

UM CAFÉ ENTRE MORO E FERRAJOLI: A OPERAÇÃO LAVA-JATO VISTA SOB A PERSPECTIVA DO SISTEMA DE GARANTIAS

A COFFEE FOR MORO AND ANOTHER FOR FERRAJOLI: THE “LAVA-JATO” OPERATION SEEN UNDER THE SYSTEM OF GUARANTEES PERSPECTIVE

LUÍS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO*

ALEX DANIEL BARRETO FERREIRA**

RESUMO: Sob a perspectiva dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal brasileira e do sistema de garantias idealizado pelo jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli, o presente trabalho objetivou examinar o papel do magistrado na condução do processo penal que se pretenda hígido, racional e condizente com aquilo que se espera sob a égide de um substancial Estado Democrático de Direito. Para alcançar os fins pretendidos utilizou-se como pano de fundo a Operação Lava Jato, desencadeada pelos órgãos de justiça criminal no ano de 2014, e que é considerada a maior operação anticorrupção da história do país. Metodologicamente explorou-se a incursão do sistema de garantias no processo penal brasileiro e a promessa de efetivação do sistema acusatório penal em detrimento do sistema inquisitório. Na busca pelos resultados, o presente artigo explorou a questão temática da Operação Lava-Jato e a atuação específica do Juiz Sérgio Fernando Moro na instrução

ABSTRACT: From the perspective of the fundamental rights enshrined in the Brazilian Federal Constitution and the system of guarantees idealized by Luigi Ferrajoli, the present work aimed to examine the role of the magistrate in the conduct of the criminal process that is intended to be sound, rational and consistent with what is expected from a Democratic State of Law. In order to achieve the intended purposes, the criminal operation named “Operação Lava-Jato” (Operation Car Wash in English) triggered by the justice organs in the year 2014, was used as the background. Methodologically we explored the incursion of the system of guarantees in the Brazilian criminal process and the promise of effective criminal adversarial system to the detriment of the inquisitorial system. In the search for results, the present article explored the thematic issue of “Operação Lava-Jato” and the specific performance of Judge Sérgio Fernando Moro in the procedural instruction,

* Professor Adjunto da UERJ. Pós-doutor pelo Instituto de História e Teoria das Ideias da Universidade de Coimbra. Doutor pela UERJ, Mestre pela PUC-RJ. Professor Titular do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Tiradentes – UNIT. Desembargador aposentado do TJRJ. E-mail: gustavograndine@gmail.com.

** Aluno do Curso de Mestrado do Programa de Pós Graduação em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes/SE. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana. Bolsista CAPES/FAPITEC. E-mail: alexdbferreira@gmail.com.

processual, colocando-a como pauta de análise para verificação das hipóteses de respeito ou desrespeito ao sistema de garantias vislumbrado por Ferrajoli. Conclusivamente, pôde-se inferir que o modelo processual penal brasileiro persiste sendo conduzido sob os auspícios de um sistema acusatório aparente, hipótese confirmada a partir do incursionamento na atuação do Juiz Sérgio Fernando Moro, que a nosso ver perdeu, há muito, a imparcialidade objetiva e subjetiva e não poderia continuar à frente dos processos relacionados à Operação Lava-Jato.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema de Garantias. Equidistância do Magistrado. Operação Lava-Jato.

placing it as a standard of analysis to verify the hypotheses of respect or disrespect to the system of guarantees envisaged by Ferrajoli. Conclusively, it could be inferred that the Brazilian criminal procedural model persists being conducted under the auspices of an apparent adversarial system, a hypothesis confirmed from the incursion in the work of Judge Sérgio Fernando Moro, which in our view has long lost his impartiality and could not continue ahead of the processes related to “Operação Lava-Jato”

KEYWORDS: System of Guarantees. Adversarial System. Impartiality of Judges.

1 INTRODUÇÃO

Não há jogo possível se as suas regras não são conhecidas e, principalmente, respeitadas. No ordenamento jurídico brasileiro as “regras do jogo” processual penal obedecem ao texto da Constituição da República, e devem se ater a um complexo sistema de garantias afiançado pela figura do Juiz, personagem central do desenvolvimento do conflito. Princípios conhecidos, a exemplo daquele que trata da isonomia, jurisdicionalidade, ou ainda do princípio do juiz natural, estão na gênese do importante cânone da garantia da imparcialidade objetiva e subjetiva do julgador, afigurando-se preceito básico para condução do embate.

