflexão os juizes do Supremo Tribunal Federal e, mais amplamente, a opinião pública do Brasil para os graves vícios dos processos movidos contra Lula”.⁹⁸⁰

Noam Chomsky, um dos maiores cientistas sociais vivos, linguista e autor de mais de cem livros, concedeu entrevista recentemente em que compreende o processo de julgamento do ex-presidente Lula como político:

A insistência de evitar que FHC fosse investigado, enquanto fabricava acusações contra Lula, é uma coisa muito grave. Por isso, segundo qualquer parâmetro, Lula é um preso político, o principal preso político do mundo.⁹⁸¹

Em análise realizada sobre o atual governo brasileiro, Alysson Leandro Mascaro Nascimento desenha as estratégias que engendraram a crise democrática brasileira. Em uma das passagens de recente texto, assevera que “no caso do campo do direito, a Lava Jato perde o pudor do consórcio ao bolsonarismo; Sergio Moro sai diretamente de algoz de Lula a ministro de Bolsonaro”.⁹⁸²

As denúncias da crise democrática, da crise jurídica, existente no Brasil denotam que as decisões judiciais, ainda que discursivamente amparadas em princípios gerais como a publicidade e da moralidade pública, foram praticadas à margem da Constituição Federal de 88. O respeito aos procedimentos, em um Estado Democrático de Direito, tem por finalidade evitar o casuísmo da atuação estatal, afastando-se com isso a possibilidade de julgamentos de exceção com base em convicções pessoais do julgador.

deve respeitar a decisão da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas]. Destinatário: Michel Temer. Paris, 23 de agosto de 2018. 1 Carta.

⁹⁸⁰ ESTADÃO, Conteúdo. Indignados, juristas estrangeiros pedem que STF liberte Lula. **Exame**, 12 ago. 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/indignados-juristas-estrangeiros-pedem-ao-stf-que-liberte-lula/>. Acesso em: 13 ago. 2019. e JURISTAS estrangeiros pedem liberdade de Lula ao STF. *In*: INSTITUTO LULA, 11 ago. 2019. Disponível em: <https://www.institutolula.org/chocados-juristas-estrangeiros-pedem-liberdade-de-lula-ao-stf>. Acesso em: 13 ago. 2019.

⁹⁸¹ CHOMSKY, Noam. Chomsky: “Lula é o principal preso político do mundo”. [Entrevista cedida a] Aldo Sauda, Cauê Ameni, Guilherme Ziggy e Hugo Albuquerque. **Revista Jacobin Brasil**, 8 de agosto de 2019. Disponível em: <https://jacobin.com.br/2019/08/chomsky-lula-e-o-principal-presopolitico-do-mundo/>. Acesso em: 10 ago. 2019.

⁹⁸² MASCARO, Alysson Leandro. Dinâmica da crise e do golpe: de Temer a Bolsonaro. Margem Esquerda. **Revista da Boitempo**, São Paulo, n. 32, p. 31, 2019.

Ao abrir mão do procedimento legalmente instituído, o juiz Sergio Moro atuou de forma autoritária, à margem da ordem jurídica, sendo ele passível, por isso, de sanção pelo Tribunal e sua decisão anulada.

Uma verdadeira invasão da jurisdição constitucional nas demais esferas de poder, fazendo com que o Judiciário acabe por infringir não apenas o princípio constitucional da separação dos poderes, que constitui cláusula pétrea na Constituição Federal, mas como outras tantas garantias constitucionais.

A liberdade interpretativa resultante do positivismo permitiu um estado da natureza interpretativo, em que cada juiz decide como quer (arbitrariamente), de acordo com sua subjetividade, ou seja, as “fronteiras textuais”,⁹⁸³ democraticamente produzidas, que deveriam estabelecer limites à discricionariedade, foram ultrapassadas explicitamente, sem qualquer constrangimento retórico. Consequentemente, o texto jurídico, produzido democraticamente e em conformidade com a Constituição, passa a ser visto como um obstáculo pelo intérprete: “[...] quando lhe interessa, relegam os textos jurídicos a um plano secundário, sob o pretexto de que ‘cabe ao intérprete a descoberta dos valores escondidos embaixo do texto’”.⁹⁸⁴

Nas decisões analisadas, a atividade jurisdicional ignorou procedimentos próprios da ordem jurídica vigente, decidindo pela suspensão de parte da Constituição. Assim, o Poder Judiciário vem desempenhando no âmbito jurídico-constitucional atribuições com feições plenamente distintas de sua verdadeira ou real atribuição e as relações mantidas com os âmbitos executivo e legislativo, bem como as fronteiras existentes entre eles, estão sendo ruídas ante um horizonte de uma crise representativa.

Pode-se dizer que as decisões apresentadas suspendem o ordenamento jurídico (meios), para atender ao fim de condenar o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e extirpar do meio político o Partido dos Trabalhadores: “podemos dizer, assumindo o risco do paradoxo, que a exceção é um meio que despreza os meios,

⁹⁸³ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos Juízes”. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET**, Curitiba, n. 1, p. 09, 2009. Disponível em: http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acesso em: ago. 2021.

⁹⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos Juízes”. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET**, Curitiba, n. 1, p. 09, 2009. Disponível em: http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acesso em: ago. 2021.

tendo na alça de sua mira apenas o fim a atingir⁹⁸⁵, conforme denunciam vários pensadores.

A história do controle penal revela o uso do direito penal e processo penal com finalidade além das estritamente jurídicas. É por meio dele que se identificam determinados sujeitos ou grupos sociais como merecedores de uma punição mais severa, distanciando-se de sua função legítima de guardião dos bens jurídicos fundamentais da sociedade, assumindo uma perversa faceta de exclusão de determinada parcela da sociedade das proteções e garantias constitucionais, evidenciando-se os limites de proteção do Estado Democrático de Direito.

Este fenômeno se dá antes da hermenêutica, ele se expressa primeiramente pela escolha legislativa. Baratta o denomina de “direito penal jurisprudencial”, destarte, a técnica legislativa empregada na formulação de leis (uso de conceitos indeterminados, de elementos normativos, de cláusulas genéricas), é o instrumento “pelo qual o legislador – como frequentemente ocorre devido à fragilidade do equilíbrio das maiorias parlamentares e dos governos de coalizão – procura transferir para as decisões judiciais a responsabilidade política que ele não quer” ou não pode revelar com as decisões “programáticas” que os juízes tomam.⁹⁸⁶

Consolidar este “direito penal jurisprudencial” só é possível por meio de uma transformação da atividade judicante “de uma expansão quase autógena de sua discricionariedade que se manifesta ao assumir-se a gestão política dos conflitos”.⁹⁸⁷

Os rituais do exercício político e ideológico que determinam a exclusão política e jurídica de inúmeros segmentos, grupos e classes sociais, com o auxílio da violência punitiva institucionalizada, permite que *homo sacer* seja identificado a partir da análise das políticas criminais implementadas no decorrer da história punitiva brasileira.

Em rigor, a faceta mais sombria desta edificação teórica reside na ambiguidade e no viés autoritário dos critérios para a definição do *homo sacer*, obedecendo meramente a antagonismos religiosos, diferenças étnicas, econômicas, políticas ou ideológicas que culminam na criminalização do embate político. Portanto, a noção do

⁹⁸⁵ MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. NomoE Nantokpato? Apocalipse, exceção e violência. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 105, p. 284, jul/dez. 2012.

⁹⁸⁶ BARATTA. Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 5, p. 12, 1994.

⁹⁸⁷ BARATTA. Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 5, p. 12, 1994.

homo sacer tende a identificar-se simplesmente com os elementos indesejados e nocivos para uma certa visão dominante da realidade social.

Essa “técnica” de governo sob as vestes de um Estado de Direito, caracterizado por um traço de autoritarismo no meio do governo republicano e democrático, revela um deslocamento de um estado de exceção⁹⁸⁸, vigente em situações emergenciais e excepcionais, para tornar-se técnica permanente de governo, como paradigma político do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Para Carl Schmitt, a definição do alvo da intervenção penal recai sobre o Estado⁹⁸⁹, e esse conceito-limite de amigo-inimigo define o âmbito de aplicação do direito, isto é, os inimigos da sociedade vão sendo construídos politicamente e aleatoriamente, pois a figura do inimigo clama por um Estado autoritário e, em alguma medida, funciona como mecanismo de controle dos avanços e conquistas de uma maioria que sempre viveu marginalizada.

Zaffaroni adverte da impossibilidade dessa fronteira entre cidadão e inimigo não se diluir definitivamente, pois a admissão da categoria do inimigo no direito introduz um germe da destruição no Estado de Direito, passando os direitos e garantias a serem vistos como um obstáculo à eficácia eliminatória.⁹⁹⁰

Em relação à realidade brasileira, tal percepção permite refletir sobre as práticas político-jurídicas cotidianas para nelas descortinar autoritarismos que, inicialmente, permanecem alheios e inexplicáveis em nosso ambiente político pós-Constituição de 1988. Tal leitura crítica permitiria evidenciar que a democracia brasileira se construiu tendo em vista uma tradição autoritária, que não desaparece com a simples mudança de *status* jurídico-político.

É neste contexto que se pretende estabelecer as bases conceituais para uma hermenêutica de exceção presente nas decisões da Operação Lava Jato; não obstante sua complexidade, se transforma em uma noção central para a compreensão da relação entre direito e política e, ainda, revela a necessidade da adoção de uma teoria da decisão para obstaculizar esse estado de exceção interpretativo que tem invadido o Poder Judiciário brasileiro.

⁹⁸⁸ Estado de Exceção para Giorgio Agamben ou Estado de Natureza para Thomas Hobbes.

⁹⁸⁹ SCHMITT, Carl. **O conceito do político**: Teoria de Partisan. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

⁹⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La legitimación del control penal de los “extraños”**. 2006. p. 18.

A partir da Crítica Hermenêutica do Direito, entre o texto e a norma há uma diferença ontológica⁹⁹¹, sendo o texto o ponto de partida para interpretação e ao mesmo tempo o seu limite interpretativo.⁹⁹² Neste contexto, a Operação Lava Jato evidenciou que o esquema tático da dogmática jurídica processual penal tradicional foi liquidado não apenas pelo discurso *da* livre apreciação da prova e da busca da verdade real⁹⁹³, mas sobretudo, pelo uso político do direito.

O fortalecimento dessa cultura decisionista no Brasil assemelha-se aos caminhos trilhados pelo nazismo que, a partir da edição das leis de Nuremberg⁹⁹⁴, em 1935, utilizou-se do sistema jurídico como ferramenta de poder, um instrumento do Führer e seus objetivos. O regime nazista inicialmente assumiu a identidade tradicional de direito, com juízes e tribunais organizados, mas, gradativamente, a estrutura jurídica nazista impregnou o ordenamento jurídico de cláusulas gerais⁹⁹⁵ e abertas, dando margem para decisões discricionárias⁹⁹⁶, culminando na revogação dos princípios da legalidade e da anterioridade.

⁹⁹¹ “Sustentar que há uma diferença (ontológica) entre texto e norma não significa que aja uma cisão estrutural entre ambos (o mesmo valendo para a dualidade vigência validade). O que se quer dizer é que o texto não subsiste como texto (algo como “um conceito em abstrato”). Não há texto sem contexto, assim como não há texto jurídico isolado da norma que se atribui a esse texto. Quando interpretamos – e estamos sempre interpretando – o texto jurídico (lei, constituição, princípio etc.) já nos aparece com alguma norma, que é produto da atribuição de sentido do intérprete. Todavia, o intérprete não é livre para atribuir qualquer sentido ao texto. Ele sempre estará inserido em uma determinada tradição, que sobre ele exerce constrangimento. Assim como o ser humano não atribui um sentido qualquer aos objetos no seu cotidiano, o que seria esquizofrenia, do mesmo modo o intérprete do Direito também possui limites e não pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa.” STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 10.

⁹⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 95.

⁹⁹³ “[...] a ideia de ‘verdade real’ remete para um conceito de verdade em correspondência com a realidade, com a ‘coisa objeto do conhecimento’. Ilustrativa, nesse sentido, seria a imagem de um juiz que não passava (na verdade, ainda hoje é assim) de um juiz que era um produto mixado por dois modelos filosóficos (melhor dizendo, vulgatas de dois modelos): ao mesmo tempo em que ‘cava’ a prova ao seu talante (sendo, assim, um subjetivista), utiliza-se, ideologicamente, do ‘mito do dado’ para dar ‘pureza’ ao ‘produto escavado’”. STRECK, Lenio Luiz. A verdade das mentiras e as mentiras da verdade. **Consultor Jurídico**, 28 nov. 2013. <https://www.conjur.com.br/2013-nov-28/senso-incomum-verdade-mentiras-mentiras-verdade-real>.

⁹⁹⁴ Promulgadas em 15 de setembro de 1935, as Leis de Nuremberg evidenciavam a eliminação da influência judaica no Estado alemão. No início de setembro, não satisfeito com os decretos anteriores e a diminuição do espaço judeu na sociedade, Hitler decidiu que era hora de impor-lhes maiores restrições, com o intuito de que deixassem o Espaço Vital alemão, traduzindo todo o antisemitismo das leis nazistas.

⁹⁹⁵ As cláusulas gerais são caracterizadas por uma falsa generalidade, mesmo sendo formuladas com o emprego de termos gerais, ampliam o debate, dando liberdade de ação para o executivo tendo em vista que muitas questões não estão previstas em lei. NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte. n. 109. p.13-87, jul/dez. 2014.

⁹⁹⁶ NOBRE, Marcos. **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papyrus, 2008. p. 100.

A submissão do Poder Judiciário ao objetivo político incrementa toda sorte de arbitrariedades judiciais, transformando o julgador em ator político e suas arbitrariedades, resguardadas por uma espécie de “combatente moral das ilegalidades”. Este contexto afeta a confiança na jurisdição como caminho irredutível à solução justa do caso, comprometendo a finalidade epistêmica do processo penal, uma vez que a qualidade das provas é redimensionada para atender ao desejo político que atravessa os atores judiciais.

Nessa perspectiva, a referida decisão trata-se de uma hermenêutica de exceção. Ademais, Zaffaroni⁹⁹⁷ alerta que a invocação do eficientismo penal, como observado nas decisões analisadas, é próprio de Estado autoritário, utiliza-se de técnicas inquisitivistis e, ainda, reforça que é ilusória a crença de que afetará unicamente as garantias dos inimigos.

4.4 A DEFINIÇÃO⁹⁹⁸ DA HERMENÊUTICA DE EXCEÇÃO

A partir da discussão apresentada durante toda a tese e, especialmente, do estudo de caso exposto no segundo capítulo, torna-se possível a construção da definição da hermenêutica de exceção:

Hermenêutica de exceção pode ser definida como o procedimento realizado pelo julgador no desempenho da função jurisdicional, que se utiliza da linguagem privada, em um caso específico e de maneira provisória, a fim de atribuir sentido inautêntico ao que possui linguagem pública, ou seja, sem qualquer mediação real pelo direito, transformando-a em instrumento para atingir fins políticos. A escolha de sentidos é realizada pelo julgador no processo de tomada de decisão a fim de suspender, em casos específicos e por ele deliberado, a aplicação da Constituição e justificar solipsisticamente a suspensão de direitos fundamentais.

Nesse sentido, faz-se necessário compreender o *locus* da hermenêutica de exceção. Como a hermenêutica de exceção constitui uma atitude behaviorista, despontando como um problema instituído pelo Poder Judiciário, situa-se como uma forma de ativismo judicial. Portanto, como todo ativismo judicial, apresenta-se como

⁹⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

⁹⁹⁸ Para a filosofia, conceito é uma construção criada pelo pensamento, coisa concebida na mente de alguém, podendo variar. Já a definição se configura como uma explicação objetiva, apresentando o significado de algo.

um problema essencialmente jurídico pela ausência de um efetivo controle hermenêutico da decisão judicial.

Diferentemente de outras formas de ativismo, que surgem como consequência das influências do realismo jurídico no âmbito da atividade jurisdicional,⁹⁹⁹a hermenêutica de exceção revela uma postura instrumental do direito, voltada para o futuro, antidogmática e experimental. Nessa perspectiva pragmática do direito, a opinião pública é elevada a um patamar de destaque, como um “guia” para a decisão judicial, buscando captar as “necessidades” sociais, com um objetivo político.

Assim, o estado de exceção hermenêutico substitui a racionalidade jurídica por uma racionalidade instrumental, sem compromisso com a tradição, com a manutenção da coerência lógica do sistema jurídico, utilizando-se de recursos não jurídicos para produzir decisões “jurídicas” a fim de que repercutam em um contexto político.¹⁰⁰⁰ À vista disso, a lei em vigor não se aplica – é suspensa – neutralizando o direito, adquirindo a linguagem privada força de lei para um caso específico.

A hermenêutica de exceção é o ápice do subjetivismo, de um ativismo levado ao extremo que foi vencido por um predador externo: a política. Logo, na hermenêutica de exceção o juiz é o protagonista que, com uma postura pragmática, resolve os casos a partir de argumentos teleológicos, como se houvesse um grau zero de sentido, sem qualquer compromisso com a verdade ou com o direito, mas sobretudo com o fim almejado.¹⁰⁰¹

⁹⁹⁹ “A discussão sobre o ativismo, no fundo, é saber em que medida juízes e tribunais podem considerar suas próprias crenças e preferências.” TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**. Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013. *E-book*.

¹⁰⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 338.

¹⁰⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 339.

5 CONCLUSÃO

Lenio Streck esclarece que a guinada hermenêutica-ontológica provocada por Heidegger em *Ser e o Tempo* e por Gadamer em *Verdade e Método* foi fundamental para lançar uma nova visão sobre a hermenêutica jurídica. Esta guinada linguista-ontológica refletiu no direito, abrindo novo espaço para a compreensão do direito que representa a revolução copernicana¹⁰⁰² proporcionada pelo novo constitucionalismo.¹⁰⁰³

A Crítica Hermenêutica do Direito, concebida por Lenio Streck, parte de tais bases teóricas com aportes da teoria integrativa de Dworkin. Com efeito, a importância da hermenêutica, para o direito, se expressa no fato de ser um fenômeno social e, dada sua complexidade, função e consequências, diferente de muitos outros fenômenos sociais, sua prática é eminentemente argumentativa¹⁰⁰⁴.

Sendo o direito uma prática argumentativa, ele se expressa por meio da interpretação. A interpretação concebida por Dworkin – como prática social – é comparada à interpretação artística, eis que as duas buscam interpretar uma criação decorrente de indivíduos que se caracterizam como um ente diferente deles, e não o que as pessoas pronunciam. Tal interpretação – da conversação – é intencional, pois confere significados a partir dos supostos motivos, intenções e preocupações do orador e, apresenta suas conclusões com assertivas sobre a “intenção” deste, ao dizer o que disse. No entanto, na busca por sentidos daquilo que se interpreta, Dworkin vai em Gadamer, o qual apresenta a interpretação como aquilo que expõe as cominações históricas e simultaneamente luta contra elas¹⁰⁰⁵.

Todavia, a busca pelo sentido de determinado direito realizada pelo julgador se fundamenta em convicções individuais sobre o “sentido” do direito, e tais convicções serão fatalmente diferentes, ao menos quanto aos detalhes, em comparação a outros juízes.

¹⁰⁰² A Revolução Copernicana, originalmente, é o processo histórico que resultou na troca do sistema geocêntrico pelo sistema heliocêntrico, e até mesmo nas profundas consequências que esta mudança acarretou para a história da humanidade.

¹⁰⁰³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Ensino Jurídico em Terrae Brasilis*. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 46, n. 0, p. 28, 2007. Disponível em: <https://www.revistas.ufpr.br/direito/article/download/13495/9508>. Acesso em: 29 jun. 2019.

¹⁰⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁰⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 75.

Os decisionismos, as concepções de cada julgador sobre o que é julgar acabam por serem incorporadas por referência, por meio de qualquer explicação e reelaboração do fundamento em que ele se baseia, acaba sendo não uma interpretação, mas uma prática argumentativa de justificação, normalmente com o uso da linguagem privada para dar sentido ao que se decide.

A pecha dos julgadores, aduz Dworkin, é que eles pertencem a diversas e antagônicas tradições políticas e isso se acentua pelas ideologias individuais, num direito que se busca ser abstrato. Assim, não obstante toda a abstração, as interpretações acabam por ser construtivas, buscando proporcionar ao conjunto da jurisdição sua melhor luz, a fim de conquistar o equilíbrio entre a jurisdição tal como o encontram e a melhor justificativa dessa práxis.¹⁰⁰⁶ Portanto, as decisões judiciais são como uma peça de filosofia do direito, ainda que sob a roupagem de fatos do mundo real.

Sobre a finalidade do direito, como fenômeno social que é, o fundamento primordial consiste em guiar e limitar o poder do governante, a força não deve ser utilizada, qualquer que seja a finalidade, a menos que seja oriunda de uma escolha política que se revele sob a norma jurídica. Nesse ponto de vista, o direito de uma comunidade é o sistema de direitos e encargos que correspondem a esse complexo arquétipo: possibilitam a coerção porquanto deriva de decisões prévias do tipo adequado¹⁰⁰⁷.

Dworkin explica que Joseph Raz construiu uma versão do positivismo que renega ao direito qualquer base política. Para o autor os fundamentos do direito só são revestidos de autoridade se houver prova de que são destituídos de juízos de moral política.

Das considerações realizadas por Dworkin, é possível observar, conforme explica Chaïm Perelman em *Lógica Jurídica*, que o raciocínio judiciário visa discernir e justificar uma solução de determinada controvérsia, em que as alegações em sentidos distintos, geridas em consonância com procedimentos cominados pelo direito, buscam fazer prevalecer, em situações diversas, um valor ou um compromisso entre valores, que seja aceito em um determinado meio, em um dado momento.¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 112.

¹⁰⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 116.

¹⁰⁰⁸ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 198.

As formas diversas de compreender o direito, Dworkin¹⁰⁰⁹ as classifica no que ele chama de três concepções antagônicas, três maneiras abstratas de interpretar oriundas da prática jurídica, as quais ele denomina: convencionalismo, pragmatismo jurídico e direito como integridade. A primeira, aduz, o entendimento que o cidadão comum possui do direito, é considerada a mais vulnerável; a segunda é a mais poderosa e só vencida quando ingressa na esfera de debates da filosofia política e a terceira é a melhor interpretação do direito que se pode fazer.

Assim, a base fundante para a compreensão do direito como integridade no sentido proposto por Dworkin é a demarcação da integridade como uma terceira virtude política, juntamente com a equidade, a justiça e do devido processo legal adjetivo, o que formará os fundamentos para a teoria da decisão judicial, cuja expressão está na figura do juiz Hércules.

A coerência entre os princípios está mais no sentido horizontal que vertical, o direito contém não apenas o conteúdo das decisões judiciais, mas todo o sistema de princípios que são necessários à justificativa da decisão judicial. Nesse sentido, a história assume importância porque o sistema de princípios também fundamenta as decisões passadas.

O direito como integridade estabelece que um juiz coloque à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, indagando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo.¹⁰¹⁰

A concepção de direito defendida por Dworkin e base fundante da teoria de Lenio Streck, conforme se verá a seguir, objetiva que o direito tenha coerência e aos juízes que aceitam o desiderato de interpretar observando a integridade do direito, ao decidir os casos difíceis buscam encontrar um conjunto coerente de “princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos”¹⁰¹¹, assim, o juiz ao decidir os casos complicados, deve escolher entre as interpretações possíveis, indagando-se qual delas é a melhor, sob

¹⁰⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁰¹⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 294.

¹⁰¹¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 305.

o ponto de vista da moral política, das instituições e das decisões da comunidade, o que Dworkin chama de normas públicas como um todo.

O objetivo de Dworkin, com a concepção de direito como integridade, é o de confirmar que as decisões judiciais precisam de uma característica justificadora, a qual não pode ser encontrada tão somente nas regras, mas, precipuamente no binômio regras-princípios. Contrariamente ao que alguns teóricos defendem, as regras abrem espaços para interpretação, enquanto os princípios, conforme leciona Streck, fecham a interpretação.¹⁰¹²

A integridade, portanto, é contrária à discricionariedade, às interpretações solipsistas dos julgadores, é ela o respaldo necessário para fornecer a resposta adequada, limitando o campo discricionário do julgador ao proferir a decisão judicial.