Embora atualmente a questão que trata da neutralidade do julgador seja merecedora de análises autônomas mais acuradas, especialmente se cotejada sob o ponto de vista da superação de uma lógica moderna cartesiana, e de outras abordagens jurídico-filosóficas que não contemplam necessariamente o objetivo do presente artigo, não se pode perder de vista que, mesmo ponderada toda a carga valorativa que é carregada pelo julgador, e que não pode ser desprezada; tê-lo próximo por demasiado de uma das partes, a ponto de tornar-se parcial, viola a lealdade do duelo, e torna de antemão conhecido o resultado do jogo.

Em matéria penal, é certo que a apreciação de determinadas e selecionadas condutas inspiram discursos e uma atuação mais ativa

do Poder Judiciário. As sentenças em sede criminal, portanto, na resposta para determinados ilícitos penais buscam o acolhimento do manto da prevenção especial, da satisfação social. Desde a migração do modelo inquisitivo para o sistema acusatório, o Poder Judiciário brasileiro, que ainda dá sinais de que não se adaptou ao novo sistema, ganhou um forte aliado - o Ministério Público, titular das ações penais de iniciativa pública.

No processamento dos agentes mais comumente submetidos à dinâmica do processo penal, a atuação das defensorias públicas, ou mesmo dos advogados constituídos, não permite esgarçar um cenário de mitigação da imparcialidade do Juiz, sendo em alguns casos naturalizada a relação estabelecida entre o órgão ministerial e o próprio Magistrado, muitas vezes sob o argumento de que a atuação diária permite-lhes uma maior aproximação do que aquela que se estabelece com a defesa, por exemplo.

A situação ganha novos contornos quando o cliente do sistema penal deixa de ser a figura estereotipada. No Brasil, a deflagração da Operação denominada “Lava Jato” impôs ao Poder Judiciário o processamento de políticos, empresários, empreiteiros, executivos, e outras figuras sociais que não estavam acostumadas com a ira do sistema penal. Demais disso, a politização da mencionada Operação provocou reações numa sociedade que historicamente poucas vezes assistiu às prisões de pessoas desta casta social, causando reações acaloradas, com verdadeira dose de furor.

O pioneirismo não tardou a heroicizar o Juiz responsável pela condução do caso, e indicar uma posição de destaque ao Ministério Público Federal, submetido à condição de parceiro do Magistrado na feitura da propalada Justiça. Na opinião pública, nenhum eco diferente daquilo que se previa, principalmente tendo em conta o desgaste da população com os recorrentes escândalos de corrupção que tomaram conta dos noticiários nas últimas décadas, mas que nem sempre foram perseguidos com tanto afincamento pelos órgãos de justiça criminal.

O contexto permite o enfraquecimento do discurso em prol da defesa dos direitos e garantias fundamentais, e polariza o debate, pondo em lados diametralmente opostos aqueles que concordam e desferem aplausos e aqueles que discordam da atuação do Poder

Judiciário e do Ministério Público Federal. Pergunta-se, então, qual o papel das defesas constituídas pelos réus da Operação Lava Jato, de que maneira são produzidas as provas processuais, e em que posição do jogo o Juiz do caso vem se colocando, se ao centro, ou mais próximo de um dos jogadores.

Desse modo, o presente artigo, ao encarar as peculiaridades dos processos que tramitam perante a 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de Curitiba, conduzidos pelo Juiz Sérgio Fernando Moro - figura e *práxis* contraposta ao pensamento garantista contido na obra do jusfilósofo Luigi Ferrajoli - não pretende encerrar um problema de natureza teórica, dever que se torna ainda mais árduo se considerada a densidade do tema, mas contrastar os dois modelos de pensamentos.

Para atender à proposição, aliás, é que o artigo traz no seu corpo um simulacro de diálogo travado entre as duas figuras representativas, de um lado o Magistrado Sérgio Fernando Moro, e de outro o jusfilósofo Luigi Ferrajoli, que nas linhas vindouras se encontrarão, de maneira fictícia, para apreciar um café que estimulará o diálogo entre as suas obras.

2 O SISTEMA DE GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: ENTRE A PROMESSA E A EFETIVAÇÃO.

Entender o funcionamento contemporâneo do sistema processual penal brasileiro requer mais do que uma análise conceitual dos próprios tipos conhecidos de sistema, quais sejam o sistema acusatório e inquisitivo. Sustentou Goldschmidt que a estrutura do processo penal de um país funciona como termômetro dos elementos democráticos ou autoritários da sua Constituição. Evidentemente ao debruçar-se, no ano de 1935, sobre o modelo constitucional de Weimar – no período em que se consolidava firmemente o Terceiro Reich – o jurista alemão tangenciou uma crítica ao próprio modelo de exceção que se instalava na Alemanha.

Sem analisar os períodos de transição democrática e feita a observação dos fatos no ano de 1935, quando ainda não era finda a experiência nazista, James Goldschmidt deixou de mencionar – porque ainda não eram conhecidos pelo autor - os processos de

neutralização das resistências morais e dos próprios textos constitucionais pelo Poder Judiciário, que em nome da guerra contra o inimigo e a partir do comprometimento subserviente aos demais poderes, em diversos regimes autoritários e no modelo totalitário nazista, relativizaram as garantias fundamentais a propósito de atuar no limite de provocar aquilo que entendia ser o mal necessário.

Principal ferramenta da transição brasileira para o proposto regime democrático, a Constituição Federal de 1988 irradiou para o centro do sistema jurídico brasileiro e ocupou espaços nos demais subsistemas, inclusive no Processo Penal. Demais disso, o fenômeno não parece ter dado conta de proporcionar substancialmente a defesa das garantias fundamentais, notadamente porque, ora o nível de comprometimento das instituições, e ora a intensidade da legitimação social propensa a aceitar uma intervenção do Estado penal, incompatível com a defesa das garantias fundamentais,¹ têm servido como óbice a efetividade de tais garantias.

Surge assim um paradoxo no modelo brasileiro. Muito embora a Carta Magna de 1988 traga uma expressão valorativa significativa instituída no desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais calcada na base da dignidade humana, não se observa na prática, sobretudo em matéria penal, que estas garantias sejam acatadas pelas instâncias jurídico-políticas.² A justificativa, segundo Agamben, pode residir na aproximação cada vez mais intensa do Estado de exceção como paradigma de governo na política contemporânea.³

No Estado brasileiro, a propósito, a designação do Ministério Público como única parte com legitimidade para conduzir a ação penal veio justamente com a Constituição de 1988. Apesar disso, como observam Moreira e Camargo restaram ao Magistrado poderes investigatórios para o Juiz que não guardam compati-

1 Retratamos aqui o comprometimento institucional das estruturas do Estado brasileiro que ainda vive uma inacabada transição democrática. Desde a queda do Regime militar, não há registro de depuração das instituições jurídico-políticas, o que acaba favorecendo a perenização de condutas autoritárias.

2 BARROSO, 2015, p.283.

3 AGAMBEN, 2004, p.9.

lidade com o Sistema Acusatório.⁴ O grande exemplo, no Estado brasileiro, está incrustado no art. 156 do CPP que trata da condução das provas, ressaltando que, embora caibam às partes, o Juiz poderá promovê-la para dirimir eventual dúvida que lhe tenha surgido no curso da instrução.

Prova de um legalismo autoritário ou não, mas por razões que são caras as necessidades de superação dos modelos autoritários, Luigi Ferrajoli metodiza, no plano teórico, um sistema que oriente a assegurar o grau mais elevado de racionalidade e confiabilidade do Juízo, limitando o poder punitivo contra as arbitrariedades e desvios do modelo penal— o sistema de garantias.⁵ Para o italiano, as garantias consistem nas técnicas criadas pelo ordenamento para reduzir a divergência estrutural entre normatividade e efetividade, e, portanto, para realizar a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

A distinção entre garantias e direitos fundamentais é pormenorizada por Grandinetti Castanho de Carvalho, que sustenta serem estas verdadeiras declarações da imprescindibilidade de um rol de situações jurídicas de vantagem que corresponderia a um núcleo mínimo de direitos necessários, enquanto aquelas seriam os mecanismos de proteção de tais direitos.⁶ Muito embora o mero processo constituinte não dê conta de tornar efetivo o sistema de garantias, segundo Ferrajoli, a adoção destes modelos, representa em algum sentido a opção ético-política do Estado em relação aos valores que pretende tutelar.

Trata-se de compreender o Direito, que representa a razão artificial da modernidade, caracterizando-o como ferramenta aplicável e simultaneamente um limite aos seus fins. O Estado e o próprio Direito, portanto, se complementariam, e o respeito aos direitos fundamentais, núcleo de legitimidade na vertente substancial, seria o seu grande imperativo. A construção do pensamento de Ferrajoli caminha no sentido de que não se pode reduzir a noção de demo-

4 MOREIRA; CAMARGO, 2016, p.73-91.

5 FERRAJOLI, 2010, p.38.

6 GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, 2014, p.48.

cracia à mera vontade da maioria (democracia formal), uma vez que deste jeito se deixaria de contemplar às expectativas próprias do processo de positivação, generalização, internacionalização e especificação dos direitos humanos.⁷

No cenário da modernidade, e diante da promessa à liberdade tão eloquentemente propagada por esse tempo, não é outro o comportamento que se espera do poder estatal. Impor limites, principalmente através da criação e efetivação de garantias fundamentais, é respeitar o sujeito humano, valor fonte de todo o Direito, e é igualmente acenar com o desejo de construir um genuíno Estado Democrático de Direito – contraposto às democracias meramente formais em que a violência prisional e a policial atingem o paroxismo em Estados como o Brasil, a ponto de reclamar uma reflexão sobre a sua real base democrática.