Streck explica que Gadamer e Dworkin produzem teses antidiscionárias – antítese do positivismo – e demonstra que a força (e autoridade) da tradição em Gadamer é o modo de reconstrução do direito por meio da integridade e coerência conforme proposto por Dworkin, eis que pressupõe a história fiteual (*Wirkungsgeschichte*) responsável por provocar a fusão de horizontes (*Horizontverschmelzung*), apesar de Dworkin não citar tais conceitos, a semelhança se dá na superação do esquema sujeito-objeto e como isso se dá na *applicatio* jurídica, ou seja, a superação da “subjetividade assujeitadora”, “ruptura com o sujeito solipsista”.¹⁰¹³

A partir das discussões acima esboçadas foi possível perceber os pontos necessários para o entendimento da Crítica Hermenêutica do Direito, teoria base para o entendimento da hermenêutica de exceção usada nas decisões no contexto da Operação Lava Jato. Trata-se, a hermenêutica de exceção de uma prática autoritária, enquanto a CHD, ao demonstrar qual a resposta correta, de acordo com a Constituição Federal, mantém as bases do Estado Democrático de Direito.

Assim, de reflexões que surgiram a partir da CHD, o problema de pesquisa foi elaborado, qual seja:

As decisões proferidas pelo Poder Judiciário, no contexto da Operação Lava Jato, notadamente, a do desembargador Federal Rômulo Pizzolatti Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4 no processo n.º 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, evidenciariam uma espécie de suspensão do direito, utilizando da linguagem privada

¹⁰¹² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**.4 ed. Saraiva, 2011.

¹⁰¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**.4 ed. Saraiva, 2011. p. 156.

para suspender a aplicação de direitos fundamentais, provisoriamente, reduzindo a aplicação do direito no processo de tomada de decisão do julgador de um caso concreto, a uma técnica de legitimação do poder por meio de uma aparente legalidade?

E a hipótese inicialmente apresentada, a saber:

A hipótese é que tal decisão constitui uma hermenêutica de exceção. De fato, em 22 de setembro de 2016, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por meio do Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti, determinou o arquivamento da representação contra a conduta do Juiz Federal Sergio Moro por não ter vislumbrado qualquer infração disciplinar. Em sua fundamentação alegou que normas jurídicas só são aplicáveis em casos de normalidade, não se aplicando a situações excepcionais, senão veja:

Ora, é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada "Operação Lava-Jato", sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro. Em tais condições, **neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns.** [...] 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.**¹⁰¹⁴ (grifos nossos)

A afirmação do magistrado da corte é que as situações da “lava-jato” escaparam ao regramento genérico e que há “uma ameaça permanente à continuidade das investigações”. Assim, em nome de uma operação inédita que está em curso tudo será possível, de acordo com o relator, a excepcionalidade desse processo respaldaria a excepcionalidade da exceção às regras.

Uma espécie de “carta branca” conferida ao ex-juiz Sergio Moro, que agiu de forma ilegal ao deixar de preservar o sigilo de gravações de interceptações judiciais, e ao divulgar para a imprensa comunicações telefônicas de autoridades com privilégio de foro, cujas conversas não se relacionavam com o objeto da investigação, em especial gravação envolvendo à época a presidente da república Dilma Rousseff e o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

¹⁰¹⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti. 22 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

A decisão proferida no contexto da Operação Lava Jato evidencia que o Poder Judiciário brasileiro agiu de forma arbitrária, solipsista, no sentido que não se trata de uma decisão efetivamente jurídica, mas de uma “escolha¹⁰¹⁵” política, uso de uma linguagem privada em detrimento à integridade da Constituição Federal.

Com efeito, com os aportes teóricos da Crítica Hermenêutica do Direito, partindo-se do círculo hermenêutico, pela pré-compreensão, responsável pela antecipação do sentido das coisas, reconstruiu-se a situação concreta de uma hermenêutica de exceção possibilitando dar significatividade¹⁰¹⁶ (*Bedeutsamkeit*) às decisões proferidas pelos magistrados.

É paradigmática a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4 no processo n.º 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, pois evidencia uma hermenêutica de exceção, o não respeito à integridade do direito. Reconhecendo a ineditude na condução do magistrado, não determinou a abertura do PAD, para justificar a atuação de Sergio Moro e ao justificar na sua decisão, fundamentou-se explicitamente em um estado de exceção, suspendendo a ordem jurídica vigente, não oferecendo a resposta correta à Constituição.

A referida decisão revelou que a política deixou de ser uma “mola propulsora” para a constituição de conteúdo jurídico-constitucional, passando a ser utilizada como uma espécie de “argumento corretivo do Direito¹⁰¹⁷”, eivando as decisões judiciais de uma acentuada carga de subjetivismo, contrária à linguagem pública e, portanto, aos ideais democráticos. Voltando-se, portanto, ao grande dilema da relação entre direito e política.

A partir da reconstrução da história institucional da democracia brasileira apresentada no primeiro capítulo e das decisões judiciais da Operação Lava Jato analisadas no segundo capítulo, evidencia-se que houve apenas um deslocamento entre os Poderes: se antes de 1988, com o Judiciário enfraquecido, prevalecia a vontade arbitrária do Executivo, a partir de 1988, por um desvio do que está previsto

¹⁰¹⁵ “[...] é preciso deixar claro que existe uma diferença entre Decisão e Escolha. Quero dizer que a decisão jurídica – não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher”. E conclui “Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade e, quiçá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade.” STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4 ed. Livraria do Advogado. 2013. p. 107.

¹⁰¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4 ed. Livraria do Advogado. 2013. p. 113.

¹⁰¹⁷ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**. Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013. *E-book*.

na Constituição, passa-se a valer a vontade discricionária dos juízes, os quais, muitas vezes, decidem por critérios políticos.

Embora não haja como negar o elo existente entre direito e política, essa inter-relação não autoriza a substituição da linguagem pública à vontade do julgador. Afinal, esse é o papel das Constituições, estabelecer limites ao poder por meio do direito.

É importante lembrar que na tradição autoritária e colonial em que se assentam as bases da sociedade brasileira, o direito esteve à disposição do poder político, para ser suspenso ou aplicado conforme a vontade da autoridade política e, nesse contexto, o constitucionalismo teve grande dificuldade para exercer sua supremacia.

Inobstante, conceder aos juízes o poder de livre atribuição sobre o direito deve ser considerado uma postura autoritária, capaz de acarretar graves prejuízos ao regime democrático. Nesse sentido, a democracia e o Estado Constitucional estão ligados, fundamentalmente, à autonomia do direito. É a partir do Constitucionalismo Contemporâneo, que os textos constitucionais assumiram um caráter inovador, exigindo da Teoria do Direito e da Constituição uma reflexão de cunho hermenêutico-filosófico.

Com efeito, com o advento do Estado Democrático de Direito houve uma alteração na relação entre a política e o direito. O direito já não está subordinado à política como se dela fosse um mero instrumento, mas, sim, é a política que se converte em instrumento de atuação do Direito.

O uso político do direito elimina os fundamentos que identificam um Estado Social e Democrático de Direito, ou seja, a tendência contemporânea de apostar no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos falhou, pois voltamos ao lugar de onde nunca saímos, o positivismo e as consequências nefastas da discricionariedade.

Sob ponto de vista da Crítica Hermenêutica do Direito, a hermenêutica de exceção não resulta de um processo interpretativo, mas de uma atribuição inautêntica de sentido (Heidegger), pois o texto é pressuposto hermenêutico para toda atividade interpretativa e, neste caso, a ordem jurídica foi suspensa com o objetivo de atingir o inimigo (*homo sacer*). As consequências para o direito é que a exceção autoritária não constitui uma negação do Estado Democrático de Direito; pelo contrário, a exceção habita dentro da democracia, configurando verdadeiros espaços de exceção em plena vigência democrática, evidenciando como um sistema político-jurídico democrático pode ser facilmente utilizado para a realização de propósitos autoritários.

A hipótese inicialmente apresentada é confirmada, conforme será possível analisar nos parágrafos seguintes.

As implicações do uso político pelo Poder Judiciário do sistema penal procederam na diluição do próprio direito, enfraquecendo a legalidade como princípio básico de um Estado de Direito, criando uma atmosfera adequada a julgamentos fundamentados na dicotomia amigos-inimigos. A submissão do Poder Judiciário ao fim político, com decisões consequencialistas, incrementa toda sorte de arbitrariedades judiciais, decompondo o julgador, que deveria ser imparcial e guarda da Constituição, em ator político e suas arbitrariedades, resguardados por uma espécie “combatente moral das ilegalidades”. Este contexto afeta a confiança na jurisdição como caminho à solução justa do caso, afetando a finalidade epistêmica do processo penal, uma vez que a qualidade das provas é redimensionada para atender ao desejo político que atravessa os atores judiciais. Situação que também revela a crise dogmática do direito comum.

De tal forma, essa contaminação pelo “instrumentalismo”, durante a condução do ex-juiz Sergio Moro dos processos oriundos da Operação Lava Jato, consentiu uma “hermenêutica de exceção”, que reduziu o direito a um mero instrumento, manipulável pelo intérprete, bem como toda a investigação e agentes estatais, que foram usados como instrumentos de espetáculo e de conseqüente “consenso público”, apto a justificar o realismo jurídico. Ou seja, o agir estratégico de Moro revelou que o processo foi apenas uma ferramenta para a condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, cuja prisão – com famigerada possibilidade de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado – impossibilitou a participação nas eleições de 2018.

De fato, o conceito de estado de exceção para Agamben qual seja: “[...] de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal.”¹⁰¹⁸ Essa zona de indecidibilidade, entre a democracia e o absolutismo, entre o direito e a política, uma suspensão da ordem em situações específicas, são práticas típicas e comuns dos Estados modernos e ditos democráticos.

A decisão do desembargador Rômulo Pizzolatti evidencia a utilização de argumentos de estado de exceção ficto, decidido e aplicado pelo próprio julgador. No entanto, quem afirma qual é o estado de normalidade e o de exceção, bem como quais

¹⁰¹⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 12.

as autoridades competentes a concluir pelo estado de exceção é a Constituição Federal e, obviamente, ela não autoriza o julgador dentro de um processo penal a decidir quando ou não aplicar o direito.

Também, afirmar que um processo penal deve ser julgado, analisado, interpretado fora do que se entende ser normalidade e, portanto, legalidade, e que em razão dessa exceção, justificaria atos ilegais do juiz (como foi o da interceptação e divulgação das gravações) e que a “norma não se aplicaria a casos excepcionais”, é uma prática autoritária, que apesar de toda a construção do Estado brasileiro foi por muito tempo utilizada, não pode mais ser admitida.

Abdicando da racionalidade, da integridade da Constituição Federal, o Poder Judiciário tem tido arrogantes posturas solipsistas, usando o direito como instrumento de poder pessoal, de interesses escusos – embora ela tenha sido revelada posteriormente, quando o ex-juiz Sergio Moro abandonou a magistratura para ser Ministro de Estado do principal adversário político de Lula. Enfim, posturas que contradizem diretamente o texto constitucional, tudo sob a aparência de uma legalidade e uma busca de um suposto bem maior.

De fato, a sociedade brasileira, cujos detentores do poder em sua herança histórica sempre foram autoritários, clama por punição e acaba entrincheirando-se atrás de um discurso autoritário populista, que tem maior aceitação porque parece compensar a segurança perdida.

Assim, a Operação Lava Jato apenas evidenciou, devido à grande repercussão midiática e a espetacularização, causada em grande parte pelos agentes públicos, uma realidade bastante comum no sistema penal, em que o direito penal e processual penal constituem-se de um poderoso instrumento de definição de inimigo, a diferença, no caso da Lava Jato, é que não envolve grupos marginalizados. Como disse Streck, tudo iniciou com o ativismo e a judicialização da política... para chegar ao ápice: a politização da justiça.

Nesse sentido, a jurisdição de exceção assinala-se “pela simplificação da decisão a si mesma, sem qualquer mediação real pelo direito. Ademais, caracteriza-se por uma provisoriedade inerente, pois não trata de extinguir o direito”, mas de suspendê-lo em situações oportunas. A decisão judicial proferida com base na hermenêutica de exceção não se influencia nem origina ‘jurisprudência’ “para situações semelhantes juridicamente. Mudando-se os atores envolvidos ou o fim

político, muda-se a decisão, retornando-se ao direito” ou engendrando nova exceção.¹⁰¹⁹

O direito, a linguagem, passam a ser instrumento de autoritarismo pelo Estado, meio pelo qual as instituições irrompem de sua esfera de atuação constitucional e criam zonas de exceção, selecionando indivíduos como inimigos e por tal razão impassíveis de serem sujeitos de direito, o *homo sacer*, atribuindo ao direito um sentido inautêntico, notadamente com finalidades políticas, como foram as decisões proferidas no âmbito da Operação Lava Jato.

Conforme se constata o autoritarismo se apresenta sob nova roupagem, as medidas de exceção ocupam espaços dentro da democracia, há um regime jurídico próprio da guerra para combater o inimigo eleito pelo próprio Estado.

Neste sentido, as decisões analisadas no segundo capítulo, embora violando expressamente direitos fundamentais dos sujeitos passivos, se desvencilham da máxima *a necessitas legem non habet* e, sobretudo, do significado que lhe é conferido, se origina de uma obscura subjetividade dos juízes, que estabelecem, de maneira solipsista, conforme cada intérprete, o que se caracteriza como excepcional ou não, fazendo uso da inexistente linguagem privada.

No caso da decisão proferida pelo desembargador Rômulo Pizzolatti, o fundamento da exceção, seria o “ineditismo” da Operação Lava Jato, recorrendo a fundamentos que escapam à linguagem pública, tornando-se claro que um direito fundamental não pode ser suprimido em nome de uma convicção equivocada, ou seja, através de um julgamento de exceção, não dando a resposta correta de acordo com a Constituição. Trata-se, pois, de uso claro da hermenêutica de exceção.

De acordo com o que foi apresentado, a atuação estatal sem os limites do direito, sem o controle constitucional, ocasiona no processo decisório a escolha de decisões no âmbito moral e individual do detentor do poder decisório. Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico, suas decisões se dão nesta zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam.

As decisões descritas no segundo capítulo não rescindiriam com a tradição autoritária e, portanto, inquisitivista, nem com o discricionarismo positivista, além

¹⁰¹⁹ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto, BOMFIN, Anderson Medeiros. Lava Jato e o Princípio da Imparcialidade. In: STRECK, Lenio; CARVALHO, Marco Aurélio de (org.). **O livro das suspeições**. Ribeirão Preto: Grupo Prerrogativas, 2020. p.74.

disso, demudaram o sistema jurídico brasileiro em decisões de exceção, representando a soberania absoluta do Estado, apesar da Constituição Democrática dispor o contrário.

Com efeito, “processos penais de exceção tornaram-se a face mais cruel do autoritarismo estatal, isso tudo através de um sistema de Justiça que subtrai, diuturnamente, os direitos e garantias mais elementares”,¹⁰²⁰ isso envolto em uma espetacularização e irreversível condenação midiática, sem direito a recurso. Fulminando-se um dos mais basilares elementos do devido processo legal: a imparcialidade.

Tal espetacularização do processo penal ocorreu de forma inquestionável no desenrolar da Operação Lava Jato, a qual durante toda a sua execução realizou prisões – conduções coercitivas, divulgação de interceptação telefônica ilegal e sem que o réu ou o investigado tenha tido acesso, aos direitos mais básicos¹⁰²¹ ou, ainda, para justificar condenações sem provas, como o caso do tal citado *power-point* e da memorável frase de Dellagnol “não tenho provas, mas tenho convicção”.

Em Investigações Filosóficas, Ludwig Wittgenstein fundamenta contra a possibilidade de existência de uma linguagem privada. Eis que de acordo com a filosofia da linguagem, nossa linguagem não é somente contingentemente uma ação intersubjetiva e socialmente instituída. Ela é formada por signos efetivamente dotados de sentido e significado e é, fundamentalmente, algo que não é possível constituir solipsisticamente, na privacidade de nossa subjetividade e sem acesso a uma instância intersubjetiva.¹⁰²²

Não existe, de acordo com o que pontua Streck, linguagem privada que tenha idoneidade para estabelecer sentidos do mundo; “há, sim, somente linguagem pública”.¹⁰²³ Apesar disso, o indivíduo solipsista, com a finalidade de estabelecer consenso sobre sua atribuição de sentido privado, sua linguagem particular, utiliza-se

¹⁰²⁰ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto, BOMFIN, Anderson Medeiros. Lava Jato e o Princípio da Imparcialidade. In: STRECK, Lenio; CARVALHO, Marco Aurélio de (org.). **O livro das suspeições**. Ribeirão Preto: Grupo Prerrogativas, 2020. p.74.

¹⁰²¹ SANTOS, Claudia Aparecida Caobianco dos; LIMA, Hugo Henrique Ferreira; SILVA, Keyla Carolina da; BERTI, Luiza Gabriella; DELMONACO, Maria Julia Pieroli; VELASQUEZ, Fernanda Garcia. Mídia e sociedade do espetáculo: Uma manifestação do direito penal do inimigo. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**. Umuarama. v. 23, n. 2, p. 297-314, jul./dez. 2020. p. 300.

¹⁰²² WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophische Untersuchungen**. Band 1. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1995.

¹⁰²³ STRECK, Lenio Luiz, **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 18

da opinião pública. Consenso público que de nada tem de democrático, eis que manipulado e encobridor da verdade, um sentido inautêntico. Foi o que fez a operação brasileira – utilizando as mesmas estratégias da operação italiana.

A midiaticização dos fatos judicializados durante a Operação Lava Jato teve a capacidade de intervir no curso dos acontecimentos, influenciando as ações dos outros e gerando eventos por meio da produção e da transmissão de formas simbólicas,¹⁰²⁴ constituindo-se um mecanismo de defesa dos interesses privados, de justificativa do uso de realismo jurídico como fundamento de diversas decisões.

Com efeito, a base popular, elemento basilar para a sustentação da força do Estado, no campo do processo penal, foi direcionada e canalizada pela mídia, pelo espetáculo, isso de forma deliberada pelos agentes públicos da operação.

Assim, a estratégia clássica da mídia, as quais – conforme apontamentos do primeiro capítulo – possui suas bases na ideologia fascista, a fim de cumprir a manipulação, aplica a *agenda-setting*, o mecanismo de funcionamento e a escolha de temas que atraiam o interesse e a atenção da sociedade, concentrando a vigilância das pessoas em tais escopos, a fim de serem refletidos nas esferas sociais, com o intento de criar consentimento entre o público.

Essa mesma mídia influenciou e ainda influencia a forma como Brasil se apresenta no sistema econômico, as escolhas de direitos a serem ou não observados, e, além disso, vincula “as atuais instituições do Brasil ao legado da escravidão”, o racismo estrutural¹⁰²⁵, dentre outros elementos que demonstram que a “Operação Lava Jato reproduziu as lógicas colonial e familiar em suas práticas judiciais”.¹⁰²⁶

Destarte, o uso da pressão da opinião pública – esse consenso fabricado –, é um instrumento de garantia de legitimidade a medidas antidemocráticas no âmbito do processo penal, tendo em vista que os agentes jurídicos não apenas estão em grande medida programados, como temem exercer o papel contramajoritário que lhes cabem, redundando nos prejuízos às garantias processuais (do outro, o inimigo).

¹⁰²⁴ THOMPSON, John B. **A mídia e a modernidade**. RJ: Vozes. 5 ed. 2003. p. 24.

¹⁰²⁵ MOURA, Clóvis. **Sociologia do negro brasileiro**. São Paulo: Ática, 1988.

FERNANDES, Florestan. **Capitalismo dependente e classes sociais na América Latina**. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

CHALHOUB, Sidney. "The Legacy of Slavery: Tales of Gender and Racial Violence in Machado de Assis". In: AIDOO, Lamonte; SILVA, Daniel F. (org.). **Emerging Dialogues on Machado de Assis**. New York: Palgrave Macmillan, 2016. p. 55-69

¹⁰²⁶ BELLO, Enzo, CAPELA, Gustavo; KELLER, Rene José. Operação Lava Jato: ideologia, narrativa e (re)articulação da hegemonia. **Revista Direito e Práxis**, v. 12, n. 03, p. 1665-1667, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/53884>. Acesso em: 29 out. 2021.

Essa concepção de uma realidade social, de uma voz das ruas hábil de dizer o direito em oposição até mesmo ao que diz o texto constitucional decorre do dualismo metodológico e a produção de um discurso populista busca ser instrumento de produção dessa tal voz das ruas.

Assim, as medidas de exceção ganham o apoio da sociedade quando os agentes públicos asseguram o combate ao crime e a punição dos criminosos, disfarçados pelo discurso de “promoção da justiça” que visa seduzir a sociedade e inebriá-los, violando garantias fundamentais, flexibilizando direitos e conferindo ao Poder Judiciário um poder supremo, uma espécie de Poder Moderador.¹⁰²⁷

De acordo com o que foi evidenciado no primeiro capítulo, tendo em vista a tradição autoritária oriunda da formação do Estado brasileiro, bem como em razão de uma transição malfeita entre uma legislação autoritária para uma legislação democrática, permeada por direitos e garantias constitucionais, floresceu uma aposta no protagonismo do Judiciário. A aposta em práticas inquisitivistias, típicas de regimes autoritários, não sucumbiu a uma dogmática jurídica de feição plenamente democrática e mesmo depois de mais de 30 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, em um panorama de tímidas alterações legislativas, a dogmática processual-penal de raiz autoritária ainda persiste.

Nesse sentido, a maior atuação do Poder Judiciário, conquistada pelo Estado Democrático de Direito, exige um aumento significativo da responsabilidade política de quem exerce a função pública de magistrado, sob pena de transformá-lo em um “superpoder”, pois foi justamente a ausência de um controle hermenêutico nas decisões judiciais analisadas durante a pesquisa que possibilitaram uma hermenêutica de exceção, transformando o Poder Judiciário em um Poder acima da lei¹⁰²⁸.

As decisões judiciais analisadas durante a Operação Lava Jato são antidemocráticas, porque violam as regras do jogo (que definem previamente quem

¹⁰²⁷ Dentre os juristas contemporâneos que interpretam que o Supremo Tribunal Federal assume o papel de Poder Moderador na República Federativa do Brasil, destaca-se o Ministro do STF, José Antonio Dias Toffoli. Em palestra intitulada O Poder Moderador no Brasil: os Militares e o Poder Judiciário (proferida no Instituto de Artes da Universidade Estadual Paulista em 04 abril de 2014), assim o citado Ministro referiu-se ao STF: “Hoje ele é o Poder Moderador”.

¹⁰²⁸ SANTISO, Carlos. Economic reform and judicial governance in Brazil: balancing independence with accountability. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SAKAAR, Elin (ed.). **Democratization and the judiciary**: the accountability functions of courts in new democracies. London: Frank Cass, 2004. p. 117-131.

está autorizado a exercer cada papel), a autonomia do direito e os direitos fundamentais.

A partir da discussão apresentada durante toda a tese e resumida nos parágrafos antecedentes e, especialmente do estudo de caso exposto no segundo capítulo, torna possível concluir acerca da existência de uma hermenêutica de exceção no direito brasileiro. A partir disso, apresenta-se a construção da definição da hermenêutica de exceção:

Hermenêutica de exceção pode ser definida como um procedimento realizado pelo julgador no desempenho da função jurisdicional, que se utiliza da linguagem privada, em um caso específico e de maneira provisória, a fim de atribuir sentido inautêntico ao que possui linguagem pública, ou seja, sem qualquer mediação real pelo direito, transformando-a em um instrumento para atingir fins políticos. A escolha de sentidos é realizada pelo julgador no processo de tomada de decisão a fim de suspender, em casos específicos e por ele deliberado, a aplicação da Constituição e justificar solipsisticamente a suspensão de direitos fundamentais.