Com efeito, os modelos tendenciais de Estado apontados por Ferrajoli permite-nos concluir que o estabelecimento de práticas democráticas ou autoritárias podem estar diretamente relacionadas ao quanto o Estado decide se entrelaçar com a matriz de garantias dos direitos fundamentais. O descompasso entre normatividade e efetividade, para Ferrajoli, é retrato da falibilidade de um Estado em garantir a solidez do seu sistema de garantias, e é também sinal alarmante da sua possível desvinculação com a proposta de sufragar as garantias fundamentais. É que a mera existência de norma garantista, não reflete a consolidação do tal sistema de garantias.

Temos assim que a validade é termo igualmente debatido na obra de Ferrajoli. Para o italiano, ao contrário do que pensava Hans Kelsen ao desenvolver a teoria pura do direito, a validade da norma não está circunscrita apenas ao requisito de derivação, ou seja, a obediência às diretrizes formais previstas em regramento anterior e superior hierarquicamente. Para Ferrajoli, o sentido de validade da norma está relacionado também com o conteúdo. Significa dizer, então, que para Ferrajoli uma norma só poderá ser

7 Ainda ao discorrer sobre o tema, Ferrajoli visualiza a democracia formal e substancial como tipos distintos, explicando que a primeira é calcada na legitimidade obtida através da maioria, e a segunda, consubstancia-se no próprio contorno do Estado de Direito municiado de garantias específicas, tanto de ordem social quanto liberal (FERRAJOLI, 2010).

válida se respeitar materialmente a perspectiva ética prevista sob a égide dos direitos fundamentais.⁸ De outra maneira, se tratará de regramento que pode até ser considerado vigente, mas jamais válido.

Dito de outro modo, se um Estado opta politicamente pela edificação de um modelo Democrático, o fortalecimento de um sistema de garantias que, em âmbito processual penal, respeita o acusado, é premissa maior que sustenta a própria existência do Estado Democrático de Direito.

3 A EQUIDISTÂNCIA DO MAGISTRADO: SISTEMA ACUSATÓRIO OU DA SEPARAÇÃO ENTRE JUIZ E ACUSAÇÃO.

Ao mencionarmos as “regras do jogo” em linhas introdutórias, reservamos para desenvolver ao longo do presente tópico, o valor peculiar da frase para a distinção dos sistemas processuais penais. Com efeito, são justamente “as regras do jogo”, que diferenciam o sistema acusatório do sistema inquisitório. No sistema inquisitório, a busca é pela perseguição penal, pela realização do direito penal material, ou seja, a punição é o elemento central, pouco importando qual o custo do alcance do resultado. Desse modo, o juiz, cumprindo função de segurança pública, deve adotar medidas que soem compatíveis com o *munus* que exerce.

Em sua gênese, o discurso dos que defendem o sistema inquisitorial, está relacionado à sacralização da figura do Juiz, fiador da justiça social, e possível agente capaz de evitar a perpetração de injustiças, especialmente porque na conformação moderna, trata-se de um agente que exerce a função de julgar, que é divina.⁹ Em sentido oposto, ao sistema que prega a construção dialética do processo, reconhecendo a condição oprimida do réu diante da grandeza do Estado, dá-se o nome de sistema acusatório.¹⁰

8 FERRAJOLI, 2010, p.38.

9 GARAPÓN, 1997, p.27.

10 A literatura faz menção ainda a um chamado sistema misto, que seria um intermediário entre o sistema acusatório e o sistema inquisitório. Nesse sistema, a prova é colhida em uma fase inquisitorial, trazida para o processo sob o crivo do contraditório. Autores

Segundo Geraldo Prado se na estrutura inquisitória o juiz – acusa, na acusatória a existência de parte autônoma, encarregada da tarefa de acusar, funciona para deslocar o juiz para o centro do processo, cuidando de preservar a nota de imparcialidade.¹¹ Trata-se, portanto, de um processo de partes, em que se garante a defesa, o contraditório (paridade de armas), cabendo ao Juiz, sobreposto às partes, decidir afinal sobre a questão de fundo.

Jacinto Coutinho ao esboçar seu pensamento sobre o sistema acusatório, lembrou, retomando o jurista italiano Franco Cordero, que o distanciamento do magistrado da gestão da prova é salutar para a garantia da isenção no processo penal:

O mais importante, contudo, ao sistema acusatório – é bom que se diga desde logo –, é que da maneira como foi estruturado não deixa muito espaço para que o juiz desenvolva aquilo que Cordero, com razão, chamou de “quadro mental paranóico”, em face de não ser, por excelência, o gestor da prova pois, quando o é, tem, quase que por definição, a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório para confirmar a “sua” versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade na crença do imaginário, ao qual toma como verdadeiro.¹²

Questão de absoluta relevância torna-se então aquela que diz respeito a já mencionada gestão das provas, especialmente na medida em que se discute qual o princípio unificador do sistema acusatório, e por via lógica, qual o ponto de distanciamento entre o acusatório e o sistema inquisitório.

Assim que para Prado: “A gestão das provas nas mãos do juiz também caracteriza a inquisitorialidade. E é assim porque deduzir provas e deduzir a acusação são comportamentos processuais das partes.”¹³ O juiz que gere a prova, não apenas foge à imparcialidade,

como Aury Lopes Junior descredita a aplicação do tal sistema misto, porquanto entendem que na verdade se trata de um sistema sem princípio unificador, e portanto, inválido.

11 PRADO, 2001, p.75.

12 COUTINHO, 2001, p.238.

13 PRADO, 2001, p.239.

como deixa de ser um espectador do processo para ser um protagonista, verdadeiro procurador da vontade punitiva.¹⁴

Se a atividade do Juiz possui natureza cognitiva ou recognitiva, por assim dizer, na medida em que os fatos serão reconstruídos de maneira a se aproximar da chamada “verdade real”, torna-se indispensável que o Julgador reconstrua os fatos a partir das narrativas contidas nos processos, ou encarnará a figura do inquisidor.¹⁵ Estará o magistrado, portanto, distante da produção probatória, e será este distanciamento que permitirá que o Juiz aja com imparcialidade. Segundo Grandinetti Castanho de Carvalho, a imparcialidade é obtida quando se leva em consideração os pontos de vista dos demais participantes de uma dada discussão, o que possibilita a amplitude de horizontes do espectador.¹⁶

Exemplo evidente do inquisidor, não é outro senão aquele Juiz que busca e torna claras as indicações das provas que ele pretende encontrar. Para este magistrado, o convencimento, ou mesmo a mera desconfiança de que o acusado é culpado, basta-lhe para que sejam introduzidas no processo tantas provas quantas forem necessárias a fim de garantir o seu intuito.

O modelo brasileiro, circunscrito à previsão constitucional, entretanto não admitiria a presença deste tipo de magistrado.¹⁷ É um modelo de natureza acusatório, que prevê expressamente a privatividade do exercício da ação penal pública, a impositividade na adoção do devido processo legal, a mobilização do contraditório e da ampla defesa, além do princípio do juiz natural, todos cânones nucleares do sistema que prevê a contraposição dialética no processo penal. Apesar disso, questiona-se de maneira recorrente se a adoção do sistema acusatório na ordem jurídica brasileira goza de efetividade. Geraldo Prado defende que o que vigora no Brasil, em

14 FERRAJOLI, 2010, p.563.

15 LOPES JR., 2015, p.267.

16 GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, 2016.

17 Seria como dizer que a atuação inquisitiva do Juiz deve ser firmemente limitada pelos princípios constitucionais, mas especialmente no princípio do contraditório, uma vez que o Judiciário tem o dever de assegurar às partes o exercício das prerrogativas inerente à bilateralidade do juízo.

fato, é o que o autor chama de “teoria da aparência acusatória”. Para Prado:

Muitos dos princípios opostos ao acusatório verdadeiramente são implementados todo dia. Tem razão o mestre Frederico Marques ao assinalar que a Constituição preconiza a adoção e efetivação do sistema acusatório. Também tem razão Hélio Tornaghi, ao acentuar que há formas inquisitórias vivendo de contrabando no processo penal brasileiro, o que melhor implica em considerá-lo, na prática, misto. O princípio e o sistema acusatórios são, por isso, pelo menos por enquanto, meras promessas, que um novo Código de Processo Penal e um novo fundo cultural, consentâneo com os princípios democráticos, devem tornar realidade.¹⁸

As razões para que o sistema brasileiro não consiga finalmente se consagrar acusatório, segundo o próprio Geraldo Prado, podem ser encaradas, dentre outros problemas, pela recorrente atenção que o legislador ordinário tem dispensado a fim de imprimir maior eficácia na persecução, sempre adotando um critério repressivo. O processo penal é desta forma, um reflexo límpido e claro destas práticas punitivas.