Não se confunde, portanto, a hermenêutica de exceção com a judicialização da política. A judicialização é um fenômeno inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais Poderes”.¹⁰²⁹ A judicialização se caracteriza mais como uma constatação sobre aquilo que ocorre na contemporaneidade em razão da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que causam uma maior quantidade de demandas, que, de uma forma ou outra, desaguarão no Judiciário.¹⁰³⁰

A judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguarão no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os

¹⁰²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. Saraiva, 2011. p. 87.

¹⁰³⁰ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**. Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013. *E-book*.

poderes constituídos, já que se trata de um fenômeno das sociedades de massas.¹⁰³¹

A hermenêutica de exceção constitui uma forma de ativismo judicial. Para Tassinari, o ativismo judicial se revela em um comportamento de juízes e tribunais, que, por meio de um ato de vontade, utilizando-se, pois, de um critério não jurídico, pronunciam seus julgamentos, extrapolando os limites de sua atuação. Esse comportamento ativista resulta em julgamentos realizados a partir de um ato de vontade do intérprete, não sujeito a elementos jurídicos, apesar de possuir a aparência de juridicidade.¹⁰³²

Assim, o ativismo judicial desponta como um problema instituído apenas pelo Poder Judiciário, isto é, cuja origem, diferentemente da judicialização, não decorre de fenômenos externos ao Direito. Em outros termos, o problema do ativismo judicial é de fundo interpretativo, analisando-se se a intervenção do Judiciário adveio dentro dos limites constitucionais, examinando-se sua legitimidade a partir de elementos igualmente jurídicos.¹⁰³³

A hermenêutica de exceção, portanto, constitui o ápice do “livre convencimento”, “livre convicção” e da “íntima convicção”, enfim, de um ativismo que foi levado ao extremo, corrompido pela política. Na hermenêutica de exceção, a norma em vigor não se aplica (não tem força), de outro lado, a linguagem privada adquire força de lei, provisoriamente, para um caso específico. Há uma espécie de neutralização do direito, produzindo um “vazio jurídico”, rompendo com direitos e garantias fundamentais.

A não aplicação, ou seja, a atribuição de sentido oriundo de uma linguagem privada não tem como objetivo alterar o direito em outros casos, não gerando um precedente. Pode-se dizer que na hermenêutica de exceção há um “pinçamento epistêmico”, no qual o julgador cria uma zona de indiferença em que o direito não é aplicado, naquele caso específico, suspendendo-se direitos.

A hermenêutica de exceção não se restringe ao direito penal ou processual. Embora o estudo de caso tenha apresentado um processo penal conduzido sem observação de garantias e com o fim específico de condenar o acusado para retirá-lo

¹⁰³¹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**. Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013. *E-book*.

¹⁰³² TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**. Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013. *E-book*.

¹⁰³³ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**. Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013. *E-book*.

do pleito político, nada obsta que, contrariamente, um processo tenha seguido seu curso conforme as normas constitucionais e o resultado jurídico seja a condenação, mas o julgador resolva atribuir sentido divergente, com a absolvição do acusado (nesse caso, o direito fundamental da coletividade e de uma provável vítima estaria sendo desrespeitado), com o argumento de uma suspensão da ordem jurídica que justificaria a não aplicação do direito.

Todos os instrumentos apresentados na pesquisa evidenciaram o *lawfare* durante a Lava Jato. Inobstante, a partir das dimensões estratégicas (geográfica, armamento e externalidades) definidas por John Comaroff¹⁰³⁴, apresentadas no terceiro capítulo, evidencia-se que a hermenêutica de exceção se insere na segunda dimensão. Esta dimensão se refere à escolha do armamento que será utilizado no combate, ou seja, a escolha da legislação mais adequada para atingir o inimigo. Ou seja, paralelamente ao processo judicial, o *lawfare* utiliza-se de outras estratégias para a consecução dos objetivos.

Com efeito, a hermenêutica de exceção é um procedimento, uma técnica para o *lawfare* e, também, para ativismos, praticada por meio da decisão judicial. Ademais, o *lawfare* pode ser utilizado por qualquer ator estatal, em qualquer ambiente e com diversas finalidades. A hermenêutica de exceção é realizada pelo julgador como uma técnica, no desempenho da função jurisdicional, a fim de suspender em casos específicos e por ele deliberado, ou seja, em uma atitude behaviorista, a aplicação da Constituição e justificar solipsisticamente a suspensão de direitos fundamentais, com a finalidade especificamente política.

Cumprido esclarecer, ainda que seja evidente, que hermenêutica de exceção contraria a resposta adequada, nos termos propostos pela CHD de Streck, trata-se de uma prática, portanto, que deve ser combatida.

Por tudo isso, o Poder Judiciário também deve ter uma limitação independente e superior nas decisões que profere, em respeito à integridade e à coerência do direito. A Crítica Hermenêutica de Direito estabelece condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional, procurando controlar esta subjetividade solipsista a partir da tradição, do círculo hermenêutico, da diferença ontológica, do respeito à integridade e da coerência do direito.

¹⁰³⁴ John Comaroff explica *Lawfare*. [S. l.:s.n.], 15 nov. 2016. 1 vídeo (21 min 27 s). Publicado pelo canal A verdade de Lula. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=skCRotOT1Lg>. Acesso em: 10 jul. 2021.

De fato, a teoria de Streck pode ser caracterizada como uma epistemologia hermenêutica, uma Teoria da Decisão que defende um efetivo controle hermenêutico da decisão judicial. Inserida na ideia de constitucionalismo contemporâneo, o horizonte teórico, portanto, para as decisões judiciais, são as respostas adequadas à Constituição.

Streck afirma que no Brasil a modernidade é tardia e arcaica e que houve um simulacro de modernidade¹⁰³⁵ – e objetiva demonstrar novas perspectivas para o direito, o autor revela que são duas as facetas que atingem o direito.

De fato, a primeira faceta da crise possui natureza epistemológica, inobstante o giro linguístico ocasionado pela virada ontológica (filosofia hermenêutica e hermenêutica filosófica), o pensamento jurídico se mantém resistente, os juristas continuam seguindo a vertente sujeito-objeto, decorrente da metafísica clássica e da filosofia da consciência. No entanto, é preciso compreender o direito por meio da linguagem e conceber que a interpretação dos textos jurídicos traz consigo todas as consequências da facticidade e da historicidade daquele que a realiza. A existência do *dasein* – ser humano responsável por constituir o mundo – está dentro deste mundo e não por – sujeito-objeto – a interpretação se dá a partir de uma estrutura, a pré-compreensão.

A segunda faceta da crise jurídica é paradigmática, há evidente incapacidade do direito de lidar com as questões sociais, o modelo liberal-individualista-normativista decorrente do Estado liberal-burguês obscurece as possibilidades de acesso ao Estado Democrático de Direito. O constitucionalismo decorrente desta nova possibilidade de Estado tem a característica de permitir a transformação social, o modelo paradigmático de direito entrava tais modificações do *status quo*.

Na redação da Verdade e Consenso a CHD passa a ter o enfoque de uma análise da problemática da teoria da decisão judicial, “não se pode – e não se deve – confundir a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático”¹⁰³⁶. A defesa do dirigismo constitucional não é a possibilidade de exercício arbitrário das decisões, a discricionariedade, adverte o autor, é própria do

¹⁰³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 23.

¹⁰³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. Saraiva, 2011. p. 255.

positivismo, paradigma que o constitucionalismo busca superar (diferença entre regras e princípios, modelo hermenêutico de superação do esquema sujeito-objeto).

A teoria da decisão proposta por Streck é construtivista, o intérprete, ao decidir deve construir seu argumento baseado numa justificação condizente com os elementos do caso concreto, a conjuntura normativa do Direito e a comunidade política. Neste sentido, compreender é aplicar, utiliza-se, Streck, da tese gadameriana da *applicatio*, “pela qual interpretar é aplicar, que sempre aplicamos, que não interpretamos por parte ou etapas e que, enfim, ‘em toda leitura tem lugar uma aplicação’ (Gadamer)”, a qual é realizada por meio do círculo hermenêutico¹⁰³⁷. É nesta direção que existe validade naquilo que foi obtido por meio da interpretação.

É de Dworkin, o entendimento de direito como integridade, que se extraem os elementos mínimos que devem constar em qualquer decisão judicial, a integridade está intrinsecamente ligada à democracia, estabelecendo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas, ela limita a ação dos juízes, erige efetivos freios, por meio dessas comunidades de princípios, “às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política”.¹⁰³⁸

A decisão se dá por meio da reconstrução histórica institucional do direito e a colocação do caso concreto no interior da cadeia de integridade do direito. Tratando-se de um processo, no qual o julgador deve estruturar sua decisão com o sentido do direito expressado pela comunidade política.

A obrigação de construção de respostas corretas – adequadas à Constituição – se dá, portanto, com a superação do objetivismo e do subjetivismo, razão pela qual a resposta correta é incompatível com pragmaticismos, realismo e todas as formas de positivismo. Resposta correta deve ser precedida das perguntas a serem feitas, ou seja, o estabelecimento de critérios. O conjunto de critérios indagativos devem iniciar pela verificação, a *contrario sensu*, de quando o Poder Judiciário é obrigado a aplicar uma lei. Desta forma, o juiz somente pode deixar de aplicar a lei em seis hipóteses:

- a) quando a lei for inconstitucional, tempo em que deve ser aplicada a jurisdição constitucional difusa ou concentrada;
- b) quando estiver em face dos critérios de antinomias;

¹⁰³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. Saraiva, 2011. p. 157.

¹⁰³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. Saraiva, 2011. p. 346.

- c) quando estiver em face de uma interpretação conforme a Constituição;
- d) quando estiver em face de uma nulidade parcial com redução de texto;
- e) quando estiver em face de uma inconstitucionalidade com redução de texto;
- f) quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio, ocasião em que a regra perde sua normatividade em face de um princípio constitucional, entendido este como um padrão.¹⁰³⁹

Em determinados casos, o juiz deverá responder a três indagações fundamentais: primeira, se está diante de um direito fundamental com exigibilidade; segunda, se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações parecidas, universalizado, quer dizer, concedido às demais pessoas e; por último, se, para atender aquele Direito, está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que golpeia a igualdade e a isonomia. “Com essas três perguntas será possível verificar se o ato judicial é ativista ou está apenas realizando, contingencialmente, a judicialização da política”. Caso uma das três perguntas sejam respondidas negativamente, estar-se-á com razoável grau de certeza, em face de uma atitude ativista.¹⁰⁴⁰

Nesta quadra, Lenio Streck apresenta, na construção da resposta adequada, cinco princípios fundantes da decisão jurídica, considerados uma espécie de *minimum applicandi*:

- a) preservar a autonomia do Direito: a decisão deve ser fundada em conceitos de direito;
- b) controle hermenêutico da interpretação constitucional – a superação da discricionariedade, ou seja, estabelecimento de limites para a interpretação constitucional, a fim de evitar que o julgador tenha possibilidades de escolhas convenientes;
- c) garantir o respeito à integridade e à coerência do Direito, observando a linha proposta por Dworkin;
- d) estabelecer o dever fundamental de justificar as decisões;

¹⁰³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 258.

¹⁰⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 258.

e) garantir o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada, é direito do cidadão ter a resposta de seu caso decidido conforme a constituição, preservando a força normativa.

Esses princípios se somam com as seis hipóteses – apontadas antes, pelas quais o “judiciário pode deixar de aplicar uma lei, na medida em que são intercambiáveis. Também ocorrerá a necessidade de se fazer as três perguntas fundamentais antes referidas, para filtrar e afastar atitudes/decisões de caráter ativista”.¹⁰⁴¹

Assim, as respostas dos julgadores, nas decisões descritas no capítulo segundo, não observaram a cadeia de integridade do direito na vertente da Crítica Hermenêutica do Direito, ferindo o Estado Democrático de Direito reduzindo o indivíduo a *homo sacer*.

O dever do julgador, em primeira instância, seria de respeito ao direito, nos casos citados no segundo capítulo, se as respostas em vez de uma hermenêutica de exceção, fossem baseadas em respostas adequadas à Constituição, não haveria interceptação telefônica de uma Chefe de Estado e com foro privilegiado sem autorização do STF, não teria existido condução coercitiva, não teria havido espetacularização do processo penal, entre tantas outras que poderiam ser mencionadas.

No caso do TRF da 4ª Região, o então juiz Sergio Moro teria sido processado administrativamente e afastado do exercício da jurisdição, tendo em vista as condutas incompatíveis com a imparcialidade do julgador.

O Supremo Tribunal Federal teria concedido o HC ao Lula.

E, quem sabe, os processos não teriam sido anulados como de fato foram.

Mas não houve a resposta adequada à Constituição, pelo contrário, a hermenêutica de exceção foi o instrumento que atingiu o fim almejado, vide eleições de 2018.

¹⁰⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 259.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Marcelo Santos de. Luto e culto cívico dos mortos: as tensões da memória pública da revolução constitucionalista de 1932 (São Paulo, 1932-1937). **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 31, n. 61, p. 105-123, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-01882011000100006>. Acesso em: 10 abr. 2021.
- AGAMBEN, Giorgio. **A comunidade que vem**. Tradução e notas Cláudio Oliveira. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.
- AGAMBEN, Giorgio. Agamben: a democracia é um conceito ambíguo. [Entrevista cedida a] **Blog da Boitempo**, Atenas em 17 de novembro de 2013. Tradução de Selvino J. Assmann. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2014/07/04/agamben-a-democracia-e-um-conceito-ambiguo/>. Acesso em: 10 ago. 2019.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMS, 2002.
- ALBUQUERQUE, Afonso; QUINAN, Rodrigo; MEIMARIDIS, Melina. O Mecanismo e a midiatização ficcional da Operação Lava-Jato. **Questões Transversais**, São Leopoldo, Brasil, v. 8, n. 16, 2021. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/questoes/article/view/19584>. Acesso em: 19 dez. 2021.
- ALESSI, Gil. **Foto de Moro e Aécio rindo juntos eletriza as redes em pleno caos no país**, 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/12/07/politica/1481121036_884537.htm. Acesso em: 20 jul. 2020.
- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. 1. ed. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos do Estado**: nota sobre aparelhos ideológicos do Estado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A dogmática jurídica é uma ciência? Em torno a acúmulos e défices de um debate secular. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano. **Direito da sociedade policontextural**. Curitiba: Appris, 2013.
- AO VIVO: STF julga suspeição de Moro nos processos contra Lula. [S. l.], 23 mar. 2021. 1 vídeo (2 min 45 s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=spgRHAYsFsl&t=9s>. Acesso em: 23 mar. 2021.
- ARANTES, Rogério B. Mensalão: um crime sem autor? *In*: MARONA, Marjorie Corrêa; DEL RÍO, Andrés. (org.). **Justiça no Brasil às margens da democracia**. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

ARENDDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução de Mauro Barbosa de Almeida. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

AUDI, Amanda; DEMORI, Leandro; GREENWALD, Gleen; MARTINS, Rafael Moro. 'A defesa já fez o showzinho dela': Sergio Moro, enquanto julgava Lula, sugeriu à Lava Jato emitir uma nota oficial contra a defesa. Eles acataram e pautaram a imprensa. **The Intercept Brasil**, São Paulo, 14 jun. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/14/sergio-moro-enquanto-julgava-lula-sugeriu-a-lava-jato-emitir-uma-nota-oficial-contra-a-defesa-eles-acataram-e-pautaram-a-imprensa/>. Acesso em: 9 jul. 2020.

AZEVEDO, Reinaldo. Inédito: O que disse Moro a senadores e o que fez Dallagnol com procuradora. **Uol**, São Paulo, 20 jul. 2021. Disponível em: <https://reinaldoazevedo.blogosfera.uol.com.br/2019/06/20/inedito-o-que-disse-moro-a-senadores-e-o-que-fez-dallagnol-com-procuradora/?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 9 jul. 2021.

BÄCHTOLD, Felipe; BALTHAZAR, Ricardo; BIANCHI, Paula; DEMORI, Leandro; LARA, Bruna de. Leia diálogos da Lava Jato sobre escutas telefônicas do ex-presidente Lula: em 2016, Polícia Federal gravou 22 ligações do petista após ordem para interromper escuta. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 8 set. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/09/leia-dialogos-da-lava-jato-sobre-escutas-telefonicas-do-ex-presidente-lula.shtml>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BAHIA, Alexandre; BACHA E SILVA, Diogo; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Autocracia judicial? o poder judiciário e o risco do estado de exceção**. 27 set. 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.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>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BAHIA, Alexandre; BACHA E SILVA, Diogo; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Sobre o poder judiciário brasileiro e risco do estado de exceção no Brasil: em defesa do regime constitucional democrático em tempos de "morogate". **Empório do Direito**, 20 de março de 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/sobre-o-poder-judiciario-brasileiro-e-o-risco-do-estado-de-excecao-no-brasil-em-defesa-do-regime-constitucional-democratico-em-tempos-de-morogate-1-por-alexandre-gustavo-melo-franco-de-moraes-bahia-diogo-bacha-e-silva-e-marcelo-andrade-cattoni-de-o>. Acesso em 02 fev. 2020.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Tradução de Ana Lucia Sabadell. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 2, n. 5, p.5-24, janeiro/março de 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva: 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 179, jul./set. 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. atual. São Paulo Saraiva, 1999.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *In*: **Discursos sediciosos**, Rio de Janeiro, n. 12, p. 271-288, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BELLO, Enzo, CAPELA, Gustavo; KELLER, Rene José. Operação Lava Jato: ideologia, narrativa e (re)articulação da hegemonia. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 03, p. 1665-1667. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/53884>. Acesso em: 21 jan. 2022.

BERTONCELO, Edison Ricardo Emiliano. "Eu quero votar para presidente": uma análise sobre a campanha das Diretas. **Lua Nova**, São Paulo, n. 76, p. 169-196, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452009000100006>. Acesso em: 29 out. 2021.

BERTRAND, Claude-Jean. **A deontologia das mídias**. Bauru: EDUSC, 1999.

BIBLIOTECA do Senado Federal. Lula cai nas mãos de Moro. 14 de junho de 2016. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/525152/noticia.html?sequence=1>. Acesso em: 19 fev. 2021.

BILENKY, Thais. Ainda bem que Brasil tem herói, o Moro, diz Doria sobre soltura de Lula. *In*: **Yahoo!** Notícias, São Paulo, 8 jul. 2018. Disponível em: <https://br.noticias.yahoo.com/ainda-bem-que-brasil-tem-173300221.html>. Acesso em: 08 jul. 2019.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. Scienza del diritto e analisi del linguaggio. *In*: **Riv. Trim**, de Diritto e Procedura Civile, n. 2, 1950, p.342-367, agora em SCARPELLI, Uberto (ed.). Diritto e analisi dellinguaggio. Milân, 1976, p. 287-234, espec. 290-296.

BOLZAN DE MORAES, José Luís. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BOM DIA BRASIL. MPF diz que Lula era o comandante máximo da corrupção na Petrobras. **G1**. [São Paulo], 15 set. 2016. Disponível em <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/09/mpf-diz-que-lula-era-o-comandante-maximo-da-corrupcao-na-petrobras.html>. Acesso em: 29 ago. 2021.

BOMFIM, Camila. Moro diz que condução coercitiva de Lula não é 'antecipação de culpa': Juiz divulgou nota neste sábado e manifestou repúdio a atos de violência.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 14, n. 40, p. 155-176, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142000000300016>. Acesso em: 9 maio 2021.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONIN, Robson. Dilma e Lula sabiam de tudo, diz Alberto Youssef à PF: em depoimento prestado na última terça-feira, o doleiro que atuava como banco clandestino do petróleo implica a presidente e seu antecessor no esquema de corrupção. **Veja**, São Paulo: Abril, 29 out. 2014. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/dilma-e-lula-sabiam-de-tudo-diz-alberto-youssef-a-pf/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BOURDON & ASSOCIES. [Brasil deve respeitar a decisão da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas]. Destinatário: Michel Temer. Paris, 23 de agosto de 2018. 1 Carta.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Brasília, DF: Presidência da República, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 11 dez. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 21 mar. 2020.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Mortos e desaparecidos políticos**. Brasília: CNV, 2014. v. 3.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. **Parte I: a comissão nacional da verdade**. Brasília, DF, 10 dez. 2014. <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 08 jul. 2019.

BRASIL. Justiça Federal. **Ofício nº 700001743752**. Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR. Curitiba, 29 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oficio-moro-lula.pdf>. Acesso em 21 jan. 2021.

BRASIL. Justiça Federal. **Petição nº 5007401-06.2016.4.04.7000/PR**. Requerente: Ministério Público Federal. Requeridos: Marisa Leticia, Lula da Silva, Luiz Inácio Lula da Silva. Despacho/Decisão: Sergio Fernando Moro. Curitiba, 29 fev. 2016. Disponível: <https://www.conjur.com.br/dl/pf-violou-lei-penal-ordem-moro-conduzir.pdf>. Acesso em 21 jan. 2021.

BRASIL. **Lei 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 de julho de 1996. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em 02 fev. 2020.

BRASIL. **Lei complementar nº 35, de 14 de março de 1979.** Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1996, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em 02 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011.** Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Distribuição por dependência aos autos nº 500661729.2016.4.04.7000/PR e 5035204-61.2016.4.04.7000/PR.** Curitiba, 14 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/denuncia-lula-apartamento.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Grandes Casos: Lava Jato.** Disponível em: lavajato.mpf.mp.br. Acesso em: 4 nov. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Inquérito Policial -JF-DF-1015706-59.2019.4.01.3400-INQ.** Denúncia. Brasília, DF, 20 jan. 2020. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/denuncia-spoofing.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota de esclarecimento da força-tarefa Lava Jato do MPF em Curitiba.** Curitiba, PR, 5 mar. 2016. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/nota-de-esclarecimento-da-forca-tarefa-lava-jato-do-mpf-em-curitiba>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1 Turma). **Habeas Corpus nº 137.956/MS.** Pacte. Nelson Buainain Filho. Impte. Gustavo Passarelli da Silva. Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Roberto Barroso. Brasília, 26 de setembro de 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313194220&ext=.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1 Turma). **Habeas Corpus nº 145.432/MG.** Impte. Antonio Caixeta Ribeiro. Pacte.(s): José Balbino Sobrinho, Ubaldino Balbino da Silva. Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Alexandre de Moraes. Barroso. Brasília, 12 nov. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342345010&ext=.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus n. 70.814.** São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello, 24 de junho de 1994. Disponível em: Acesso em: 03 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (13ª Vara Criminal). **Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR.** Autor: Ministério Público Federal, Curitiba, 12 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-condena-lula-triplex.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (13ª Vara). **Reclamação 23.457/PR.** Reclamante: Presidente da República. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 13 jun.