Ocorre que na medida em que o legislador produz o direito à margem do que dispõe a própria base constitucional, estará prejudicada a função-garantia do Estado, o que a todo rigor influencia no seu próprio requisito de validade, já que desrespeita os próprios princípios constitucionais escolhidos para serem norteadores e lastreadores dos direitos fundamentais. Colocamo-nos desse modo, diante da mais clara e evidente afronta ao sistema de garantias pensado por Ferrajoli, e por conseguinte no consentimento tácito das violações em matéria de Direitos Humanos.

Nesse sentido, ferir o sistema de garantias e obliterar o sistema acusatório, notadamente quando se faz de maneira seletiva, é criar para alguns um Estado de exceção permanente. Na esteira do pensamento de Agamben, a criação voluntária do estado de emergência permanente que implique a necessidade premente de combater um mal absolutamente nocivo para a sociedade, legítima a guerra civil legal, que permite a eliminação física não apenas

18 PRADO, 2001, p.301.

daqueles que se opõem politicamente, mas das categorias inteiras dos cidadãos que por qualquer razão não possam se integrar ao sistema político.

4 A OPERAÇÃO LAVA JATO

Operação Lava Jato é o nome dado à investigação deflagrada no ano de 2014, que reúne os esforços da Polícia Federal e Ministério Público Federal perante a 13^a Vara Federal de Curitiba, e que teve gênese na investigação acerca da atuação de negociadores de moedas estrangeiras no país, que eram suspeitos de praticarem crimes de lavagem de capitais oriundos de corrupção, com fortes suspeitas de atuação emergente na cidade de Londrina, no Estado do Paraná.

O desencadeamento das apurações, com uso reiterado das chamadas colaborações premiadas,¹⁹ conduziu os órgãos de Justiça Criminal a descortinar um grande esquema de corrupção no interior da maior empresa pública do país, a Petrobrás. O esquema, segundo tais órgãos, se materializava a partir da estruturação de quatro grandes eixos de atuação, que se dividiam entre empreiteiras, funcionários da Petrobrás, operadores financeiros e agentes políticos.

À medida em que as investigações foram avançando, e as colaborações premiadas foram sendo homologadas, a Operação Lava Jato ganhou contornos de mega operação investigativa, tornando-se possivelmente o segundo maior trabalho do gênero desde a “*manipulite*”, operação realizada na Itália no ano de 1992 que durou mais de quatro anos.

Coincidentemente ou não, o Juiz responsável pela 13^a Vara Federal, Sérgio Fernando Moro, demonstra desde o ano de 2004, quando publicou o artigo: “Considerações sobre a operação *manipulite*”, uma enorme admiração pela operação italiana, apoiando-se publicamente na personificação do “*pretori d’assalto*”, ou seja, do

19 O instituto é regulamentado no Brasil por força da Lei Federal 12.850 de 2013. De acordo com o Art. 4º, §6º do referido diploma, o acordo de colaboração premiada é realizado entre Ministério Público e/ou Autoridade Policial de um lado, e investigado e defensor do outro, sem participação do Juiz, que apenas tem o dever de homologar tal acordo, nos termos do §7º.

Juiz próativo, como condição essencial para consecução final dos seus objetivos. Gestar estratégias de prisão processual, obter colaborações de réus presos e outras estratégias de cunho estritamente políticos são observados e defendidos pelo Juiz Moro ao longo do seu artigo.

Um traço marcante da Operação Lava Jato, e que também nesse íterim se aproxima da *mani pulite*, é a quantidade de prisões processuais realizadas. Até o mês de maio do ano de 2016, a operação já havia contabilizado cento e sessenta segregações cautelares entre prisões preventivas, temporárias e flagrantes. Outras medidas, a exemplo do acautelamento na produção de provas através do cumprimento de mandados de busca e apreensão, e conduções coercitivas para tomada de depoimentos, também foram promovidas a pedido do Ministério Público.

A coleta de elementos de informação promovida pelo órgão inquisitorial (Polícia Federal), e pelo titular das ações penais (Ministério Público), por meio das delações premiadas, constantemente homologadas pelo Poder Judiciário tem sido decisivas para que os acusados migrem para condição de condenados criminalmente, num *quantum* total de pena estimado atualmente em 990 (novecentos e noventa anos) e 7 (sete) meses.

Com efeito, o aprofundamento das investigações em direção aos núcleos dos empreiteiros e agentes políticos impulsionou a discussão para além do centro do debate havido nas rotinas forenses, impondo um enfrentamento mais aprofundado acerca dos meios utilizados pelo Ministério Público Federal, parte interessada no processo penal, e a eventual participação ativa do Juiz do caso na obtenção das provas do processo.