2016. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Rcl23457.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 144.615/PR**. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 25 ago. 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1153649096/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-144615-pr-4000125-1520171000000/inteiro-teor-1153649097>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Reclamação nº. 43.007 Distrito Federal**. Reclamante Luiz Inacio Lula da Silva. Reclamado Juiz Federal da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de Curitiba. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 18 dez. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349450056&ext=.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática). **Mandado de Segurança n. 34.070 Distrito Federal**. MS, Decisão monocrática: Min. Gilmar Mendes, Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da República. Relator Ministro Gilmar Mendes, 18 de março de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-suspende-lula-casa-civil.pdf>. Acesso em 19 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). **Habeas Corpus nº. 98.006/SP**. Impetrante: Luís Ricardo Vasques Davanzo. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, DF, 24 nov. 2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7171701/habeas-corpus-hc-98006-sp/inteiro-teor-102289326>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Ag.Reg. no Habeas Corpus nº. 163.943 Paraná**. Relator: Min. Edson Fachin. Agte.(s): Luiz Inacio Lula da Silva. Adv.(a/s) :Cristiano Zanin Martins e Outro(a/s). Brasília, DF, 10 de agosto de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. - Íntegra do Voto Vista. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/integra-voto-gilmar-mendes-suspeicao.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 164.493 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de março de 2021. Voto Vencido do Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-fachinjugamento-hc-lula.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº. 95.518 PR**. Impetrante: Cezar Roberto Bitencourt e Outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 23 de maio de 2013. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342693/habeas-corpus-hc-95518-pr-stf/inteiro-teor-159438389>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Reqte.(s): Partido Ecológico Nacional – PEN. Relator (a): Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 nov. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 444 – Distrito Federal**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOOAB. Relator: Min. Gilmar Mendes, 14 jun. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900186>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Emb. Decl. no Habeas Corpus nº. 193.726 Paraná**. Adv.(a/s): Cristiano Zanin Martins e outros. Embte.(s): Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 08 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-incompetencia-curitiba-lula.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 152.752 Paraná**. Relator: Min. Edson Fachin. Pacte.(s) :Luiz Inácio Lula Da Silva. Impte. (s) :Cristiano Zanin Martins e Outro(a/s). Adv.(a/s): Luiz Carlos Sigmaringa Seixas. Adv.(a/s) :Jose Paulo Sepúlveda Pertence e Outro(a/s). Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 34.070 Distrito Federal**. MS, Decisão monocrática: Min. Gilmar Mendes, Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da República. Relator Ministro Gilmar Mendes, 18 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-suspende-lula-casa-civil.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em ação direta de inconstitucionalidade n. 4.048-1/ DF**. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, fev. 2011. Julgamento 14 fev. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi4048GM.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.071 Distrito Federal**. MS, Decisão Monocrática: Impetrante Partido da Social Democracia Brasileira. Impetrado: Presidente da República. Relator Ministro Gilmar Mendes, 18 de março de 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/medida-cautelar-mandado-seguranca-34071.pdf>. Acesso em 19 jul. 2019. p. 20.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Petição nº. 2702 RJ**. Relator: Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgamento em: 19 de setembro de 2002. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14812357/medida-cautelar-na-peticao-pet-2702-rj-stf>. Acesso em: 03 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de ordem no inquérito 4.130 Paraná**. Voto o senhor Ministro Dias Toffoli (Relator). 23 set. 2015. p. 40. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/dl/toffoli-desmembra-inquerito-lava-jato.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021.p.40.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 23.457**. Reclamante. Presidente da República. Reclamado. Juiz Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 13 de junho de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ministro-rejeita-acao-ex-presidente.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Reclamação nº 23467 PR**. Reclamante: Ministério Público Federal. Rel. Teori Zavascki. Brasília, DF, 31 de março de 2016. Disponível em: Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862888604/referendo-na-medida-cautelar-na-reclamacao-mc-ref-rcl-23457-pr-parana/inteiro-teor-862888614?ref=serp>. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na medida cautelar na reclamação n. 23.457 PR**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Reclamante: Presidente da República. Reclamado: Juiz Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862888604/referendo-na-medida-cautelar-na-reclamacao-mc-ref-rcl-23457-pr-parana>. Acesso em: 02 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno**: atualizado até a Emenda Regimental n. 57/2020. Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação. Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônica n.º 5006205-98.2016.4.04.7000/PR**. Requerente: Ministério Público Federal. Curitiba, 16 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-levantamento-sigilo.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Federal. **Corregedoria da Justiça Federal da 4ª Região arquiva reclamações disciplinares contra Sergio Moro**. Porto Alegre, 10 jun. 2016. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=11959. Acesso em: 29 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Corregedoria da Justiça Federal da 4ª Região arquiva reclamações disciplinares contra Sergio Moro**. Porto Alegre, 10 jun. 2016. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=11959. Acesso em 02 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti. 29 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Voto-vista: Desembargador Rogério Favreto. 29 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRUZA, Rafael. Moro critica “omissão” do governo e do Congresso no combate à corrupção: Em palestra realizada em Washington (EUA), o juiz federal responsável pela Operação Lava Jato na 1ª instância disse que se sente decepcionado com os políticos do país. *Independente Jornalista Alternativo*, 15 jul. 2016. Disponível em: <http://www.independente.jor.br/moro-critica-omissao-do-governo-e-do-congresso-no-combate-corrupcao/>. Acesso em: 04 nov. 2020.

BUZZFEED NEWS. Documentos mostram que atos da Lava Jato coincidiram com orientações de Moro no Telegram. 13 jun. 2019. Disponível em: <https://www.buzzfeed.com/br/gracilianorochoa/moro-deltan-telegram>. Acesso em: 02 set. 2020.

CAMPILONGO, Celso. Democracia e legitimidade: representação política e paradigma dogmático. **Revista de Informações Legislativas**, Brasília, ano 22, n. 86 abr./jun. 1985.

CANÁRIO, Pedro; VASCONCELOS, Marcos de. Sergio Moro divulgou grampos ilegais de autoridades com prerrogativa de foro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-16/moro-divulgou-grampos-ilegais-autoridades-prerrogativa-foro>. Acesso em: 12 ago. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARLOS, Fico. **História do Brasil contemporâneo**. São Paulo: Contexto, 2015.

CARTA, M. As mãos sujas. **Carta Capital**, São Paulo, 827 ed., ano 20, n. 827, p.16, 26 nov. 2014.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASARA, Rubens R. R. A espetacularização do processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 24, v. 122, p. 309 – 318, ago. 2016.

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo**. Justificando: Mentas inquietas pensam direito. 14 de fevereiro de 2015. Disponível em <http://www.justificando.com/2015/02/14/processo-penal-espetaculo/>

CASARA, Rubens. **Processo penal do espetáculo: (e outros ensaios)**. 2. ed. Florianópolis: Tirant To Blanch, 2018.

CASTRO, Fernando; NUNES, Samuel; VLADIMIR NETTO. Moro derruba sigilo e divulga grampo de ligação entre Lula e Dilma; ouça. *In: G1*, São Paulo, 16 mar. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/03/pf-libera-documento-que-mostra-ligacao-entre-lula-e-dilma.html>. Acesso em: 20 abr. 2021.

CASTRO, Thales. **Teoria das relações internacionais**. Brasília: FUNAG, 2012.

CERBONE, David R. **Fenomenologia**. Tradução de Caesar Souza. Petrópolis: Vozes, 2012.

CHALHOUB, Sidney. "The legacy of slavery: Tales of gender and racial violence in Machado de Assis". *In: AIDOO, Lamonte; SILVA, Daniel F. (org.). Emerging dialogues on Machado de Assis*. New York: Palgrave Macmillan, 2016.

CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso das mídias**. São Paulo: Contexto, 2013.

CHOMSKY, Noam. Chomsky: "Lula é o principal preso político do mundo". [Entrevista cedida a] Aldo Sauda, Cauê Ameni, Guilherme Ziggy e Hugo Albuquerque. *Revista Jacobin brasil*, 8 de agosto de 2019. Disponível em: <https://jacobin.com.br/2019/08/chomsky-lula-e-o-principal-preso-politico-do-mundo/>. Acesso em: 10 ago. 2019.

CHOMSKY, Noam. HERMAN, Edward. **A manipulação do público**. São Paulo: Futura, 2003.

CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, Heloísa Fernandes. (Des)ordem constitucional: engrenagens da máquina ditatorial no Brasil pós-64. *Lua Nova*, n. 95, São Paulo, 2015.

CITTADINO, Gisele; MOREIRA, Luiz. Aliança política entre mídia e o judiciário. (ou quando a perseguição torna-se implacável) *In: MARTINS, Cristian Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael. O Caso Lula*. São Paulo: Astrea, 2017, p. 81- 94.

CODATO, Adriano. Estado novo no Brasil: um estudo da dinâmica das elites políticas regionais em contexto autoritário. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 58, n. 2, p. 305-330, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/00115258201545> Acesso: 24 abr. 2021.

COMOGLIO, Luigi P; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Bologna: Giuffrè, 1995.

COMTE, Auguste. Curso de filosofia positiva. *In: Os pensadores*. Tradução de José Arthur Giannotti. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. Tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf. Acesso em: 20 ago. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Código de ética da magistratura nacional**. Brasília, DF, 26 ago. 2008. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/01/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf. Acesso em: 02 fev. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Missão, visão e valores do poder judiciário**. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://wwwh.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/missao-visao-e-valores-do-poder-judiciario/>. Acesso em: 29 ago. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (CNJ). **Resolução n. 59, 9 de setembro de 2008**. Disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/101>. Acesso em 05 mar. 2020.

CONVERSAS de Lula mantidas sob sigilo pela Lava Jato enfraquecem tese de Moro. **Folha de São Paulo**. 8 de setembro de 2019. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/09/conversas-de-lulamantidas-sob-sigilo-pela-lava-jato-enfraquecem-tese-de-moro.shtml>.

COPELLI, Giancarlo Montagner. O discurso populista e a tentativa de reescrever a Constituição. *Diário de Classe*. **Consultor Jurídico**, 10 ago. 2019. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-10/diario-classe-discurso-populista-tentativa-reescrever-constituicao> Acesso em: 17 dez. 2021.

COPELLI, Giancarlo Montagner; TASSINARI, Clarissa. **Pensando o populismo: a partir de ensaios e perspectivas distintas**. Blumenau/SC: Dom Modesto, 2021.

CORREIO DO ESTADO. **Haddad diz que Sergio Moro fez bom trabalho**. Campo Grande, MS, 17 out. 2018. Disponível em: <https://www.correiodoestado.com.br/noticias/haddad-diz-que-sergio-moro-fez-bom-trabalho/338882/>. Acesso em: 20 jul. 2020.

COSTA, Icléia Thiesen Magalhães. **Memória institucional: a construção conceitual numa abordagem teórica metodológica**. Tese (Doutorado em Ciência da Informação). Rio de Janeiro: UFRJ, 1997.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/46/183/ril_v46_n183_p103.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.

DA SILVA, Maria Helena Alves; PAPALI, Maria Aparecida Chaves Ribeiro; ZANETTI, Valéria. Memória institucional e história pública: o acervo do centro de história e memória da Universidade do Vale do Paraíba em São José dos Campos (Cehvap). **Revista Brasileira de História & Ciências Sociais**, [S. l.], v. 11, n. 21, p. 270–289, 2019. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/rbhcs/article/view/10817>. Acesso em: 16 maio 2020.

DALLAGNOL, Deltan. **A luta contra a corrupção**: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017.

DANTAS, Dimitrius. Moro diz que desembargador não tem competência para soltar Lula e adia decisão: Juiz afirmou que ouvirá relator do caso para saber como proceder. **O Globo**, São Paulo, 8 jun. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/moro-diz-que-desembargador-nao-tem-competencia-para-soltar-lula-adia-decisao-22865028>. Acesso em: 26.fev.2020.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**: comentários sobre a sociedade do espetáculo. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DELEUZE, Gilles. **Post-scriptum sobre as sociedades de controle**. Conversações: 1972-1990. Tradução de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: 34, 1992.

DELGADO, Lucília de Almeida Neves. Brasil: 1954 - Prenúncios de 1964. **Varia Historia**, Belo Horizonte, v. 21, n. 34, p. 484-503, jul. 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-87752005000200013>. Acesso em: 29. fev. 2021.

DOLHNIKOFF, Miriam. Elites regionais e a construção do Estado Nacional. *In*: JANCSÓ, István (org.). **Brasil**: formação do estado e da nação. São Paulo: Hucitec; Unijuí; Fapesp, 2003, p. 434-435.

DOMINGUES, Petrônio. Constantemente derrubo lágrimas: o drama de uma liderança negra no cárcere do governo Vargas. **TOPOI**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 14, p. 146-171, jan.-jun. 2007.

DÓRIA, Antônio de Sampaio. Formas de estado. *In*: DÓRIA, Antônio de Sampaio. **Direito constitucional**: curso e comentários à Constituição, 3. ed. São Paulo: Nacional, 1953. v.2.

DORNELLES, João Ricardo Wanderley. Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula o malabarismo judicial e o fim do estado democrático de direito *In*: PRONER, Carol *et al.* (org.). **Comentários a uma sentença anunciada**: o processo Lula. Bauru: Projeto editorial Praxis, 2017.

DUARTE, Gil. **A paisagem legal do Estado Novo**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941.

DUNLAP JR., Charles J. *Lawfare*. *In*: MOORE, John Norton; TURNER, Robert F. **National Security Law**. Durham: Carolina Academic Press, 2015.

DUPAS, Gilberto. **Economia global e exclusão social**: pobreza, emprego, estado e o futuro. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESCOSTEGUY, Diego. Os homens que estão mudando o Brasil: quem são e como trabalham os juízes e procuradores da Operação Lava Jato. Eles lideram uma

revolução no combate à corrupção. **Época**, ed. 870, 09 fev. 2015. Disponível em: <https://epoca.oglobo.globo.com/tempo/noticia/2015/02/os-homens-que-estao-bmudando-o-brasilb.html>. Acesso em: 15 abr. 2020.

ESTADÃO conteúdo. Indignados, juristas estrangeiros pedem que STF libertem Lula: Carta é intitulada "Lula não foi julgado, foi vítima de uma perseguição política", e cita as revelações de Glenn Greenwald e do site The Intercept. **Exame**, São Paulo, 11 de agosto de 2019, alterado em 12 de agosto de 2019. Disponível: <https://exame.com/brasil/indignados-juristas-estrangeiros-pedem-ao-stf-que-liberte-lula/>. Acesso em: 21 fev. 2020.

ESTADÃO conteúdo. Indignados, juristas estrangeiros pedem que STF libertem Lula: Carta é intitulada "Lula não foi julgado, foi vítima de uma perseguição política", e cita as revelações de Glenn Greenwald e do site The Intercept. **Exame**, São Paulo 11 de agosto de 2019, alterado em 12 de agosto de 2019. Disponível: <https://exame.com/brasil/indignados-juristas-estrangeiros-pedem-ao-stf-que-liberte-lula/>. Acesso em: 21 fev. 2020.

ESTADÃO, Conteúdo. Indignados, juristas estrangeiros pedem que STF liberte Lula. **Exame**, São Paulo, 12 ago. 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/indignados-juristas-estrangeiros-pedem-ao-stf-que-liberte-lula/>. Acesso em: 13 ago. 2019.

EXTRA. Moro diz que desembargador não tem competência para soltar Lula e adia decisão. São Paulo, 8 jul. 2018. Disponível em <https://extra.globo.com/noticias/brasil/moro-diz-que-desembargador-nao-tem-competencia-para-soltar-lula-adia-decisao-22865046.html>. Acesso em: 20 maio 2019.

FAORO, Raymundo. **Assembleia constituinte: a legitimidade recuperada.** 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

FAORO, Raymundo. Entrevista: as ideias no lugar de Raymundo Faoro. Folha de S. Paulo, **Caderno Mais**, São Paulo, 14 maio, 2000.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro.** 3. ed. revista e aumentada. Porto Alegre/São Paulo: Globo/Universidade de São Paulo, 2001.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis.** 6. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009.

FERNANDES, Florestan. **Capitalismo dependente e classes sociais na América Latina.** 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

FERNANDES, Florestan. **Capitalismo dependente e classes sociais na América Latina.** 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

FERRAJOLI, Luigi. **"Uma agressão judiciária à democracia brasileira"**. 2018. Disponível em: <https://www.ime.usp.br/~pluigi/ferrajoli-processo-lula>. Acesso em: 26 jun. 2019.

- FERRAJOLI, Luigi. **Dipartimento de Diritto Europeo**. Università degli Studi, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. Jueces y política. Derechos y Libertades. **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, año IV, n. 7. Madrid: Universidad Carlos III, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. **La cultura giuridica nell'Italia del novecento**. Roma/Bari: Laterza, 1999.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FICO, Carlos. **História do Brasil contemporâneo**. São Paulo: Contexto, 2015.
- FIGUEIREDO, Adma Hamam de. Formação territorial. *In*: FIGUEIREDO, Adma Hamam de (org.). **Brasil**: uma visão geográfica e ambiental no início do século XXI. Rio de Janeiro: IBGE, Coordenação de Geografia, 2016.
- FORNAZIERI, Aldo. A espetacularização da Lava Jato chegou a um limite insuportável, diz jurista. *In*: **Agência Brasil**. 18 de março de 2016. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-03/espetacularizacao-da-lava-jato-chegou-um-limite-insuportavel-diz-jurista>. Acesso em: 2 ago. 2020.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal, 2007.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalheite. 38 ed. Petrópolis: Vozes, 2010.
- FRANCO, Paulo Augusto. Transição com aspas. *In*: FAORO, Raymundo; FALCÃO, Joaquim; FRANCO, Paulo Augusto Franco (org.). **A república em transição**: poder e direito no cotidiano da democratização brasileira (1982 a 1988). 1. ed., Rio de Janeiro: Record, 2018.
- FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**. São Paulo: Global, 2019.
- FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 32 ed. São Paulo: Companhia, Nacional, 2003.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica [1960]. 7. ed. Tradução de Flávio Paulo Maurer. Petrópolis: Vozes, 2005.
- GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Tradução de Galeno de Freitas. 39 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GHIROTTI, Edoardo; GREENWALD, Gleen; MOLICA, Fernando; RESENDE, Leandro; PADUAN, Roberta. Novos diálogos revelam que Moro orientava ilegalmente ações da Lava Jato: mensagens inéditas analisadas pela parceria entre VEJA e o site The Intercept Brasil mostram que ele cometeu, sim, irregularidades enquanto atuava como juiz. **Veja**, São Paulo, 12 jul. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/dialogos-veja-capas-intercept-moro-dallagnol/>. Acesso em: 22 jul. 2021

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GIANNINI, Massimo Severo. "Positivismo Jurídico." *In*: **Enciclopedia del diritto**, v.6, p.681-736. Milano: Giuffrè, 1956.

GLOBONEWS Debate: Sergio Moro. 'Quase um genocídio', diz Moro sobre denúncias de corrupção durante a pandemia. [S. l.: s. n.], 5 jul. 2020. 1 vídeo (4 min). Disponível em: <https://g1.globo.com/globonews/globonews-debate/playlist/globonews-debate-sergio-moro.ghtml>. Acesso em: 9 jul. 2020.

GREENWALD, Gleen; SANTI, Alexandre de; MARTINS, Rafael Moro. **'Não é muito tempo sem operação?'** – exclusivo: chats privados revelam colaboração proibida de Sergio Moro com Deltan Dallagnol na Lava Jato, The Intercept Brasil, 9 jun. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>. Acesso em: 9 ago. 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1987.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo** – parte I. Petrópolis: Vozes, 1989.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo** – parte II. Petrópolis: Vozes, 1989.

HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica** Europeia. 2. ed. Lisboa. Fórum da História, 1998.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, maio/ago. 2009.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

IGLÉSIAS, Francisco. Encontro de duas culturas: América e Europa. **Estudos Avançados**, v. 6, n. 14, p. 23-37, 1992. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40141992000100003>. Acesso em: 6 jun. 2021.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile democracies**: contested power in the era of Constitutional Courts. New York: Cambridge University Press, 2015.

JORNAL Nacional. Lula diz que ficou indignado por ter sido levado à força pela PF. *In*: **G1**, São Paulo. 4 mar. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/03/lula-diz-que-ficou-indignado-por-ter-sido-levado-forca-pela-pf.html>. Acesso em: 05 fev. 2021.

JURISTAS internacionais defendem candidatura de Lula e enviam carta a Temer. *In*: **UOL Notícias**, 23 de agosto de 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/rfi/2018/08/23/e-direito-de-lula-seu-eleito-dizem-juristas-internacionais-em-carta-enviada-a-temer.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 20 jun. 2019.

KANT, Immanuel. Kritik der reinen Vernunft (KrV) [1781; 1787]. Tradução portuguesa de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Mourão: **Crítica da razão pura**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

KARAM, Maria Lúcia. **O direito a um julgamento justo e as liberdades de expressão e informação**. São Paulo: Boletim do IBCCRIM, out. 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KERCHE Fábio; FERES João JR (org.). **Operação Lava Jato e a democracia brasileira**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

KINZO, Maria Gil. A democratização brasileira: um balanço do processo político desde a transição. **Perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 4, out./dez. 2001.

KIRCHHEIMER, Otto. **Justicia política**: empleo del procedimiento legal para fines políticos. México: UTEHA, 1998.

KIRCHHEIMER, Otto. **Political justice**. International Encyclopedia of the Social Sciences, 1968.

KIRCHHEIMER, Otto. **Political justice**: the use of legal procedure for political ends. New Jersey: Princeton University Press, 1961.

KIRCHHEIMER, Otto. Politische Justiz. *In*: KIRCHHEIMER, Otto. **Politik und verfassung**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1964.

KIRCHHEIMER, Otto. Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus (1928). *In*: Wolfgang Luthardt (org.). **Otto Kirchheimer Von der Weimarer Republik zum Faschismus**: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976.

KIRCHMANN Julis Von, "El carácter a-científico de la llamada Ciencia dei Derecho". *In*: MANCHEGO (ed.). **Discusión sobre el cardcter anti-cientifico del derecho**, Grijley, Lima, 1999.

KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito.** Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>. Acesso em 10 mar. 2021.

LAFER, Celso. Homenagem: JK, o homem, o Presidente, a atualidade. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. I.], v. 110, p. 899-906, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115514>. Acesso em: 27 maio 2021.

LANNA JR., Mário Cléber Martins. Tenentismo e crises políticas na Primeira República. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (org.). **O tempo do liberalismo oligárquico: da Proclamação da República à Revolução de 1930.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. 419p.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Tradução de José Lamago. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEA, John. **Crime and modernity.** London: Sage Publications, 2002.

LEAL, Víctor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil.** 7. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LIMA, Danilo Pereira. **Legalidade e autoritarismo: o papel dos juristas na consolidação da Ditadura Militar de 1964.** Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2018.

LIVRO de Apocalipse. In: A Bíblia. Português. **A Bíblia sagrada.** Tradução King James. Rio de Janeiro: Art Gospel, 2018.

LIVRO de Hebreus. In: A Bíblia. Português. **A Bíblia sagrada.** Tradução King James. Rio de Janeiro: Art Gospel, 2018.

LIVRO de Salmos. In: A Bíblia. Português. **A Bíblia sagrada.** Tradução King James. Rio de Janeiro: Art Gospel, 2018.

LOBO, Cristiana. Sergio Moro diz que ficou 'tocado' com apoio da população à Lava Jato. In: **G1**, São Paulo, 13 mar. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/blog/cristiana-lobo/post/sergio-moro-diz-que-ficou-tocado-com-apoio-da-populacao-lava-jato.html>. Acesso em 19 fev. 2019.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Brasília: EDUNB, 1980.

LULA disse que se sentiu 'prisioneiro' ao ter sido levado para depor. *In: G1*. [São Paulo], 05 mar. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/03/moro-diz-que-conducao-coercitiva-nao-e-antecipacao-de-culpa.html>. Acesso em: 19 fev. 2021.

MARTINS JÚNIOR, Osmar Pires. **Lawfare em Debate**. Goiânia: Kelps. 2020.

MASCARO, Alysson Leandro. Dinâmica da crise e do golpe: de Temer a Bolsonaro. Margem Esquerda. **Revista da Boitempo**, São Paulo, n. 32, 2019.

MATOS, Ana Carolina Barbosa Pereira; REBOUÇAS, Marcus Vinícius Parente. Um horizonte humanista na caminhada constitucional brasileira. *In: LINHARES, Emanuel Andrade; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; ROCHA NETO, Alcimor et al.(org.). Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides*; São Paulo: Atlas, 2016.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. NomoE Nantokpato? Apocalipse, exceção e violência. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 105, p. 277 -342, jul/dez. 2012.

MATOS, Erika Amaral. *Lawfare*: uma introdução ao tema e uma aproximação à realidade brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 161, p. 227-249, nov. 2019.

MAYOS, Gonçal. El problema sujeto-objeto en Descartes, prisma de la modernidad. Pensamiento. **Revista de investigación e información filosófica**, Madrid, n. 195, v. 49, p. 371-390, jul.-sep. 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIGUEL, Luís Felipe. Punitivismo, antipolítica e avanço da direita: o caso da Lava Jato. *In: Justificando: Mentas Inquietas Pensam Direito*, 12 jun. 2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/06/12/punitivismo-antipolitica-avanco-da-direita-o-caso-da-lava-jato/>. Acesso em: 20 jun. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato**: Curitiba. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/curitiba>. Última atualização: 24/08/2021. Acesso em: 24 ago. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato**: Entenda o caso. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 23 set. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato**: Resultados. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>. Última atualização: 24/08/2021. Acesso em: 24 ago. 2021.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (org.). **Diálogos constitucionais**: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 2. ed., t. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

MISSE, Michel. **Crime e violência no Brasil contemporâneo**: estudos de sociologia do crime e da violência urbana. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

MORAES, Reginaldo Corrêa de. 'Mani Pulite'. A tragédia, a farsa e a ressaca. **Jornal da Unicamp**, Campinas: SP, 04 jul. 2019. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/reginaldo-correa-de-moraes/mani-pulite-tragedia-farsa-e-ressaca>. Acesso em: 15 dez. 2021.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal**: a Bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MOREIRA, Luiz. Tentativa de interferência na disputa eleitoral. *In*: LEIE, Paulo Moreira. **A outra história da Lava-Jato**. São Paulo: Geração Editorial, 2015.

MORO autoriza produtores de filme a usar imagens da condução coercitiva de Lula. **Consultor Jurídico**, 25 mar. 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mar-25/moro-autoriza-filme-usar-imagens-conducao-coercitiva-lula>. Acesso em: 29 ago. 2021.

MORO diz 'ter dúvidas' se Bolsonaro e Lula vão aceitar debater com ele em 2022. **Jornal de Brasília**. 14 de dezembro de 2021. Moro diz 'ter dúvidas' se Bolsonaro e Lula vão aceitar debater com ele em 2022. Disponível em: jornaldebrasil.com.br. Acesso em: 10 abr. 2021.

MORO é considerado pela 'Fortune' o 13º maior líder mundial. *In*: **O Estado de S. Paulo**, 24 mar. 2016. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,sergio-moro-e-considerado-pela-fortune-o-13-maior-lider-mundial,10000023003>. Acesso em: 7 ago. 2021.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite. **Revista CEJ- Conselho Justiça Federal**, Brasília, n. 26, p.56-62, jul-set. 2004.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias fundamentais na área criminal**. Barueri, SP: Manole, 2014.

MOTORYN, Paulo. **Candidaturas de Moro e Deltan provam que Lava Jato atuou como partido político, diz pesquisador**. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/11/05/candidaturas-de-moro-e-deltan-provam-que-lava-jato-atuou-como-partido-politico-diz-pesquisador>. Acesso em: 05.nov.2021.

MOURA, Clóvis. **Sociologia do negro brasileiro**. São Paulo: Ática, 1988.

MUSSOLINI, Benito. **Fascismo**. Tradução Regina Lyra. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

NÁDER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NAPOLITANO, Marcos. **1964**: história do Regime Militar brasileiro. São Paulo: Contexto, 2014.

NASCIMENTO, Daniel Arruda. **Do fim da experiência ao fim do jurídico**: percurso de Giorgio Agamben. São Paulo: libertArs, 2012.

NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa.

Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte. n. 109. p.13-87, jul/dez. 2014.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NOBRE, Marcelo. Os limites do poder de julgar: uma crítica à “competência universal” de alguns processos específicos para um juiz escolhido. *In*: STRECK, Lenio Luiz; PRONER, Carol; CARVALHO, Marco Aurélio de; SANTOS, Fabiano Silva dos (org.). **O livro das parcialidades**. Rio de Janeiro: Telha, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://www.prerro.com.br/wp-content/uploads/2021/03/O-Livro-das-Parcialidades-Grupo-Prerrogativas-Marc%CC%A7o-2021.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021.

NOBRE, Marcos. **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papius, 2008.

NOGUEIRA, Octaciano. **Coleção constituições brasileiras**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.105 p. v. 1.

NOTÍCIAS UOL. **De “notícia falsa” a defesa de atos**: Lava Jato mudou reação a vazamentos. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/11/06/forca-tarefa-lava-jato-respostas-mensagens-vazadas-mudanca.htm?cmpid=copiaecola/>. Acesso em: 17 jul. 2020.

NOVELLI, Flávio Bauer. Atualidade da teoria Kelseniana do Estado. **Revista de Direito Público e Ciência Política**. Rio de Janeiro, n. 2, p. 206-223, jul./dez. 1958. v. 1.

NUNES, Diego. Processo Legislativo para além do Parlamento em Estados Autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940. **Sequência**, Florianópolis, n. 74, p. 153-180, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2016v37n74p153>. Acesso em: 24 abr. 2021.

NUNES, Leandro Gornicki. Advocacia criminal: para além do mito da legalidade. *In*: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da, PAULA, Leonardo Costa de. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: escritos em homenagem ao prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, v. 5. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

O BRASIL pede socorro. **Veja**, São Paulo: Abril, 2438 ed. ano 48, n. 32, 12 ago. 2015.

O JUIZ Moro vê mais longe: por que a soltura, pelo STF, dos empreiteiros presos na Lava- Jato não representa o fim da esperança dos brasileiros de que os corruptos vão para cadeia. **Veja**, São Paulo: Abril, 6 maio 2015.

OLANTUONO, Pablo Ángel Gutiérrez; VALIM, Rafael. "O enfrentamento da corrupção nos limites do Estado de Direito". *In*: ZANIN MARTINS, Cristiano; TEIXEIRA ZANIN MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael (coord.). **O Caso Lula**: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil. ISBN. 978-85-69220-19-0, São Paulo: Contracorrente, p. 71-79, 2017.

OLIVEIRA, Adriano. Papel de juiz é o de resolver conflitos, não é o de criar conflitos', diz Teori. *In*: **G1**: Ribeirão e Franca, SP, 18 mar. 2016. Disponível em <http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2016/03/teori-zavascki-diz-que-nao-cabe-juiz-resolver-crise-politica-ou-economica.html>. Acesso em: 24 abr. 2021.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OPERAÇÃO mãos sujas: os acusados do maior caso de corrupção da história. **Veja**, São Paulo: Abril, ano 47, ed. 2397, 05 dez. 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos**: assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre direito Humano, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Washington: CIDH, c2020. Assinada em 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 03 fev. 2019.

PEDRON, Flávio Quinaud. Sobre a semelhança entre interpretação jurídica e interpretação literária em Ronald Dworkin. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 15- 139, 1. sem. 2005

PELBART, Peter Pál. **Vida capital**. Ensaios de biopolítica. São Paulo: Iluminuras, 2011.

PEREIRA, Giseli Mendes. **O direito ao silêncio no processo penal brasileiro**. 1. ed. Caxias do Sul: Educs, 2012.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERON, Isadora. Entidade de juízes vê 'show midiático' em operação contra Lula. *In*: **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 8 mar. 2016. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,entidade-dejuizes-ve-show-midiatico-em-operacao-contralula,10000020091>. Acesso em: 29 ago. 2021.

PINHO, Carlos Eduardo Santos. **Planejamento estratégico governamental no Brasil**: autoritarismo e democracia (1930-2016). Curitiba: Apuris, 2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentário à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro, Irmãos Pongetti, 1938.

PORTO, Walter Costa. **Coleção constituições brasileiras 1937**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012. v.4. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137571/Constituicoes_Brasileiras_v4_1937.pdf?sequence=9. Acesso em: 29 ago. 2021.

PROJETO Memória da Fundação Banco do Brasil. Disponível em: http://www.projeto memoria.art.br/JK/verbetes/carta_renuncia.html: Acesso em: 10 maio 2021.

PRONER, Carol. **Lava Jato e a degradação do sistema de justiça no Brasil**. O Livro das Parcialidades. Rio de Janeiro: Telha. 2021.

PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciência del derecho**. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho. Madrid, 1981. Disponível em: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54002/1/5322940823.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina. **Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso**. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUELER, Jefferson José. Os sentidos do quererismo: disputas políticas em torno do conceito na redemocratização de 1945. **História**, São Paulo, v. 35 e104, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1980-436920160000000104>. Acesso em: 25 abr. 2021.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. Momentos decisivos da história constitucional brasileira. *In*: **Direito natural/Direito positivo**, São Paulo: Saraiva, 1984.

REDAÇÃO. 'Descuido meu', diz Moro sobre diálogo com Deltan: ex juiz afirma que 'apenas passou' por aplicativo informação sobre testemunha no caso do ex-presidente Lula. **Veja.com**. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/moro-diz-que-cometeu-descuido-ao-indicar-testemunha-no-caso-lula/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

REDAÇÃO. Moro entra para o ranking dos 50 maiores líderes mundiais da 'Fortune'. **Veja.com**, São Paulo, 24 mar. 2016. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/moro-entra-para-o-ranking-dos-50-maiores-lideres-mundiais-da-fortune/>. Acesso em: 29 ago. 2021.

RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. Delineamentos sobre a aferição da quebra da imparcialidade do juiz a partir do exame de comportamentos do magistrado responsável pela Operação Lava Jato. p.35-47. *In*: STRECK, Lenio Luiz; CARVALHO, Marco Aurélio de. (org.). **O livro das suspeições**. Ribeirão Preto: Grupo Prerrogativas, 2020.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**. São Paulo: Global, 2014.

ROCHA, Leonel Severo. Os senhores da lei. *In: Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

RODAS, Sérgio. Delação de Palocci: procuradores viram tentativa de Moro influenciar as eleições”. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 fev. 2021. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-fev-04/procuradores-viram-tentativa-moro-influenciar-eleicoes>. Acesso em 01.ago.2021.

RODAS, Sérgio. Moro reconhece erro no grampo de Dilma e Lula, mas mantém divulgação. **Consultor Jurídico**, São Paulo, SP: 17 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-17/moro-reconhece-erro-grampo-dilma-lula-nao-recua>. Acesso em: 20 jul. 2019.

RODAS, Sérgio; VASCONCELLOS Marcos de. Todos os 25 advogados de escritório que defende Lula foram grampeados. **Consultor Jurídico**, 17 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-17/25-advogados-escritorio-defende-lula-foram-grampeados/>. Acesso em: 29 ago. 2021.

RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato**: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. v.1.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica. **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**, v. 19, n. 37, p. 99-124, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1682>. Acesso em: 20 jul. 2020.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema, *In: RODRIGUEZ, José Rodrigo, PÜSCHEL, Flavia Portella, MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (org.). Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSA, Alexandre Moraes da. O estrangeiro, a exceção e o direito. *In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). Direito e psicanálise: interseções a partir de “O Estrangeiro” de Albert Camus*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

ROSS, Alf. **Hacia una ciência realista del derecho**: critica del dualismo en el derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

ROUQUIÉ, Alain; SUFFERN, Stepehn. Los militares en la política latinoamericana desde 1930. *In: BETHELL, Leslie. (org.). Historia de América Latina: política y sociedad desde 1930*. Barcelona: Crítica, 1997.

SANTANA, EL. Campanha de desestabilização de Jango: as ‘donas’ saem às ruas! *In: ZACHARIADHES, Grimaldo Carneiro (org.). IVO, Alex Souza et al. Ditadura militar na Bahia: novos olhares, novos objetivos, novos horizontes*. Salvador: EDUFBA, v. 1, p. 13-29, 2009.

SANTIAGO NINO, Carlos. **Consideraciones sobre la dogmática jurídica - con referencia particular a la dogmática pena**. México: Unam, 1989,

SANTISO, Carlos. Economic reform and judicial governance in Brazil: balancing independence with accountability. *In*: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SAKAAR, Elin (ed.). **Democratization and the judiciary: the accountability functions of courts in new democracies**. London: Frank Cass, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A judicialização da política. **O Público**, Lisboa, 27 maio 2003. Disponível em: <https://www.publico.pt/2003/05/27/jornal/ajudicializacao-da-politica-201706>. Acesso em: 20 jul. 2019.

SANTOS, Claudia Aparecida Caobianco dos; LIMA, Hugo Henrique Ferreira; SILVA, Keyla Carolina da; BERTI, Luiza Gabriella; DELMONACO, Maria Julia Pieroli; VELASQUEZ, Fernanda Garcia. Mídia e sociedade do espetáculo: Uma manifestação do direito penal do inimigo. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**. Umuarama. v. 23, n. 2, p. 297-314, jul./dez. 2020.

SANTOS, João Vítor. O autoritarismo na formação econômica, social e política do Brasil. Entrevista especial com Carlos Eduardo Santos Pinho. **IHU On-Line**, 2019. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/591015-o-autoritarismo-e-seu-peso-na-formacao-economica-social-e-politica-do-brasil-entrevista-especial-com-carlos-eduardo-santos-pinho>. Acesso em: 20 jan. 2021.

SANTOS, Juarez Cirino. **O martelo de Moro: a Operação Lava Jato e o surgimento dos juízes partisans no Brasil**, 2017.

SANTOS, Rogério Dutra dos. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 281-323, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. 27 ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

SCARPELLI, Uberto. **Cos'è il positivismo giuridico**. Milano, Edizione scientifiche Italiane, 1965.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução de Alvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

SCHMITT, Carl. **O conceito de político**. Teoria do Partisan. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Elizete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia Das Letras, 2019.

SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do autoritarismo brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Publit Soluções Editoriais, 2007.

SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da justiça**: judiciário e política no Brasil. 1. ed. São Paulo: Contracorrente, 2021.

SERGIO Moro aparece na lista dos '100 mais influentes' da revista 'Time'. *In*: **G1**, São Paulo, 21 abr. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/04/sergio-moro-aparece-na-lista-dos-100-mais-influentes-da-revista-time.html>. Acesso em: 7 ago. 2021.

SERGIO Moro é homenageado em baile de gala em Mônaco. *In*: **G1**, São Paulo, 24 nov. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/12/24/sergio-moro-e-eleito-uma-das-50-personalidades-da-decada-pelo-jornal-financial-times.ghtml>. Acesso em: 7 ago. 2021.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto, BOMFIN, Anderson Medeiros. Lava Jato e o Princípio da Imparcialidade. *In*: STRECK, Lenio; CARVALHO, Marco Aurélio de (org.). **O livro das suspeições**. Ribeirão. Preto: Grupo Prerrogativas, 2020.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016. Cap. 6.

SILVA, Carlos Medeiros. Observações sobre o Ato Institucional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 208, outubro de 1964.

SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. Crise da ditadura militar e o processo de abertura política no Brasil, 1974-1985. *In*: FERREIRA, Jorge, DELGADO, Lucília de Almeida Neves (org.). **O tempo do regime autoritário**: ditadura militar e redemocratização - Quarta República (1964-1985). 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

SILVA, Hélio. **1964**: golpe ou contragolpe? Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo, Malheiros, 2006.

SILVA, Luiz Gustavo da. O uso estratégico da persecução criminal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-07/luiz-gustavo-silva-uso-estrategico-persecucao-criminal>. Acesso em: 20 ago. 2021.

SOUSA, Víctor Gonçalves de. **Verdade e razão prática**: um estudo sobre o papel da razão prática como causa de ação em Aristóteles. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Departamento de Filosofia. Área de concentração: Filosofia. São Paulo, 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, Josias de. Juiz pode pouco sem opinião pública, diz Moro. *In: Blog do Josias*, 30 jul. 2015. Disponível em: <https://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2015/07/30/juiz-pode-pouco-sem-opiniao-publica-diz-moro/>. Acesso em: 20 jul. 2019.

SOUZA, Joyce; AVELINO, Rodolfo; SILVEIRA, Sergio Amadeu (org.). **A sociedade de controle: manipulação e modulação nas redes digitais**. São Paulo: Herdra, 2018.

SPERB, Paula; BALTHAZAR, Ricardo; AUDI, Amanda. Moro omitiu palestra remunerada em prestação de contas como juiz federal: juízes têm 30 dias para informar sua participação nos eventos e devem registrar data, assunto, local e entidade que organizou. **Folha de São Paulo**, 04 ago. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/08/moro-omitio-palestra-remunerada-em-prestacao-de-contas-como-juiz-federal.shtml>. Acesso em: 09 set. 2021.

STEIN, Ernildo Jacob. “Da fenomenologia hermenêutica à hermenêutica filosófica”. **Revista Veritas**, Porto Alegre, v.47, n.1, p.21-34, mar. 2002.

STEIN, Ernildo Jacob. **Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução**. Ijuí: Unijuí, 2008.

STEIN, Ernildo Jacob. Possibilidade de uma nova ontologia. **Organon**, UFRGS, v. 1, p. 27-40, 1968.

STEIN, Ernildo Jacob. **Uma breve introdução à filosofia**. 2. ed., Ijuí: Unijuí, 2005.

STF julga suspeição de Moro nos processos contra Lula”. 2021. 1 vídeo (2h 59 min 51 s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=spgRHAYsFsl&t=9s>. Acesso em: 10 ago. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Check list: 21 razões pelas quais já estamos em Estado de exceção. **Consultor Jurídico**, São Paulo. 29 jun. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-29/senso-incomum-check-list-21-razoas-pelas-quais-estamos-estado-excecao>. Acesso em: 15 dez. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos - uma radiografia do STF**. São Paulo: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. A verdade das mentiras e as mentiras da verdade. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 nov. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-28/senso-incomum-verdade-mentiras-mentiras-verdade-real>. Acesso em: 28 nov. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Abuso e inconstitucionalidade/ilegalidade das conduções coercitivas. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2 mar. 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mar-02/senso-incomum-busoinconstitucionalidadeilegalidade-conducoes-coercitivas>. Acesso em: 02 fev. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Apropriação moral e política do Direito degrada o Estado de Direito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 dez. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-dez-26/senso-incomum-apropriacao-moral-politica-direito-degrada-estado-direito>. Acesso em: 03 fev. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Direito a favor da democracia [S. l.:s.n.], 17 maio 2021.1 vídeo (07 min 29 s). Publicado pelo canal Assembleia de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=g1WAI6QDuPs>. Acesso em: 10 jul. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Do apelo ao senso comum aos poderes de fato: o novo direito 3.0 que legitima o arbítrio ou “quando a episteme vira doxa”. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele Ricobom; DORNELLES, João Ricardo (org.). **Comentários a um acórdão anunciado**: o processo Lula no TRF4. 1ª ed. São Paulo: Outras expressões, 2018. p. 115-127. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20180813053425/comentarios.pdf>. Acesso em 21 fev. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas. **Pensar**. Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 626-660, jul./dez. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. E se a opinião pública fosse contra a prisão após segunda instância? Senso Incomum. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 mar. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-08/senso-incomum-opinioao-publica-fosse-prisao-segunda-instancia>. Acesso em: 17 dez. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Ex-procurador da "lava jato" escancara na TV: tivemos lado político. **Consultor Jurídico**, São Paulo 29 ago. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-ago-29/senso-incomum-ex-procurador-lava-jato-escancara-tv-tivemos-lado-politico>. Acesso em: 24 ago. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica constitucional. In: NUNES JR, Vidal Serrano *et al.* (Coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP, Tomo**: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/hermeneutica-constitucional_58edc52ebdbb0.pdf. Acesso em: 29 ago. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Ensino Jurídico em *Terrae Brasiliis*. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 46, n. 0, p. 25-50, 2007. Disponível em: <https://www.revistas.ufpr.br/direito/article/download/13495/9508>. Acesso em: 29 jun. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e positivismo contra o estado de exceção interpretativo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 fev. 2016. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2016-fev-25/senso-incomum-hermeneutica-positivismo-estado-excecao-interpretativo>. Acesso em: 20 jun. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos Juízes”. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET**, Curitiba, n. 1, 2009. Disponível em: http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acesso em: ago. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, v.8, n.2, p.257-301, maio/ago. 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Lavajatogate: Com hackers o X9, o Direito nunca mais será o mesmo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 jun. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jun-11/lenio-hackers-ou-x9-direito-nunca-mesmo>. Acesso em: 24 ago. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. *Lawfare*. In: ALVES, Giovanni *et al.* (coord.). **Enciclopédia do Golpe**. São Paulo: Projeto Editorial Praxis. 2017. v.1.

STRECK, Lenio Luiz. Nas escutas, juristas se revelam mais moristas do que o próprio Moro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 mar. 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-mar-21/lenio-streck-escutas-juristas-revelam-moristas-moro>. Acesso em: 24 ago. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns**. Senso Incomum. **Consultor Jurídico**, 13 jun. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns> Acesso em 20 dez. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. O Ministério Público da Paraíba e o Professor Agassiz. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 out. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-out-26/streck-ministerio-publico-paraiba-professor-agassiz>. Acesso em: 15 maio 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** - decido conforme a consciência? 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. O que fazer quando todos sabemos que sabemos que Moro e o MPF foram parciais?. p.15-25. In: STRECK, Lenio Luiz; CARVALHO, Marco Aurélio de. (org.). **O livro das suspeições**. Ribeirão Preto: Grupo Prerrogativas, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. O STF, 7 erros... e um destino! E meu prognóstico, do qual discordo! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 9 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-09/streck-stf-erros-destino-meu-prognostico-qual-discordo>. Acesso em: 2 ago. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. O Supremo, contramajoritarismo e “Pomo” de ouro. Senso Incomum. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 12 de julho de 2012. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomouro>. Acesso em: 2 ago. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Os dilemas da representação política: o estado constitucional entre a democracia e o presidencialismo de coalizão. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 44, p. 83-101, jan./jun. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Os fins justificam os meios? No Direito, não! Mas na "lava jato", sim!. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 jun. 2019 Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jun-24/streck-fins-justificam-meios-direito-nao-masna-lava-jato-sim>. Acesso em: 24 ago. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Se Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual é o valor da Constituição? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 abr. 2018. https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/observatorio-constitucional-stf-obedecer-vozas-ruas-qual-valor-constituicao#_ftn1. Acesso em: 27 maio 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Senso comum teórico dos juristas**. Estado da arte. Estadão. Estadão, 15 fev. 2021. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/senso-comum-teorico-lls/>. Acesso em: 10 jan. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum: apropriação moral e política do Direito degrada o Estado de Direito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-26/senso-incomum-apropriacao-moral-politica-direito-degrada-estado-direito>. Acesso em: 03 fev. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. STF alerta sobre o uso estratégico do Direito por juízes e promotores. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 set. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-20/senso-incomum-stf-alerta-uso-estrategico-direito-juizes-promotores>. Acesso em: 02 fev. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2011.

STRECK, Lenio; CARVALHO, Marco Aurélio de (org.). **O livro das suspeições**. Ribeirão Preto: Grupo Prerrogativas, 2020.

STRECK, Lenio; CATTONI, Marcelo; LIMA, Martonio. A nova perspectiva do STF sobre controle difuso. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 ago. 2007. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso. Acesso em 17 de dez. 2021.

STRECK, Lenio; LEITE, George Salomão Leite. **Interpretação, retórica e linguagem**. Juspodivin, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2019.

STRECK, Lenio; MOTTA, Francisco José Borges. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer? **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, CE, 2020. Disponível em <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/11284/pdf> Acesso em: 20 abr. 2021.

STRECK, Lenio; ROCHA, Jorge Bheron. A batalha: o velho inquisitismo não quer morrer — mas o novo nascerá. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-06/opiniao-velho-inquisitismo-nao-morrer-nascera> Acesso em: 20 maio 2021.

STRECK, Lenio; SANTOS JUNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Vontade de poder versus normatividade: o que o nazismo nos ensina? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 21, n. 2, p.393-420, mai-ago 2016. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9090>. Acesso em: 15 maio 2021.

STRECK, Lenio; TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. A relação direito e política: uma análise da atuação do judiciário na história brasileira. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 737-758, set./dez. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, constituição e autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito ((RECHTD))**. RS, v. 1, n.1, p.65-77, janeiro-junho 2009.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. *E-Book*.

TASSINARI, Clarissa; MENEZES NETO, Elias Jacob de. Constitucionalismo democrático, ativismo judicial e crise do Estado: os limites de ação como condição para a legitimidade do poder judiciário na construção da democracia. *In*: **XXIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito: Direitos Fundamentais e Democracia I**, p. 232-259. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

TAVARES, Maria Conceição. Império, território e dinheiro. *In*: FIORI, José Luiz. (org.). **Estados e moedas no desenvolvimento das nações**. Petrópolis: Vozes, 1999.