5 MORO E FERRAJOLI DEGUSTAM UM CAFÉ.

No presente capítulo simulamos um diálogo entre o Juiz Sérgio Fernando Moro, titular da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de Curitiba, responsável pela condução dos processos da chamada Operação Lava Jato, e o jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli. O diálogo **não verídico** foi construído a partir da leitura das biografias e das produções acadêmicas de ambos.

No centro da mesa uma “*caffettiera moka*” os separa, como se entre uma cadeira e outra, o organizador do encontro houvesse medido cada centímetro, valendo-se de uma régua, para ao final acomodar de um lado o Juiz Sérgio Fernando Moro, e o jusfilósofo Luigi Ferrajoli. A bebida, que ainda vaporiza, acaba de chegar à mesa e impulsionará o debate entre os dois, mas deverá ser servida na medida certa aos convidados, especialmente por se tratar de um tipo tão saboroso quanto estimulante de café.

Entre Moro e Ferrajoli existem tantas semelhanças quanto há diferenças. Os tipos físicos se diferenciam, a imponência do primeiro confronta a fragilidade aparente do segundo. Ferrajoli é italiano, de Florença, Moro tem descendência italiana, mas é brasileiro, de Maringá. O paranaense é magistrado Federal, Ferrajoli por sua vez, abandonou voluntariamente o ofício de julgador desde 1975. De pontos diferentes da vida, assistiram o desencadear da Operação *mani pulite*, e hoje se encontram para falar sobre a Lava Jato, de novo, em pontos diferentes das suas existências.

Moro e Ferrajoli acreditam no poder do direito positivo. O primeiro tem o Código de Processo Penal brasileiro como livro de cabeceira. Suas decisões e despachos são formalmente irreprocháveis, sob o estrito ponto de vista processual penal, e se orgulha por ter construído o seu próprio sistema de aplicação do direito, acreditando haver a possibilidade de relativização de princípios constitucionais,²⁰ especialmente como estratégia de combate ao inimigo.²¹

O segundo se define como juspositivista crítico, tendo inclusive publicado um célebre artigo com o nome de “juspositivismo crítico y democracia constitucional”. Defende que mesmo que os estados democráticos tenham incorporado altas expectativas nas

20 Em artigo denominado “Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais” (Revista dos Tribunais n. 853, novembro de 2006, p. 429-441) Moro disse que “é possível concluir que não há base normativa no Direito Brasileiro para um pretenso direito genérico de não produzir prova contra si mesmo. Há, sim, um claro direito ao silêncio, que está contido nesse âmbito mais genérico, mas que com ele não se confunde.”

21 MORO, 2006, p.432.

suas constituições, em muitos casos expectativas inalcançáveis, é impositivo que tanto a legislação, mas principalmente a cultura jurídica busque o caminho de uma a idealização do Direito.²²

Ferrajoli preenche a sua xícara com café, e o degusta lentamente. Moro recusa o primeiro gole.

Os dois personagens conhecem a história, e por isso sabem que o registro mais marcante do Juiz que tudo pode data dos séculos X ao XIII, remontando ao período da Santa Inquisição. Dizer que naquele contexto tudo era possível ao julgador não é exagero, aliás, especialmente porque nesse modelo, o inquisidor acusava publicamente, e para isso dominava a gestão da prova, que podia advir, por exemplo, da tortura dos réus e das testemunhas.²³

No ano de 1989, apenas três anos antes da deflagração da Operação *mani pulite*, o então professor da Universidade de Camerino apresentou a obra: “Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale”. Ali, dentre outras contribuições, o italiano que agora compõe o cenário descrito nas primeiras linhas, caracterizou a epistemologia inquisitiva sob duas faces conceptuais: a concepção ontológica do Direito e o decisionismo processual.

A análise do sistema penal, no modelo inquisitivo, não necessariamente sugere a violação anterior da lei, bastando que a personalidade do acusado seja classificada como perigosa, pernicioso, de modo que o simples fato de o autor exteriorizar a sua maldade, divulgar verdades inadmissíveis, se opor à consciência, já fornece arcabouço suficiente para que a sua conduta seja imoral, e por via de consequência, ilegal, tendo em mira que as zonas de valoração moral e jurídica são simétricas.²⁴

O decisionismo, por sua vez, impõe um desleixo do Juiz quanto à cognição, subjetivando a decisão do julgador a uma perspectiva arbitrária, e segundo Ferrajoli provoca uma perversão processual, uma vez que assim agindo estará o julgador:

22 FERRAJOLI, 2010, p.920.

23 CARVALHO, 2008, p.19.

24 GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, 2016.

(...) dirigindo-o antes da comprovação de fatos objetivos à análise da interioridade da pessoa julgada; antes da constatação processual sustentada empiricamente a convencimentos incontroláveis do julgador sustentados por signos de ‘verdade material’.²⁵

O Juiz Moro se diz intolerante com o que chama de corrupção sistêmica,²⁶ afirma reiteradamente que a corrupção no Brasil é suprapartidária, e acredita que exerce um papel de extrema relevância, estimulando, ao seu pensar, uma ressignificação da confiança da população brasileira em torno da lei. Ele sabe, entretanto, que nenhum fato será assim considerado enquanto não constar no papel, sendo necessária, portanto a produção de tantas provas quantas forem necessárias.