THE INTERCEPT BRASIL. **Até agora tenho receio**. Parte 3. 09 jun. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/dallagnol-duvidas-triplex-lula-telegram-petrobras/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

THE INTERCEPT BRASIL. **Exclusivo**: chats privados revelam colaboração proibida de Sergio Moro com Deltan Dallagnol na Lava Jato. Parte 4. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

THE INTERCEPT BRASIL. **Exclusivo**: Deltan Dallagnol duvidava das provas contra Lula e de propina da Petrobras horas antes da denúncia do triplex. Parte 3. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/dallagnol-duvidas-triplex-lula-telegram-petrobras/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

THE INTERCEPT BRASIL. **Leia os diálogos de Sergio Moro e Deltan Dallagnol que embasaram a reportagem do Intercept**. Parte 5. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/12/chat-sergio-moro-deltan-dallagnol-lavajato/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

THE INTERCEPT BRASIL. **Leia os diálogos de Sergio Moro e Deltan Dallagnol que embasaram a reportagem do Intercept.** Parte 6. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/14/sergio-moro-enquanto-julgava-lula-sugeriua-lava-jato-emitir-uma-nota-oficial-contraa-defesa-eles-acataram-e-pautaram-a-imprensa/>. Acesso em: 23 dez. 2020.

THOMPSON, John B. **A mídia e a modernidade.** Rio de Janeiro: Vozes. 5. ed.1998.

TOFFOLI, José Antonio Dias. O Poder Judiciário através da história: antes e depois da Constituição Federal de 1988. *In*: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). **30 anos da constituição brasileira**: democracia, direitos fundamentais e instituições. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TOLEDO, Caio Navarro de. 1964: o golpe contra as reformas e a democracia. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 24, n. 47, p. 13-28. 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-01882004000100002>. Acesso em: 16 abr. 2021.

TORRES, Aline. O suicídio do reitor para quem prisão foi ultraje e sentença de morte. **El País**. Brasil. Florianópolis, 04 out. 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/04/politica/1507084756_989166.html. Acesso em: 15 dez. 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TUCUNDUVA, Ruy Cardoso de Mello. O poder judiciário e a Constituição de 1937 (um estudo de direito constitucional comparado). *In*: **Justitia**, São Paulo, v.38, n.94; p.191-205, jul./set. 1976.

UNISINOS. Pós-Graduação. **Linhas de pesquisa**: hermenêutica, constituição e concretização de direitos. São Leopoldo. Disponível em: <http://www.unisinus.br/mestrado-e-doutorado/direito/presencial/sao-leopoldo/linhas-de-pesquisa>. Acesso em: 15 ago. 2019.

VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito.** Tradução de Antonio José Brandão. 5 ed. Coimbra: Armênio Amador, 1979.

VEJA. O Complô para calar a Lava Jato: como os líderes do PMDB conspiram para travar as investigações. **Veja**, São Paulo: Abril, n. 2480, 01 jun. 2016.

VERISSIMO, Marcus Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

VIANNA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras.** Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

VILLA, Vitorio. Il problema della scienza giuridica, en G. PINO, A. SCHIAVELLO y V. VILLA, Filosofia de/ diritto. Introduzione critica a/ pensiero giuridico ea/ dirittopositivo, Giappichelli, Turin, 2013, pp. 374-398.

VISENTINI, Paulo G. Fagundes. **O regime militar e a projeção mundial do Brasil: autonomia nacional, desenvolvimento econômico e potência média/1964-1985.** São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

WARAT, Luis Alberto. **Direito e sua linguagem.** 2. ed. aum. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995. 2 v.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade.** Porto Alegre: SafE, 2002.

WARAT, Luis Alberto. Sobre la dogmática jurídica. **Sequência**, ano I, 2. Semestre, 1980.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva.** Tradução de Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbos. Brasília: Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

WESTIN, Ricardo. Madrugada mais longa da República faz 30 anos. *In: Senado notícias*, 13 mar. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/03/03/aguardar-arquivo-s-a-madrugada-mais-longa-da-republica-faz-30-anos>. Acesso em: 10 jun. 2021.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophische untersuchungen.** Band 1. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1995.

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e método.** Tradução de Daniel Grassi. 3. ed. Porto Alegre: Bookmann, 2005.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminologia e diferença na modernidade recente.** Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal.** Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La legitimación del control penal de los “extraños”.** 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CAAMAÑO, Cristina; WEIS, Valeria Veigh. **Bem-vindos ao Lawfare: Manual de passos básicos para demolir o direito penal.** São Paulo: Tirant Lo Blanc, 2021.

ZAFFARONI, Raul. El escándalo jurídico. **Diário Página 12**, Argentina, 30 out. 2016. Disponível em: <https://www.pagina12.com.ar/diario/contratapa/13-313021-2016-10-30.html>. Acesso em: 20 jun. 2019.

ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. **Lawfare**: uma introdução. São Paulo: Contracorrente. 2020.

ZANIN, Cristina; MARTINS, Valeska; VALIN, Rafael. **Lawfare**. Contracorrente. São Paulo, 2020.

ANEXO I – DECISÃO

:: SEI/TRF4 - 3077108 - Decisão ::

Página 1 de 8



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO
Rua Otávio Francisco Caruso da Rocha, 300 - Bairro Praia de Belas - CEP 90010-395 - Porto Alegre - RS - www.trf4.jus.br

DECISÃO

Trata-se de cinco expedientes em tramitação nesta Corregedoria (Processos SEI nº 0002879-28.2016.4.04.8000, 0002606-49.2016.4.04.8000, 0002766-74.2016.4.04.8000, 0003021-32.2016.4.04.8000, 0003967-04.2016.4.04.8000), todos manejados em face do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, lotado na 13ª Vara Federal de Curitiba, cujos fundamentos passo a relatar pormenorizadamente:

I) 0002606-49.2016.4.04.8000: cuida-se de reclamação disciplinar encaminhada por Guilherme Zagallo, advogado, na qual este aponta que na 24ª fase da denominada operação Lava Jato, foram determinadas, pelo magistrado, diversas interceptações telefônicas, cujo conteúdo acabou sendo divulgado sem que tenha sido preservado o sigilo das gravações. Aduz que as autoridades envolvidas *não cuidaram de preservar o sigilo das gravações, assim como divulgaram comunicações telefônicas de autoridades com privilégio de foro e ainda de comunicações telefônicas que não interessavam à instrução processual*. Alega, ainda, que *ocorreu em tese violação ao crime tipificado no art. 10 da lei 9.296/96, vez que foi realizada interceptação de comunicação telefônica sem autorização judicial, assim como foi quebrado segredo da Justiça ao qual estavam obrigados os agentes da lei*. Requer, assim, as apurações cabíveis, com a aplicação de eventuais sanções penais, administrativas, e civis ao reclamado. O magistrado prestou informações (documento 3004090), referindo, em síntese, que a questão *está sendo debatida intensamente perante o Egrégio STF*, juntando aos autos, na oportunidade, ofício com as informações que prestou àquela Suprema Corte na demanda relativa às decisões judiciais atacadas.

II) 0002766-74.2016.4.04.8000: cuida-se de reclamação disciplinar encaminhada por Luís Fernando Silva, advogado, na qual este aponta possíveis irregularidades (ou mesmo ilegalidades) perpetradas pelo magistrado, relacionadas à condução do Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônicos nº 5006205-98.2016.4.04.7000. Requer *o recebimento e processamento desta Representação, de sorte a ser devidamente investigada e analisada a conduta do Ilustre Juiz Sérgio Fernando Moro nas situações aqui narradas, em especial frente à possível violação ao artigo 35, I, do Estatuto da Magistratura (Lei Complementar nº 35, de 1979), aos artigos 12 e 25, do Código de Ética da Magistratura Nacional, aos dispositivos da Lei nº 9.296, de 1996, ao disposto na Resolução nº 59, do Conselho Nacional de Justiça, e aos artigos 1º, III, e 5º, XII, da Carta da República, bem como o envio de cópia desta representação à Corregedoria Nacional de Justiça, tendo em vista o disposto no artigo 19 do referido diploma*. O magistrado prestou informações (documento 3003924), referindo, em síntese, que a questão *está sendo debatida intensamente perante o Egrégio STF*, juntando aos autos, na oportunidade, ofício com as informações que prestou àquela Suprema Corte na demanda relativa às decisões judiciais atacadas.

III) 0002879-28.2016.4.04.8000: cuida-se de reclamação disciplinar encaminhada por Álvaro Sérgio Rincoski Faria, servidor público, na qual este questiona a quebra de sigilo ordenada pelo Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, aduzindo, em síntese, que *competia ao magistrado, unicamente e tendo em conta que recebeu o ilegal áudio, remetê-lo à instância competente (S.T.F.), permanecendo silente a respeito, jamais fazendo juízo de valor sobre a mesma nem jamais tornando-a pública, pois lhe falecia competência para*

qualquer apreciação/deliberação. Afirma que o magistrado de 1º grau usurpou a competência do STF, de modo deliberado, ciente de que o fazia, de modo que a ocorrência de abuso de poder merece ser devidamente analisada, caracterizada pela absoluta falta de competência para a prática de tal ato processual/meritório. Requer, assim, o regular processamento da reclamação disciplinar. Foi proferido despacho determinando que o feito aguardasse a prestação de informações pelo Juiz Federal Sérgio Fernando Moro em outros dois expedientes semelhantes que aqui tramitam (Despacho CORREG 2997954), de modo a assegurar um julgamento rápido e uniforme, tendo o reclamante sido regularmente cientificado. As informações prestadas pelo magistrado nas reclamações disciplinares bastante similares à presente foram no sentido de que a questão está sendo debatida intensamente perante o e. STF, tendo sido juntado ofício com as informações prestadas àquela Suprema Corte na demanda que lá tramita, relativa às decisões judiciais atacadas.

IV) 0003021-32.2016.4.04.8000: cuida-se de reclamação disciplinar encaminhada por Gomercindo Lins Coutinho, Mario Madureira, Valmir Martins Batista, Jorge Santos Buchabqui, Raquel Paese, Glênio Luis Ohlweiler Ferreira, Felipe Néri Dresch da Silveira, Amarildo Maciel Martins, Thiago Cecchini Brunetto, Gabriel Lemos Weber, Raissa Tonial, Jorge Luiz Garcia de Souza, Maritânia Lucia Dallangnol, Antônio Escosteguy Castro, Lúcio Costa, Maria Cristina Carrion Vidal de Oliveira, Silvia Lopes Burmeister, Carlos Frederico Barcellos Guazzelli e Tânia Regina Maciel Antunes, todos advogados, na qual estes questionam a postura do magistrado Sérgio Moro na condução dos autos do *Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônicos 5006205-98.2016.4.04.7000/PR*. Requerem, em suma, a *instauração de processo administrativo disciplinar em face do juiz Federal Sérgio Fernando Moro; o seu afastamento cautelar, até a decisão final do procedimento disciplinar; a imposição de medidas disciplinares cabíveis; a averiguação de ocorrência de infração ao disposto na Resolução 59 do Conselho Nacional de Justiça; o envio de cópia da presente representação à Corregedoria Nacional de Justiça, bem como à autoridade competente para que se proceda investigação sobre possível cometimento do crime previsto no artigo 325 do Código Penal*. O magistrado prestou informações (documento 3026770), referindo, em síntese, que a questão está sendo debatida intensamente perante o e. STF e que já respondeu a duas representações disciplinares similares perante esta Corregedoria (0002606-49.2016.4.04.8000 e 0002766-74.2016.4.04.8000), reportando-se, por economia processual, às informações já prestadas.

V) 0003967-04.2016.4.04.8000: cuida-se de reclamação disciplinar encaminhada por Emiliano Maldonado e Rodrigo de Medeiros Silva, advogados signatários, na qual afirmam, em síntese, que, na ação denominada “Operação Lava Jato”, o magistrado Sérgio Moro retirou o sigilo de interceptações telefônicas do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em conversas, inclusive, com pessoas com foro privilegiado, como a Presidenta Dilma Rousseff e Ministros, o que violaria a Constituição, a Lei nº 9.296/1996 e, ainda, o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994). Sustentam que a conduta do magistrado *atenta contra a independência e harmonia entre poderes*, além de violar a sua imparcialidade. Imputam ao magistrado *diversas infrações disciplinares no exercício do cargo*, requerendo, ao final, o afastamento do denunciado do julgamento da ação judicial e investigações conhecidas como “Operação Lava Jato”, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. O magistrado, notificado para prestar informações, deixou transcorrer *in albis* o prazo conferido.

É o relato.

Tendo em vista a identidade de objeto dos cinco expedientes acima descritos, passo a apreciá-los de maneira conjunta.

Inicialmente, observo que não compete a esta Corregedoria processar qualquer expediente visando à aplicação de sanção penal e cível a magistrados. Dessa forma, não conheço das reclamações quanto a esses pedidos.

Consoante se verifica dos demais termos das presentes reclamações, os petionantes estão irrisignados quanto à não preservação do sigilo de algumas gravações obtidas no bojo da operação Lava Jato.

De início, cumpre afirmar, vislumbra-se que as decisões do magistrado naquela demanda, dentre elas aquela relativa ao sigilo das gravações, foram devidamente justificadas, não sendo competência desta Corregedoria Regional o controle da atividade jurisdicional através do reexame desta ou daquela fundamentação utilizada pelos magistrados da 4ª Região.

Com efeito.

Se um juiz decide de forma diferente do esperado ou por modo que não representa o pensamento de outros magistrados em casos assemelhados, isso não traduz uma conduta funcional ilícita. Aliás, o contrário disso revela afronta direta à própria essência daquilo que sustenta o exercício jurisdicional, assentado na ideia de independência do juiz para decidir, isento de qualquer possibilidade de influências externas.

Se não houver independência no exercício da jurisdição, o juiz, no âmbito da organização estatal, torna-se vassalo dos demais poderes na natural fricção da repartição do poder do Estado.

A independência do juiz, todavia, nesse aspecto não se dá apenas em relação aos demais poderes como também em relação aos órgãos em que se particiona o exercício da jurisdição, bem como em relação aos órgãos de controle administrativo disciplinar judiciários.

Assim, a decisão judicial não está sob o crivo de qualquer outro órgão jurisdicional ou administrativo para ter eficácia, sob o ponto de vista aqui tratado. Na verdade, o que está sob controle no caso de recurso judicial é esta ou aquela interpretação da lei, podendo vir a ser substituída por outra decisão judicial, mas não passível de censura interna.

Por outro lado, é da essência da decisão judicial o efeito do descontentamento, da divergência, na medida em que a composição do conflito encerra a negativa de um dos pontos de vista em disputa, ou mesmo de entendimento diverso do intérprete não-destinatário direto.

Assim, é compreensível que se maneje contra sua existência os recursos previstos, não sendo raros os termos carregados na demonstração do inconformismo. Essa é a essência da advocacia, a propósito um dos pilares da República, na admissão da defesa intransigente do ponto de vista contrariado.

Não se admite, entretanto, que esse inconformismo se volte contra a pessoa do juiz, no âmbito administrativo-disciplinar, na medida em que este somente se mostra passível de ser acionado quando os limites da decisão são extrapolados, apresentando-se como verdadeiro ato não-jurisdicional tomado no ambiente jurisdicional. Neste caso, não se trata puramente de uma decisão judicial, mas de algo que se disfarça de sentença ou despacho ou qualquer outro ato privativo do juiz. Da mesma forma e de um modo geral, a pessoa do juiz não dará motivo a qualquer inconformismo. Se o juiz gosta ou não disso ou daquilo não representa em princípio qualquer relevância para o conteúdo da decisão que profere. Exceção será o uso da jurisdição movido por motivação de ordem externa ao processo, demonstrado que agiu tomado por sentimentos outros que não a interpretação e aplicação da lei.

Expostas estas premissas, analisa-se o caso concreto.

Até onde se vê das representações em análise, o grosso de seus argumentos trata unicamente de assunto de índole estritamente jurisdicional.

Não se vislumbra nos atos mencionados qualquer intencionalidade por parte do magistrado representado de motivação além do legítimo exercício jurisdicional. Pode-se,

claro, discordar de seu conteúdo, inclusive com a manifesta expressão de que seria outra a solução mais acertada para o caso. No entanto, isso é mera opinião, sem qualquer significado para a eficácia do que foi decidido. Esta, como informado aliás, encontra-se sob o crivo do STF, descabendo nesta seara qualquer juízo de valor sobre a interpretação legal levada a efeito. Por outro lado, não se pode dizer que tenham causado grave comoção ou infringido a regra do sigilo profissional. Como observa Nagib Slaibi Filho,

Em duas breves disposições (artigos 27 e 28), tratou o Código de Ética da Magistratura, do sigilo profissional, matéria de suma seriedade, que envolve o dever de reserva, que deve observar o magistrado, na vida pública e privada, a respeito de dados e fatos pessoais, de que haja tomado conhecimento no exercício de suas funções, com a advertência sobre a necessidade de ser mantido sigilo, inclusive nos órgãos colegiados, sobre votos que ainda não tenham sido proferidos em processos pendentes de julgamento.

A propósito dessa última advertência, perfeita é a recomendação, feita no Código, de que mantenha, sempre, o juiz, reserva a respeito das decisões que ainda não haja proferido, tendo presente o risco de que, a publicidade antecipada, com o vazamento de informações, possa vir a inviabilizar certas decisões.

Publicidade a uma decisão, portando, só pode ser dada depois de ter sido ela proferida.

Conhecimento antecipado jamais.

E explicita o mesmo autor ainda que o inciso IX do art. 93 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004, ao dispor, no capítulo dedicado ao Poder Judiciário, sobre o princípio da publicidade dos atos judiciais, ressaltou a possibilidade da realização, em certos, casos, daqueles atos, em segredo de justiça, quando houver necessidade da "preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo", e, dito sigilo "não prejudique o interesse público à informação". (Código de Ética da Magistratura Breves apreciações sobre alguns de seus capítulos <http://www.nagib.net/index.php/variedades/artigos/constadminteori/865-codigo-de-etica-da-magistratura-breves-apreciacoes-sobre-alguns-de-seus-capitulos-2>). Logo, vê-se que o invocado direito à intimidade e ao sigilo dos atos processuais (cujo escopo inclusive é outro do que aquele aqui defendido, como se extrai da transcrição acima) não é absoluto e assim não pode por si só inculpar os atos exarados pelo representado como contrários à conduta funcional imposta ao magistrado, uma vez que na hipótese pode se visualizar instalado um conflito de normas aparentemente contrapostas. A solução deste conflito, por óbvio, não cabe a este órgão, uma vez que claramente inserida no contexto do exercício jurisdicional. Como o próprio representado afirma em suas respostas: *Como consignei expressamente nas informações encaminhadas aquela Corte, o levantamento do sigilo teve por pressuposto a competência deste Juízo e a necessidade de preservar a integridade da Justiça considerando o teor dos diálogos interceptados. A afirmação de que eles teriam natureza exclusivamente privada não corresponde à realidade, bastando a mera leitura.*

Em suma, o controle disciplinar invocado pelos peticionantes mostra-se impróprio no caso concreto, pois, repita-se, não se vislumbra nenhum ato que extrapole o âmbito do exercício da função jurisdicional.

A denominada operação Lava Jato ramificou-se em dezenas de operações policiais que redundaram em outras tantas ações penais, envolvendo, umas e outras, dezenas de investigados e réus acusados pela prática de crimes de corrupção e financeiros, entre outros, com enorme repercussão nacional, como é sabido, por abarcar membros da classe política (de variados partidos), grandes empresários, lobistas, etc., e também por, aparentemente, desnudar grandes esquemas de corrupção e financiamento partidário ilegal perpetrados desde há muito tempo, tudo a propiciar intensos debates, inclusive sobre a viabilidade de manutenção do nosso sistema presidencialista de governo alicerçado em apoio parlamentar multipartidário.

No bojo de tais operações e ações foram praticados inúmeros atos e tomadas inúmeras decisões, muitas delas complexas e difíceis, parte das quais sendo debatidas em âmbito nacional, e não só no meio jurídico, como se sabe. Neste contexto, é natural e salutar

que haja contestações sobre algumas delas e sobre o alcance, limites, eficácia e constitucionalidade de vários institutos, bastando para exemplificar, os debates havidos sobre o alcance das delações premiadas, a constitucionalidade das conduções coercitivas para depoimento de investigados e a interceptação e divulgação de comunicações telefônicas. É salutar, repito, e mesmo imprescindível que o debate jurídico continue e se intensifique para o aprimoramento dos institutos jurídicos e, ao fim e ao cabo, das nossas instituições e do nosso Estado Democrático de Direito. Importante, igualmente, que os Tribunais, especialmente o Supremo Tribunal Federal, estipulem as balizas constitucionais dos institutos referidos (delação premiada, condução coercitiva, interceptação e divulgação de comunicações, etc.), de forma a assentar a necessária segurança jurídica sobre tais temas. O que não me parece legítimo, por outro lado, é a interferência dos órgãos disciplinares dos Tribunais na atividade eminentemente jurisdicional desenvolvida por seus magistrados (salvo as exceções acima mencionadas), pois, se o fizessem, viriam a limitar sobremaneira a liberdade de decisão dos juízes, podendo com isso acarretar, em situações extremas, a punição do juiz que não segue a mesma linha de pensamento do Tribunal, o que significaria a imposição de um pensamento jurídico único com implicações nefastas não só à importante missão do Poder Judiciário, mas, sobretudo, ao desenvolvimento do nosso próprio Estado Democrático de Direito. Não é por outro motivo, por certo, que, ao reformarem decisões de juízes de primeiro grau mesmo em casos de reconhecimento de ilegalidades (relaxamento de prisão ilegal, por exemplo), os Tribunais não encaminham às suas Corregedorias expedientes disciplinares contra os juízes prolatadores daquelas decisões. A esfera de liberdade do juiz ao prolatar suas decisões (salvo as exceções mencionadas) deve ser protegida de interferências tanto externas quanto do próprio Judiciário, garantindo-se, com isso, a defesa da cidadania, dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária. E se o juiz não fizer isso, mesmo garantida sua autonomia, os instrumentos jurídicos disponíveis são os recursos judiciais e o debate jurisdicional no âmbito do próprio processo.

Reconhece-se que a questão envolve matéria sensível e que provocou clamores de toda ordem. Tanto é assim que nenhum dos peticionantes foi pessoalmente atingido pelos atos. Defendem aqui em estrito senso o direito de terceiros. Em *lato sensu*, alega-se a defesa de um direito mais amplo, envolvido com a liberdade e com a ordem pública.

No entanto, como já dito, a matéria encontra-se profundamente judicializada. Consoante os termos da informação trazida aos autos pelo representado e que foi encaminhada ao Exmo. Sr. Ministro Teori Zavascki Relator da Medida Cautelar da Reclamação 23.457, verifica-se a plêiade de fundamentos de ordem jurídica e jurisdicional que nortearam as decisões ora atribuídas como motivadoras de censura disciplinar. Apenas a título exemplificativo, transcreve-se as seguintes passagens:

O levantamento do sigilo não teve por objetivo gerar fato politicopartidário, polêmicas ou conflitos, algo estranho à função jurisdicional, mas, atendendo ao requerimento do MPF, dar publicidade ao processo e especialmente a condutas relevantes do ponto de vista jurídico e criminal do investigado do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva que podem eventualmente caracterizar obstrução à Justiça ou tentativas de obstrução à Justiça (art. 2º, §1º, da Lei nº 12.850/2013). O propósito não foi político-partidário, mas sim, além do cumprimento das normas constitucionais da publicidade dos processos e da atividade da Administração Públicas (art. 5º, LX, art. 37, caput, e art. 93, IX, da Constituição Federal), prevenir obstruções ao funcionamento da Justiça e à integridade do sistema judicial frente a interferências indevidas. Isso foi colocado de maneira expressa na decisão de 16/03/2016: "Não havendo mais necessidade do sigilo, levanto a medida a fim de propiciar a ampla defesa e publicidade. Como tenho decidido em todos os casos semelhantes da assim denominada Operação LavaJato, tratando o processo de apuração de possíveis crimes contra a Administração Pública, o interesse público e a previsão constitucional de publicidade dos processos (art. 5º, LX, e art. 93, IX, da Constituição Federal) impedem a imposição da continuidade de sigilo sobre autos. O levantamento propiciará assim não só o exercício da ampla defesa pelos investigados, mas também o saudável escrutínio público sobre a atuação da Administração Pública e da própria

Justiça criminal. A democracia em uma sociedade livre exige que os governados saibam o que fazem os governantes, mesmo quando estes buscam agir protegidos pelas sombras. Isso é ainda mais relevante em um cenário de aparentes tentativas de obstrução à justiça, como reconhecido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, ao decretar a prisão cautelar do Senador da República Delcídio do Amaral Gomez, do Partido dos Trabalhadores, e líder do Governo no Senado, quando buscava impedir que o ex-Diretor da Petrobrás Nestor Cúñat Cerveró, preso e condenado por este Juízo, colaborasse com a Justiça, especificamente com o Procurador Geral de Justiça e com o próprio Supremo Tribunal Federal. Não muda esse quadro o fato da prova ser resultante de interceptação telefônica. Sigilo absoluto sobre esta deve ser mantido em relação a diálogos de conteúdo pessoal inadvertidamente interceptados, preservando-se a intimidade, mas jamais, à luz do art. 5º, LX, e art. 93, IX, da Constituição Federal, sobre diálogos relevantes para investigação de supostos crimes contra a Administração Pública. Nos termos da Constituição, não há qualquer defesa de intimidade ou interesse social que justifique a manutenção do sigilo em relação a elementos probatórios relacionados à investigação de crimes contra a Administração Pública." Observo que, como também consignado na segunda decisão de 16/03/2016, é praxe deste Juízo levantar o sigilo sobre interceptações telefônicas após o encerramento da diligência, a fim de garantir o contraditório e a publicidade do processo, inclusive em relação a diálogos interceptados relevantes para a investigação criminal. Nisso, não se discrepa da praxe de outros julgadores e, em princípio, do próprio Egrégio Supremo Tribunal Federal, como, v.g., verifica-se, salvo melhor juízo, na decisão de 06/10/2014, desta Egrégia Suprema Corte no Inquérito 3846, levantando sigilo sobre autos de interceptação após o encerramento da diligência (...)

Cumprido melhor explicar. Certamente o Juízo havia reparado no diálogo já ao proferir o despacho de 16/03/2016 (evento 135). Mas, sinceramente, não havia atinado para o horário da interceptação, o que motivou o novo despacho de 17/03/2016 para esclarecer o ocorrido e determinar a conservação do diálogo nos autos sem prejuízo de eventual diferente deliberação do Supremo Tribunal Federal. Quanto ao conteúdo, da mesma forma que os demais, entendeu este julgador que ele tinha relevância jurídico-criminal para o ex-Presidente, já que presente a apuração se a aceitação por ele do cargo de Ministro Chefe da Casa Civil teria por objetivo obter proteção jurídica contra as investigações. Considerando que a investigação tinha por foco condutas supostamente criminais do ex-Presidente e o conteúdo, na perspectiva criminal, juridicamente relevante do diálogo para ele, entendi que não haveria óbice na interceptação e no levantamento do sigilo. No momento, de fato, não percebidos eventuais e possíveis reflexos para a própria Exma. Presidenta da República. A referência que fiz ao conhecido precedente US v. Nixon, de 1974, foi apenas o de destacar o cerne daquele julgado, de que nem mesmo o supremo mandatário da República tem um privilégio absoluto no resguardo de suas comunicações, aqui colhidas apenas fortuitamente. Não teve a intenção de invocá-lo para defender o levantamento do sigilo, o que havia sido objeto da decisão anterior, ou de afirmar que o diálogo poderia ser relevante para fins do processo de impeachment, questão estranha ao processo. Não tem este Juízo qualquer dúvida de que somente o Egrégio Supremo Tribunal Federal pode autorizar investigação criminal em relação à pessoa exercente do cargo de Presidente da República e que igualmente, colhido fortuitamente diálogo da espécie, com conteúdo jurídico criminal relevante para o exercente do cargo de Presidente da República, o processo deve ser remetido imediatamente ao Supremo Tribunal Federal, a quem cabe decidir ou não pelo prosseguimento das investigações, com ou sem sigilo. Entretanto, no caso, o foco da investigação era o ex-Presidente da República, então destituído de foro por prerrogativa de função e, embora o referido diálogo no contexto de obstrução fosse juridicamente relevante para ele, não parece que era tão óbvio assim que também poderia ser relevante juridicamente para a Exma. Presidenta da República. Rigorosamente, a Exma. Sra. Presidenta da República negou, publicamente, o caráter ilícito do diálogo. Se é assim, se o referido diálogo não tinha conteúdo jurídico-criminal relevante para a Exma. Sra. Presidenta da República, então não havia causa para, em 16/03, determinar a competência do Supremo Tribunal Federal, o que só ocorreria com a posse do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva no cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, então marcada para 22/03/2016, depois antecipada para 17/03/2016. (...)

Enfim, o entendimento deste Juízo foi motivado pela avaliação da relevância jurídico criminal dos diálogos interceptados para o ex-Presidente e associados sem foro por prerrogativa de função e que, portanto, não estavam protegidos pelo direito à privacidade, pela então avaliação de que não haviam sido identificadas condutas criminais dos interlocutores do ex-Presidente que possuíam foro por prerrogativa de função, e pela compreensão de que a publicidade era a melhor maneira de prevenir novas condutas ou tentativas de obstrução ou intimidação da Justiça, que a competência, antes da posse dele como Ministro ainda era deste Juízo, e, por último, que a Justiça e o interesse público seriam melhor servidos com a publicidade do processo e não com a imposição de sigilo sobre o ocorrido, seguindo-se ademais a praxe

deste Juízo em casos semelhantes. Ainda que este julgador tenha se equivocado em seu entendimento jurídico e admito, à luz da controvérsia então instaurada que isso pode ter ocorrido, jamais, porém, foi a intenção desse julgador, ao proferir a aludida decisão de 16/03, provocar polêmicas, conflitos ou provocar constrangimentos, e, por eles, renovo minhas respeitadas escusas a este Egrégio Supremo Tribunal Federal. Observo que este julgador, apesar de todas as dificuldades envolvidas nesses processos do esquema criminoso da Petrobrás, tem, em seu entendimento, agido, em geral, com cautela e prudência. Mesmo no caso envolvendo o ex-Presidente, apesar de todo esse contexto acima exposto, de aparente intimidação, obstrução e tentativas de influenciar indevidamente magistrados, e não obstante toda a especulação a respeito, não havia sequer qualquer pedido de decretação de prisão cautelar do MPF contra o investigado, o que significa que medida drástica sequer estava em cogitação por parte deste Juízo. Finalmente, aproveitando o ensejo, lamento toda e qualquer crítica ou manifestação contrária à r. decisão liminar de V.Ex.ª no presente caso, que sempre obrou, tomo a liberdade de dizer aqui, já que inexistente outro meio de comunicação, com a máxima seriedade e técnica nos processos judiciais, inclusive nos atinentes ao esquema criminoso que vitimou a Petrobrás, merecendo reprovação quaisquer atentados à independência judicial contra esta Egrégia Suprema Corte. Era o que tinha a informar. Fico à disposição para eventuais esclarecimentos.

Da simples leitura destes excertos, fica evidente descaber a esta Corregedoria Regional imiscuir-se em tal discussão.

Com efeito, a Corregedoria Regional é o órgão encarregado da fiscalização, disciplina e orientação administrativa da Justiça Federal de Primeira Instância e das Turmas Recursais da 4ª Região (artigo 1º do Provimento n. 17, de 15-03-2013), e os fatos noticiados no presente expediente não ensejam atuação correccional, uma vez que não demonstrado qualquer indicio de violação aos deveres elencados na LOMAN (artigo 35) ou daqueles estatuídos no Código de Ética da Magistratura Nacional.

Embora os peticionários tenham apresentado críticas à atuação do magistrado em questão, não trouxeram qualquer prova de que sua atuação pudesse configurar, sequer em tese, falta disciplinar, não ensejando, pois, qualquer medida a ser tomada por esta Corregedoria. O Conselho Nacional de Justiça, na Reclamação Disciplinar n. 0004654-69.2014.4.00.0000, julgada em 10-03-2015, cujo voto é da Relatoria da Ministra-Corregedora Nancy Andri ghi, já se pronunciou no sentido de que *eventuais irregularidades processuais ou constitucionais cometidas dentro de um processo judicial, não têm o condão de indicar conduta de magistrados passível de sanção disciplinar, e têm seus próprios meios de saneamento, com os recursos disponíveis pelo diploma processual brasileiro ou mesmo por meio de exceções.*

Veja-se o teor do acórdão acima referido:

RECURSO ADMINISTRATIVO. RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR. DISCUSSÃO DE MATÉRIA JURISDICIONAL, QUE REFOGE AO ÂMBITO DE ATUAÇÃO DA CORREGEDORIA. AUSÊNCIA DE PROVAS DE DOLO OU GRAVE DESÍDIA. RECURSO DESPROVIDO.

- 1. Reclamação Disciplinar distribuída ao Gabinete da Corregedoria Nacional de Justiça em 05.08.2014.*
- 2. Cinge-se a controvérsia em apurar eventual prolação de decisões em desacordo com as normas legais e contrárias aos princípios basilares do Direito.*
- 3. Alegação de irregularidades processuais que causaram grave prejuízo a recorrente. Matéria de cunho jurisdicional. Inteligência do § 4º do art. 103 - B da Constituição Federal.*
- 4. Ausência de comprovação de conduta dolosa ou gravemente desidiosa do recorrido.*
- 5. Recurso administrativo desprovido.*

Não restando evidenciado que o magistrado agiu com dolo, fraude, ou grave desídia, não há motivo para cogitar-se da aplicação de sanção disciplinar.

Ademais, as questões ora abordadas encontram-se intensamente judicializadas na mais alta Corte do país, como se verifica tanto pelos Mandados de

Segurança n. 34070 e 34071, da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, quanto pela Reclamação n. 23457, da Relatoria do Ministro Teori Zavascki.

Impõe-se, pois, o arquivamento das presentes reclamações, nos termos do art. 11, inc. I, da Consolidação da Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região.

Cientifiquem-se o magistrado e os reclamantes.

Comunique-se a Corregedoria Nacional de Justiça, a teor do art. 9º, § 3º, da Resolução n. 135 de 2011, do CNJ.

Após, conclua-se na unidade.



Documento assinado eletronicamente por **Celso Kipper, Corregedor Regional da Justiça Federal da 4ª Região**, em 10/06/2016, às 14:13, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php> informando o código verificador **3077108** e o código CRC **BE19412C**.

ANEXO II – RELATÓRIO

31/01/2022 14:22

Relatorio_e_Voto_3221126_Relatorio_e_Voto_8527569 (1).html

P.A. CORTE ESPECIAL Nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS

RELATOR : Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI

INTERESSADO : CORREGEDORIA REGIONAL DA JUSTIÇA FEDERAL DA 4ª REGIÃO

RELATÓRIO

Trata-se de recurso dos advogados **Gomercindo Lins Coitinho e Outros** contra **decisão do Corregedor-Regional da Justiça Federal da 4ª Região**, no que determinou o arquivamento da representação apresentada pelos recorrentes visando: **(I)** à instauração de processo administrativo disciplinar contra o **juiz federal Sérgio Fernando Moro**, conforme previsto nos artigos 402 e seguintes do Regimento Interno do TRF da 4ª Região, **(II)** ao afastamento cautelar do mesmo magistrado até a decisão final do processo disciplinar, com base no artigo 405 do Regimento Interno do TRF da 4ª Região, **(III)** à imposição de medidas disciplinares cabíveis por violação ao artigo 35, I, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC nº 35, de 1979) e aos artigos 25 e 12 do Código de Ética da Magistratura Nacional, **(IV)** à averiguação de ocorrência de infração ao disposto na Resolução 59 do Conselho Nacional de Justiça, **(V)** ao envio de cópia da representação à Corregedoria Nacional de Justiça, à vista do disposto no artigo 19 da Resolução nº 59 do mesmo órgão, **(VI)** ao envio de cópia da representação à autoridade competente para a investigação sobre cometimento do crime do artigo 325 do Código Penal, **(VII)** à publicação de atos decisórios com fundamentação clara, explícita e congruente, conforme o artigo 50 da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784, de 1999).

Por meio da referida representação, os ora requerentes questionam, em síntese,

...a adequação às disposições do Estatuto da Magistratura e do Código de Ética dos Magistrados das decisões proferidas nos autos do expediente judicial [pedido de interceptação telefônica no âmbito da chamada 'Operação Lava-Jato'] pelo Juiz Federal Sérgio Moro, especialmente i) a manutenção nos autos de áudio de comunicação telefônica interceptada sem ordem judicial - porque ocorrida posteriormente à determinação de interrupção da medida investigatória ; ii) a manutenção nos autos de áudios cujos conteúdos mostram-se totalmente desvinculados do objeto da investigação, não havendo qualquer ligação, sequer reflexa, com as supostas práticas criminosas investigadas; iii) o levantamento do sigilo judicial dos expedientes, o que resultou na ampla e imediata divulgação dos áudios - inclusive daquele gravado sem ordem judicial e assim esmo mantido nos autos - nos veículos de comunicação social, os quais, como se pode perceber da escuta dos diálogos, em nada se relacionam com o objeto da investigação (representação, páginas 9, final e 10, início).

A decisão recorrida, por seu turno, após longa fundamentação, conclui:

Não restando evidenciado que o magistrado agiu com dolo, fraude, ou grave desídia, não há motivo para cogitar-se da aplicação de sanção disciplinar.

Ademais, as questões ora abordadas encontram-se intensamente judicializadas na mais alta Corte do país, como se verifica tanto pelos Mandados de Segurança n. 34070 e 34071, da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, quanto pela Reclamação n. 23457, da Relatoria do Ministro Teori Zavascki.

Impõe-se, pois, o arquivamento das presentes reclamações, nos termos do art. 11, inc. I, da Consolidação da Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região.

Certifiquem-se o magistrado e os reclamantes.

Comunique-se a Corregedoria Nacional de Justiça, a teor do art. 9º, §3º, da Resolução n. 135 de 2011, do CNJ (decisão recorrida, páginas 7, final e 8, início).

VOTO

Os fatos que fundamentam a representação dos recorrentes já foram apreciados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos da **Reclamação (Rcl) nº 23.457**, rel. Min. Teori Zavascki, julgamento em 13-06-2016. Ali, o magistrado ora representado assim se explica:

Diante da controvérsia decorrente do levantamento do sigilo e da r. decisão de V. Ex.ª, compreendo que o entendimento então adotado possa ser considerado incorreto, ou mesmo sendo correto, possa ter trazido polêmicas e constrangimentos desnecessários. Jamais foi a intenção desse julgador, ao proferir a aludida decisão de 16/03, provocar tais efeitos e, por eles, solicito desde logo respeitosa escusas a este Egrégio Supremo Tribunal Federal.

O levantamento do sigilo não teve por objetivo gerar fato político-partidário, polêmicas ou conflitos, algo estranho à função jurisdicional, mas, atendendo ao requerimento do MPF, dar publicidade ao processo e especialmente a condutas relevantes do ponto de vista jurídico e criminal do investigado do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva que podem eventualmente caracterizar obstrução à Justiça ou tentativas de obstrução à Justiça (art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013).

[...]

Nessa linha, também se encontra o diálogo controvertido, de 16/03/2016, entre o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e a Exma. Presidenta da República Dilma Rousseff.

Tal diálogo foi juntado pela autoridade policial no evento 133 e foi interceptado após este Juízo ter determinado o encerramento das interceptações, mas antes da efetivação da medida pelas operadoras.

Foi colhido mediante interceptação do assessor de nome Moraes do ex-Presidente e a sua apreensão foi algo muito fortuito.

[...]

Quanto ao conteúdo, da mesma forma que os demais, entendeu este julgador que ele tinha relevância jurídico-criminal para o ex-Presidente, já que presente a apuração se a aceitação por ele do cargo de Ministro Chefe da Casa Civil teria por objetivo obter proteção jurídica contra as investigações.

Considerando que a investigação tinha por foco condutas supostamente criminais do ex-Presidente e o conteúdo, na perspectiva criminal, juridicamente relevante do diálogo para ele, entendi que não haveria óbice na interceptação e no levantamento do sigilo.

No momento, de fato, não percebidos eventuais e possíveis reflexos para a própria Exma. Presidenta da República.

Por seu turno, o relator da Reclamação entendeu que

... a divulgação pública das conversações telefônicas interceptadas, nas circunstâncias em que ocorreu, comprometeu o direito fundamental à garantia de sigilo, que tem assento constitucional. O art. 5º, XII, da Constituição somente permite a interceptação de conversações telefônicas em situações excepcionais, 'por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal'. Há, portanto, quanto a essa garantia, o que a jurisprudência do STF denomina reserva legal qualificada.

A lei de regência (Lei 9.269/1996), além de vedar expressamente a divulgação de qualquer conversação interceptada (art. 8º), determina a inutilização das gravações que não interessem à investigação criminal (art. 9º). Não há como conceber, portanto, a divulgação pública das

conversações do modo como se operou, especialmente daquelas que sequer têm relação com o objeto da investigação criminal. Contra essa ordenação expressa, que - repita-se, tem fundamento de validade constitucional - é descabida a invocação do interesse público da divulgação ou a condição de pessoas públicas dos interlocutores atingidos, como se essas autoridades, ou seus interlocutores, estivessem plenamente desprotegidas em sua intimidade e privacidade.

Não vislumbrou o relator da Reclamação, contudo, indícios de infração administrativa ou penal por parte do magistrado representado, caso contrário teria determinado o encaminhamento de peças ao Ministério Público (CPP, art. 40) e/ou aos órgãos correicionais competentes (CNJ, CJF, TRF da 4ª Região).

De qualquer sorte, impõe-se a este Tribunal, no exercício de sua competência correicional, apreciar o mérito da representação.

Pois bem, os representantes imputam ao magistrado representado haver infringido o art. 35, I, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional e os artigos 25 e 12 do Código de Ética da Magistratura Nacional, ao descumprir os artigos 8º e 9º da Lei nº 9.296, de 1996, e o artigo 17 da Resolução CNJ nº 59, de 09-09-2008: *in verbis*:

Lei Orgânica da Magistratura Nacional:

Art. 35 - São deveres do magistrado:

I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício;

Código de Ética da Magistratura Nacional:

Art. 25. Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às conseqüências que pode provocar.

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.

Lei nº 9.296, de 1996:

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Resolução CNJ nº 59, de 09 de setembro de 2008:

Art. 17. Não será permitido ao Magistrado e ao servidor fornecer quaisquer informações, direta ou indiretamente, a terceiros ou a órgão de comunicação social, de elementos sigilosos contidos em processos ou inquéritos regulamentados por esta Resolução, ou que tramitem em segredo de Justiça, sob pena de responsabilização nos termos da legislação pertinente. (Redação dada pela Resolução 217, de 16-02-2016).

§ 1º No caso de violação de sigilo de que trata o caput deste artigo, por integrantes do Poder Judiciário ou por membros de outras instituições, dentre as quais a polícia, o Ministério Público e a advocacia, o Magistrado responsável pelo deferimento da medida requisitará a imediata apuração dos fatos pelas autoridades competentes, sob pena de responsabilização. (incluído pela Resolução 217, de 16-02-2016).

§ 2º Decorrido prazo razoável, o Magistrado solicitará informações sobre o andamento das investigações. (incluído pela Resolução 217, de 16-02-2016))

De início, impõe-se advertir que essas regras jurídicas só podem ser corretamente interpretadas à luz dos fatos a que se ligam e de todo modo verificado que incidiram dentro do âmbito de *normalidade* por elas abrangido. É que a norma jurídica incide no plano da *normalidade*, não se aplicando a *situações excepcionais*, como bem explica o jurista Eros Roberto Grau:

A 'exceção' é o caso que não cabe no âmbito da 'normalidade' abrangida pela norma geral. A norma geral deixaria de ser geral se a contemplasse. Da 'exceção' não se encontra alusão no discurso da ordem jurídica vigente. Define-se como tal justamente por não ter sido descrita nos textos escritos que compõem essa ordem. É como se nesses textos de direito positivo não existissem palavras que tornassem viável sua descrição. Por isso dizemos que a 'exceção' está no direito, aunque que não se encontre nos textos normativos do direito positivo. Diante de situações como tais o juiz aplica a norma à exceção 'desaplicando-a', isto é, retirando-a da 'exceção' [Agamben 2002:25]. A 'exceção' é o fato que, em virtude de sua anormalidade, resulta não incidido por determinada norma. Norma que, em situação normal, o alcançaria (GRAU, E. R. Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6ª ed. refundida do Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 124-25).

Ora, é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada 'Operação Lava-Jato', sob a direção do magistrado representado, constituem *caso inédito* (*único, excepcional*) no direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá *situações inéditas*, que escaparão ao *regramento genérico*, destinado aos *casos comuns*. Assim, tendo o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas de investigados na referida operação servido para preservá-la das sucessivas e notórias tentativas de obstrução, por parte daqueles, garantindo-se assim a futura aplicação da lei penal, é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art. 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal. 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.

Parece-me, pois, incensurável a visão do magistrado representado - anterior à decisão do STF na Rcl nº 23.457 -, no sentido de que a publicidade das investigações tem sido o mais eficaz meio de garantir que não seja obstruído um conjunto, inédito na administração da justiça brasileira, de investigações e processos criminais - 'Operação Lava-Jato' -, voltados contra altos agentes públicos e poderes privados até hoje intocados.

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal já havia assentado que mesmo o *sigilo de correspondência*, a despeito de a Constituição garantir-lhe literalmente inviolabilidade absoluta (art. 5º, XII), não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas, sendo permitida sua violação em casos excepcionais, como aquele previsto no parágrafo único do artigo 41 da Lei de Execução penal, em relação à correspondência remetida pelos sentenciados (HC nº 70.814, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 24-06-1994). Por razões análogas, o *sigilo das comunicações telefônicas* - expressamente relativizado pela Constituição - não poderia favorecer condutas ilícitas de investigados, tendentes à obstrução das investigações criminais.

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 juizes 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.

Em tais condições, tenho que agiu com acerto a autoridade recorrida, ao determinar o arquivamento da representação, por não haver indícios de prática de infração disciplinar.

Ante o exposto, voto por **negar provimento** ao recurso.

Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI
Relator

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **8527569v23** e, se solicitado, do código CRC **6ABE0851**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a):	Rômulo Pizzolatti
Data e Hora:	25/08/2016 19:05

ANEXO III – VOTO VISTA

- - - - -

P.A. CORTE ESPECIAL Nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS

RELATOR : Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI

INTERESSADO : CORREGEDORIA REGIONAL DA JUSTIÇA FEDERAL DA 4A REGIÃO

VOTO-VISTA

Peço vênia para divergir do eminente Relator.

De início, entendo não ser adequada a invocação da teoria do estado de exceção, sustentada por Eros Roberto Grau tanto em sede doutrinária quanto em alguns votos no Supremo Tribunal Federal. A propósito do tema, bem observam os professores Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

*Em diversos votos proferidos no STF pelo Ministro Eros Grau, empregou-se a teoria do estado de exceção para justificar a não aplicação de regras constitucionais a casos em que, pelo seu texto, deveriam incidir; mas nos quais a presença de circunstâncias excepcionais justificariam o respectivo afastamento. Algumas dessas decisões poderiam ser explicadas por meio do recurso à ideia de equidade, ao invés da teoria do estado de exceção. Não nos parece apropriado (...) atribuir ao STF o 'poder soberano', no sentido de Carl Schmitt, de suspender a força de normas jurídicas para instaurar a exceção. Esta linha argumentativa, além de desnecessária, pode revelar-se perigosa, se manejada por quem não tenha os mesmos compromissos democráticos do Ministro Eros Grau (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. 1ª edição. p. 545-546).*

Vale dizer que o Poder Judiciário deve deferência aos dispositivos legais e constitucionais, sobretudo naquilo em que consagram direitos e garantias fundamentais. Sua não observância em domínio tão delicado como o Direito Penal, evocando a teoria do estado de exceção, pode ser temerária se feita por magistrado sem os mesmos compromissos democráticos do eminente Relator e dos demais membros desta Corte.

Pois bem. Compreendo que a **análise da deflagração ou não de processo de índole disciplinar** no caso passa por **dois momentos**. Num **primeiro momento**, cabe verificar se o **ato que constitui o cerne da representação - o levantamento de sigilo de conversas telefônicas interceptadas - foi legal ou ilegal**. Num **segundo momento**, se concluído que o ato foi ilegal, impõe-se apreciar se a **ilegalidade e as circunstâncias em que se deu são aptas à instauração de processo disciplinar**.

Inicialmente, pois, cabe assinalar o entendimento - a esta altura, acredito, amplamente consolidado - de que o magistrado incorreu em transgressão à literalidade da lei ao determinar o levantamento do sigilo de conversas captadas em interceptações telefônicas. No que aqui interessa, a Lei 9.296/1996 dispõe:

*Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, **preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas**.*

*Art. 9º A **gravação que não interessar à prova será inutilizada** por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada (grifei).*

Como se vê, a lei não autoriza - ao contrário, veda expressamente - a divulgação do teor de diálogos telefônicos interceptados. Ante o regramento explícito, não cabe evocar o interesse público ou a prevenção de obstrução à justiça como fundamentos para publicizar conversas captadas.

Na mesma esteira, também se descumpriu normativa do Conselho Nacional de Justiça, expressada na sua Resolução nº 59, que assim dispôs, em seu art. 17:

Art. 17. Não será permitido ao magistrado e ao servidor fornecer quaisquer informações, direta ou indiretamente, a terceiros ou a órgão de comunicação social, de elementos contidos em processos ou inquéritos sigilosos, sob pena de legislação nos termos da legislação pertinente.

Entre as razões da referida regulação pelo CNJ, está a '*imprescindibilidade de preservar o sigilo das investigações realizadas e colhidas, bem como a eficácia da instrução processual*', em apreço aos fundamentos da Lei 9.296/1996, em especial a obrigação de sigilo da diligência e o conteúdo das comunicações interceptadas, em consonância com o sistema de garantias processuais da Constituição Federal.

Diante de tal arcabouço legal e regulamentar, não vislumbro hipótese de relativização do sigilo, direito fundamental do cidadão inscrito na Carta Federal. Releva notar, além disso, que a drástica decisão de levantamento do sigilo foi prolatada sem oportunização de prévio contraditório, que, assim como o sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, XII), é direito com fundamento constitucional (art. 5º, LV).

O quadro torna-se ainda mais grave diante da informação de que parte das conversas divulgadas foi captada ilegalmente, após a ordem de interrupção da interceptação. Isso implicou a publicização de diálogo - interceptado ilegalmente, reitere-se - entre o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e a então Presidente Dilma Rousseff, com consequências sérias no cenário político brasileiro.

Cabe acentuar, ainda, que o levantamento do sigilo contemplou conversas que não guardam nenhuma relação com a investigação criminal, expondo à execração pública não apenas o investigado, mas também terceiras pessoas.

De mais a mais, a decisão emanou de juízo incompetente, porquanto constatados diálogos com pessoas detentoras de foro por prerrogativa de função, o que deveria ter ensejado a imediata remessa do feito ao Supremo Tribunal Federal, conforme reiterada orientação daquela Corte.

O próprio Supremo Tribunal Federal, na Reclamação 23.457, reconheceu a ilegalidade do ato de levantamento do sigilo. Confira-se trecho de decisão proferida pelo Ministro Teori Zavascki:

São relevantes os fundamentos que afirmam a ilegitimidade dessa decisão.

Em primeiro lugar, porque emitida por juízo que, no momento da sua prolação, era reconhecidamente incompetente para a causa, ante a constatação, já confirmada, do envolvimento de autoridades com prerrogativa de foro, inclusive a própria Presidente da República.

Em segundo lugar, porque a divulgação pública das conversações telefônicas interceptadas, nas circunstâncias em que ocorreu, comprometeu o direito fundamental à garantia de sigilo, que tem assento constitucional. O art. 5º, XII, da Constituição somente permite a interceptação de conversações telefônicas em situações excepcionais, 'por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal'. Há, portanto, quanto a essa garantia, o que a jurisprudência do STF denomina reserva legal qualificada.

A lei de regência (Lei 9.269/1996), além de vedar expressamente a divulgação de qualquer conversação interceptada (art. 8º), determina a inutilização das gravações que não interessem à investigação criminal (art. 9º). Não há como conceber, portanto, a divulgação pública das conversações do modo como se operou, especialmente daquelas que sequer têm relação com o objeto da investigação criminal. Contra essa ordenação expressa, que - repita-se, tem fundamento de validade constitucional - é descabida a invocação do interesse público da divulgação ou a condição de pessoas públicas dos interlocutores atingidos, como se essas autoridades, ou seus interlocutores, estivessem plenamente desprotegidas em sua intimidade e privacidade (Rcl 23457, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 13/06/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 15/06/2016 PUBLIC 16/06/2016).

O Ministro Teori Zavascki fez menção, ainda, a precedente do Supremo Tribunal Federal, demonstrando que aquela Corte já tinha orientação sobre o tema. Confira-se parte de decisão proferida pelo Ministro Sepúlveda Pertence, chancelada pelo plenário:

62. [A] garantia do sigilo das diversas modalidades técnicas de comunicação pessoal - objeto do art. 5º, XII - independe do conteúdo da mensagem transmitida e, por isso - diversamente do que têm afirmado autores de tomo, não tem o seu alcance limitado ao resguardo das esferas da intimidade ou da privacidade dos interlocutores.

(...)

64. Desse modo - diversamente do que sucede nas hipóteses normais de confronto entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade - no âmbito da proteção ao sigilo das comunicações, não há como emprestar peso relevante, na ponderação entre os direitos fundamentais colidentes, ao interesse público no conteúdo das mensagens veiculadas, nem à notoriedade ou ao protagonismo político ou social dos interlocutores (Pet 2702 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2002, DJ 19-09-2003 PP-00016EMENT VOL-02124-04 PP-00804).

Em suma, o ato de levantamento do sigilo de conversas telefônicas interceptadas encontra-se inquinado pelas seguintes ilegalidades: a) houve transgressão aos arts. 8º e 9º da Lei 9.296/1996 e ao seu fundamento constitucional (art. 5º, XII); b) não foi observado o prévio contraditório, com infração ao art. 5º, LV, da Constituição Federal; c) parte das conversas divulgadas foi captada ilegalmente, após a ordem de interrupção da interceptação; d) a decisão emanou de juízo incompetente.

Desse modo, assentada a ilegalidade do ato, cabe avaliar se ela é apta à deflagração de processo de índole disciplinar.

Com efeito, decisões proferidas em desacordo com a lei ou a Constituição não constituem, por si só, infração disciplinar, sob pena de amesquinhar-se a independência dos juízes, garantia que se reveste de alto significado num Estado Democrático de Direito. A propósito do tema, o Eminentíssimo Corregedor, Desembargador Federal Celso Kipper, anotou, em decisão proferida neste expediente:

Se um juiz decide de forma diferente do esperado ou por modo que não representa o pensamento de outros magistrados em casos assemelhados, isso não traduz uma conduta funcional ilícita. Aliás, o contrário disso revela afronta direta à própria essência daquilo que sustenta o exercício jurisdicional, assentado na ideia de independência do juiz para decidir, isento de qualquer possibilidade de influências externas.

Em outro trecho, o Eminentíssimo Corregedor bem sintetizou a situação excepcional em que ato jurisdicional de magistrado autoriza a instauração de processo disciplinar:

(...) este [o juiz] somente se mostra passível de ser acionado quando os limites da decisão são extrapolados, apresentando-se como verdadeiro ato não-jurisdicional tomado no ambiente

jurisdicional. Neste caso, não se trata puramente de uma decisão judicial, mas de algo que se disfarça de sentença ou despacho ou qualquer outro ato privativo do juiz. Da mesma forma e de um modo geral, a pessoa do juiz não dará motivo a qualquer inconformismo. Se o juiz gosta ou não disso ou daquilo não representa em princípio qualquer relevância para o conteúdo da decisão que profere. Exceção será o uso da jurisdição movido por motivação de ordem externa ao processo, demonstrado que agiu tomado por sentimentos outros que não a interpretação e aplicação da lei (grifei).

Pois bem. Na espécie, entendo que fatores externos ao processo e estranhos ao procedimento hermenêutico podem ter motivado a decisão de levantamento do sigilo de conversas telefônicas interceptadas. Observo, desde já, que essa hipótese, mesmo não sendo um juízo definitivo, decorre não só da ilegalidade praticada, mas de outros indicativos da atuação do magistrado. De qualquer modo, cuidando-se de decisão proferida em investigação inserida na denominada Operação Lava Jato, a qual possui alto significado no enfrentamento a delitos de corrupção, lavagem de dinheiro e outros graves crimes praticados em altas esferas políticas e econômicas do país, impõe-se, num esforço pela própria preservação da validade das decisões e medidas levadas a efeito na Operação, que mesmo as autoridades judiciais tenham seus atos submetidos a rigoroso escrutínio pelos órgãos correccionais.

No caso, um primeiro fator externo ao processo e estranho ao procedimento hermenêutico que pode ter motivado a decisão tem **natureza doutrinária**. Reitere-se que isso é uma hipótese, e não um juízo definitivo. Como é sabido, o magistrado Sérgio Fernando Moro tem forte produção doutrinária (o que é elogiável) e, entre suas teses, sustenta:

A publicidade conferida às investigações teve o efeito salutar de alertar os investigados em potencial sobre o aumento da massa de informações nas mãos dos magistrados, favorecendo novas confissões e colaborações. Mais importante garantiu o apoio da opinião pública às ações judiciais, impedindo que as figuras públicas investigadas obstruíssem o trabalho dos magistrados, o que, como de fato, foi tentado.

Há sempre o risco de lesão indevida à honra do investigado ou acusado. Cabe aqui, porém, o cuidado na desvelação de fatos relativos à investigação, e não a proibição abstrata de divulgação, pois a publicidade tem objetivos legítimos e que não podem ser alcançados por outros meios. As prisões, confissões e a publicidade conferida às informações obtidas geraram um círculo virtuoso, consistindo na única explicação possível para a magnitude dos resultados obtidos pela operação mani pulite (grifei). (MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação Mãos Limpas. Revista CEJ. Brasília, n. 26, p. 56-62, julho/setembro de 2004).

O magistrado, como se vê, defende posição contrária à proibição em abstrato da divulgação de dados colhidos em investigações. Todavia, essa tese, conquanto possa ser sustentada em sede doutrinária, não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio no tocante a conversas telefônicas interceptadas, cuja publicização é vedada expressamente pelos arts. 8º e 9º da Lei 9.296/1996

O debate doutrinário é saudável. Todavia, não pode, porém, converter em decisão judicial, com todos os drásticos efeitos que dela decorrem, uma tese que não encontra fundamento na legislação nacional. Ao assim agir deliberadamente, pode o magistrado ter transgredido o art. 35, I, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Outrossim, a tentativa de justificar os atos processuais com base na relevância excepcional do tema investigado na comentada operação, para submeter a atuação da Administração Pública e de seus agentes ao escrutínio público, também se afasta do objeto e objetivos da investigação criminal, mormente porque decisão judicial deve obediência aos preceitos legais, e não ao propósito de satisfazer a opinião pública.

Um segundo fator externo ao processo e estranho ao procedimento hermenêutico que pode ter motivado a decisão tem índole política. Mesmo sem juízo definitivo, posto que se está diante de elementos iniciais para abertura de procedimento disciplinar, entendo que seria precipitado descartar de plano a possibilidade de que o magistrado tenha agido instigado pelo contexto sócio-político da época em que proferida a decisão de levantamento do sigilo de conversas telefônicas interceptadas. São conhecidas as participações do magistrado em eventos públicos liderados pelo Sr. João Dória Junior, atual candidato à Prefeitura de São Paulo pelo PSDB e opositor notável ao governo da ex-Presidente Dilma Rousseff. Vale rememorar, ainda, que a decisão foi prolatada no dia 16 de março, três dias após grandes mobilizações populares e no mesmo dia em que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi nomeado para o cargo de Ministro da Casa Civil.

Além disso, a decisão, no quadro em que proferida, teve o condão de convulsionar a sociedade brasileira e suas disputas políticas. Aliás, no dia dos protestos contra o Governo da Ex-Presidente Dilma (13/03/2016), o próprio magistrado enviou carta pessoal à Rede Globo e postou nota no seu *blog*, manifestando ter ficado 'tocado' pelas manifestações da população e destacando ser *'importante que as autoridades eleitas e os partidos ouçam a voz das ruas'*. Ora, esse comportamento denota parcialidade, na medida em que se posiciona politicamente em manifestações contrários ao Governo Federal e, ao mesmo tempo, capta e divulga ilegalmente conversas telefônicas de autoridades estranhas à sua competência jurisdicional. **O Poder Judiciário, ao qual é própria a função de pacificar as relações sociais, converteu-se em catalizador de conflitos. Não é atributo do Poder Judiciário avaliar o relevo social e político de conversas captadas em interceptação e submetê-las ao escrutínio popular. Ao fazê-lo, o Judiciário abdica da imparcialidade, despe-se da toga e veste-se de militante político.**

Com efeito, o resultado da divulgação dos diálogos - possibilitada sobretudo pela retirada do segredo de Justiça dos autos - foi a submissão dos interlocutores a um escrutínio político e a uma indevida exposição da intimidade e privacidade. Mais ainda, quando em curso processo de impedimento da Presidenta da República, gerando efeitos políticos junto ao Legislativo que apreciava o seu afastamento. **Penso que não é esse o papel do Poder Judiciário, que deve, ao contrário, resguardar a intimidade e a dignidade das pessoas, velando pela imprescindível serenidade.**

Nesse sentido, o Estatuto da Magistratura prescreve que, dentre os deveres do magistrado, está o de *'cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e atos de ofício'* (art. 35, I, da LC nº 135/79). Em complemento, o Código de Ética da Magistratura Nacional assevera que é vedado ao juiz comportamentos que denotem favoritismos, predisposições a endossar a versão de uma das partes ou que expressem preconceitos, bem como que é dever atuar com cautela e atento às consequências dos seus atos decisórios:

Art. 8º. 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 tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição e preconceito.

(...)

Art. 25. Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento as consequências que pode provocar.

Essa disciplina, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, posiciona a imparcialidade e a serenidade do magistrado como atributo necessário e inseparável do exercício da jurisdição, em perfeita consonância com o preceito basilar do devido processo legal, integrante e estruturador do Estado Democrático de Direito, nos termos da nossa Constituição Federal.

Mais que o dever de imparcialidade e cautela do magistrado no exercício jurisdicional, a divulgação aos meios de comunicação (no caso, efetivada pela quebra do sigilo das conversas gravadas) também afronta o Código de Ética, visto que cumpre ao magistrado '*comportar-se de forma prudente e equitativa, e cuidar especificamente (...) para não sejam prejudicados direitos e interesses legítimos de partes e seus procuradores*' (art. 12, I).

Aliás, esse dever de cautela resta redobrado pelo destaque da Operação Lava Jato e pela repercussão que as mídias reproduzem na sociedade, mormente quando alguns magistrados e membros do Ministério Público se apresentam mais como atores globais e midiáticos, quando deveriam prezar pela discrição e serenidade em sua atuação. Exemplo mais recente de menosprezo aos preceitos basilares do processo penal foi a apresentação de denúncia contra o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva por Procuradores da República, acompanhada de apresentação em *Power Point* em rede nacional de TV e rádio.

Sobre esse aspecto, lapidar a lição de José Renato Nalini, em sua obra *Ética da Magistratura*:

A independência perante a opinião pública é conquista espinhosa nesta era. Dificultada por uma invasiva e intensa perseguição da imprensa, movida rumo a todos os protagonistas envolvidos, em relação a fatos para os quais ela assume para si e passa a desempenhar, com desenvoltura e alarde, todas as tarefas cometidas pelo sistema e outros foros. Não é raro - ao contrário, cada vez mais freqüente - a mídia investigar, indiciar, instruir, julgar e executar - quando não execrar presumível infrator -, sem qualquer das garantias constitucionais do devido processo legal. Inclemente em relação ao julgador que contrariar o seu prognóstico, a indústria da comunicação não raro consegue inibir a prática da mais adequada justiça concreta. Pois a tentação midiática não é perigo dos menores neste mundo da aparência narcisística e do espetáculo que não pode parar. (Ética da Magistratura. 3ª edição, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2012, p.84).

Por isso, todo o desvio do atuar jurisdicional do magistrado merece correição e a forma adequada e procedimental correta é promover a devida investigação, já que a condução do expediente judicial que autorizou a interceptação telefônica em apreço e sua posterior divulgação apresentam elementos que indicam afronta às previsões do Estatuto da Magistratura e do Código de Ética da Magistratura Nacional.

Enfim, no caso, pelo menos até esclarecimentos mais aprofundados, entendo que é duvidosa a imparcialidade do magistrado. Ademais, se o magistrado não teve o propósito de incursionar na disputa política, é fato que foi no mínimo negligente quanto às consequências político-sociais de sua decisão, que provocou forte comoção. Ao assim agir, pode ter ofendido os arts. 1º, 8º, 12 e 25 do Código de Ética da Magistratura.

Cabe, ainda, observar que o fato questionado neste feito não é o primeiro episódio controverso do ponto de vista disciplinar em que o magistrado se envolve. Em 2013, assim se manifestou o Supremo Tribunal Federal quanto a decisão do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro que, visando dar efetividade a prisão preventiva decretada, determinou o monitoramento dos voos dos advogados do réu:

*Processo Penal. Habeas Corpus. Suspeição de Magistrado. Conhecimento. A alegação de suspeição ou impedimento de magistrado pode ser examinada em sede de habeas corpus quando independente de dilação probatória. É possível verificar se o conjunto de decisões tomadas revela atuação parcial do magistrado neste habeas corpus, sem necessidade de produção de provas, o que inviabilizaria o writ. 2. Atos abusivos e reiteração de prisões. São inaceitáveis os comportamentos em que se vislumbra resistência ou inconformismo do magistrado, quando contrariado por decisão de instância superior. **Atua com inequívoco***

desserviço e desrespeito ao sistema jurisdicional e ao Estado de Direito o juiz que se irroga de autoridade ímpar, absolutista, acima da própria Justiça, conduzindo o processo ao seu livre arbítrio, bradando sua independência funcional. Revelam-se abusivas as reiterações de prisões desconstituídas por instâncias superiores e as medidas excessivas tomadas para sua efetivação, principalmente o monitoramento dos patronos da defesa, sendo passíveis inclusive de sanção administrativa. 3. Atos abusivos e suspeição. O conjunto de atos abusivos, no entanto, ainda que desfavorável ao paciente e devidamente desconstituído pelas instâncias superiores, não implica, necessariamente, parcialidade do magistrado. No caso, as decisões judiciais foram passíveis de controle e efetivamente revogadas, nas balizas do sistema. Apesar de censuráveis, elas não revelam interesse do juiz ou sua inimizade com a parte, não sendo hábeis para afastar o magistrado do processo. Determinada a remessa de cópia do acórdão à Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região e ao Conselho Nacional de Justiça. Ordem conhecida e denegada.

(HC 95518, Relator(a): Min. EROS GRAU, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-054 DIVULG 18-03-2014 PUBLIC 19-03-2014)(grifei)

De fato, não pode o Poder Judiciário assumir postura persecutória. O Poder Judiciário 'não é sócio do Ministério Público e, muito menos, membro da Polícia Federal', bem anotou o Ministro Gilmar Mendes no precedente citado. Não é sua atribuição, por exemplo, especialmente na fase investigatória, valorar a relevância social e penal de conversas telefônicas interceptadas e determinar o levantamento de seu sigilo. Daí porque soa incompatível com o sistema acusatório a posição revelada pelo magistrado Sérgio Fernando Moro em informações prestadas ao Supremo Tribunal Federal, às quais fez referência neste expediente. Confira-se trecho:

Em cognição sumária, o ex-Presidente contactou o atual Ministro da Fazenda buscando que este interferisse nas apurações que a Receita Federal, em auxílio às investigações na Operação Lavajato, realiza em relação ao Instituto Lula e a sua empresa de palestras. A intenção foi percebida, aparentemente, pelo Ministro da Fazenda que, além de ser evasivo, não se pronunciou acolhendo a referida solicitação.

O ex-Presidente, aparentemente, tentou obstruir as investigações atuando indevidamente, o que pode configurar crime de obstrução à Justiça (art. 2º, §1º, da Lei nº 12.850/2013). Mesmo sem eventual tipificação, condutas de obstrução à Justiça são juridicamente relevantes para o processo penal porque reclamam medidas processuais para coartá-las.

Assim, em princípio, não se pode afirmar que o referido diálogo interceptado não teria relevância jurídico-criminal. E se tem, não se pode afirmar que a divulgação afronta o direito à privacidade do ex-Presidente.

Na fase de investigação, a análise da relevância criminal de conversas captadas em interceptação, para o fim de possível propositura de ação penal pela prática de crime de obstrução de Justiça, é função exclusiva dos órgãos persecutórios. A atribuição do juiz na fase investigatória é, exclusivamente, a de tutela das liberdades públicas. Nesse sentido, afirmam Eugênio Pacelli e Douglas Fischer:

Em um sistema acusatório, em que o juiz deve ficar afastado da fase pré-processual, ressalvada a tutela das garantias públicas (inviolabilidades pessoais - busca e apreensão domiciliar, prisão etc.), deve-se também evitar quaisquer manifestações judiciais que impliquem o exercício de atividades tipicamente investigatórios e/ou acusatórias (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2015. 7. ed. p. 23).

Também reforça a necessidade de prosseguimento da investigação correcional do magistrado, para apuração de possíveis infringências às normas do Estatuto e ao Código de Ética da

Magistratura, o Procedimento de Investigação Criminal do Ministério Público em face do juiz Sérgio Fernando Moro que tramita na 4ª Seção desse Tribunal (5019052-83.2016.404.0000).

Em conclusão, além de possíveis infrações disciplinares, penso que o caso em exame pode revelar uma subversão do sistema acusatório, a exemplo dos fatos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal no HC 95.518, acima referido, envolvendo o mesmo magistrado.

Cabe registrar que se reconhece a importante contribuição da denominada Operação Lava Jato no combate à macrocriminalidade e a uma lógica perversa que historicamente contamina a República, envolvendo altas autoridades e setores abastados do país. Do mesmo modo, reconhece-se a dedicação do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. Isso, no entanto, não imuniza ninguém - autoridades da magistratura, do Ministério Público e policiais - de um escrutínio rigoroso de seus atos por órgãos correccionais. Ao contrário, o zelo pela validade de tão virtuosa Operação exige esse escrutínio.

É oportuno lembrar, uma vez mais, que as possíveis transgressões disciplinares aqui apontadas não são juízos definitivos e, portanto, merecem melhor apuração pelo devido processo disciplinar a ser instaurado. Aliás, é oportuno parafrasear o próprio juiz Sérgio Fernando Moro, que, na decisão de recebimento da denúncia contra o Ex-Presidente Lula, no dia 20 do corrente mês, alertou que nessa fase processual não há conclusões definitivas sobre as violações legais, visto que o *'juízo de admissibilidade da denúncia não significa juízo conclusivo quanto à presença de responsabilidade criminal'*, sendo que *'o processo é, portanto, uma oportunidade para ambas as partes'*. Desse modo, o que se pretende nessa fase é apenas dar continuidade ao processamento da apuração de eventual transgressão funcional do magistrado, permitindo sua ampla oportunidade de defesa e, ao mesmo tempo, a demonstração das infrações alegadas pelos representantes da 'acusação'.

Enfim, por visualizar, no caso, possíveis infrações ao art. 35, I, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional e aos arts. 1º, 8º, 12 e 25 do Código de Ética da Magistratura, entendo que é precipitado o arquivamento do expediente, **sendo o caso de instauração de processo administrativo disciplinar, nos termos do art. 26 e seguintes da Consolidação Normativa da Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região.**

Ante o exposto, voto por **dar parcial provimento ao recurso e determinar a instauração de processo administrativo disciplinar.**

Desembargador Federal ROGERIO FAVRETO

Documento eletrônico assinado por **Desembargador Federal ROGERIO FAVRETO**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **8601461v19** e, se solicitado, do código CRC **1C2748A7**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Rogerio Favreto
Data e Hora: 22/09/2016 12:45