Acredita que os instrumentos de contenção à intervenção punitiva podem ser relativizados. Afinal de contas, pensa: “É necessário provar aquilo que todo mundo já sabe!”. E desta feita, as provas podem vir da colaboração de um preso, por exemplo, porque a bem da verdade e em nome da defesa social, acredita que não há desvio moral algum em sacrificar o suspeito aos males do cárcere, especialmente se ao encarcerar, ajudar a purificar parcialmente a alma do acusado, que ao realizar uma colaboração premiada, por exemplo, estará prestando um serviço à democracia.²⁷

Ao final, a exposição do corrupto - impuro aos olhos da moralidade - pelo que sugere o pensamento de Moro, acarretará num maior respeito às leis, e um asco cada vez maior à conduta corrupta, de modo que aquilo que julga ser um meio para consecução do objetivo final será desconsiderado aos olhos da história.

De mais a mais, acredita que é possível autenticar as provas através do exercício do saber-poder contido na verdade dos autos.²⁸ Moro observa que, por conformação cultural, produzir contradição sobre material tão evidentemente disposto na frieza dos autos do processo é tarefa árdua, destinada ao discurso desacreditado da

25 FERRAJOLI. In: OLIVEIRA JÚNIOR, 1997, p.89.

26 COISSI, 2016.

27 MORO, 2004, p.56-62.

28 FOUCAULT, 2002, p.77.

defesa. O saber-poder, a verdade real, será transmitida, e poucas ou nenhuma voz se levantará em defesa de quem porventura tenha cometido conduta tão abjeta.

Sérgio Moro tem o objetivo de manter-se figura heróica, de proteger a sociedade. Ele então adotou a personificação da figura definida por François Ost como o Juiz Hércules:

Hércules está presente en todos los frentes, decide e incluso aplica normas como lo hacía su predecesor que se amparaba en la sombra del código; pero también lleva a cabo otros trabajos. En el pre contencioso aconseja, orienta, previene; en el poscontencioso sigue la evolución del dossier, adapta sus decisiones al grado de circunstancias y necesidades, controla la aplicación de las penas.²⁹

Moro rejeita o açúcar, e toma o primeiro gole de café.

Ferrajoli deixou a magistratura com trinta e cinco anos de idade, e embora tenha participado do grupo “Magistratura democrática”, ao contrário do colega de mesa, não tem grandes feitos para contar do período em que vestiu a toga. Posteriormente, já na condição de acadêmico, passou a defender que num Estado de Direito substancial, o Juiz deve perseguir a legalidade, pautando o seu trabalho no respeito aos limites formais e de conteúdo.

O italiano enxerga no personagem do seu interlocutor a materialização do Juiz herói, mas não está certo de que isto seja positivo para Moro. A figura ativa, proativa - no afã de combater o mal - pode ocasionalmente extrapolar as suas funções, e aproximar-se perigosamente de uma das partes do processo.

Aquelas boas características do juiz Hércules, de ativismo, de concretização de direitos, de efetividade, se voltam todas contra o acusado. Não compreende que entre a jurisdição cível e a penal existe uma enorme distância, ocupada pela ideologia que preside este último e que conforma a estrutura e o funcionamento do direito processual penal.³⁰

Lembra-se de que ao atuar como pretende, o Juiz Moro não estará envolvido na condução de um processo, mas estará quase

29 OST, 1993, p.110.

30 GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, 2014, p.372-373.

sempre formulando uma hipótese e realizando a sua verificação como faz um bom pesquisador, mas de maneira desaconselhada para aquele que tem o dever de mediar o processo penal.

Nos últimos meses o italiano, embora não tenha tanta intimidade com a informática e prefira os jornais de papel, tem dedicado parte do seu tempo a navegar pelos portais de notícia do Brasil, e muito tem lido sobre a atuação do Juiz paranaense. Decidiu pesquisar no Google os termos “Democracia” e “Sérgio Moro”. Encontrou centenas de milhares de resultados, e em sua grande maioria, as páginas direcionavam a falas empolgadas do magistrado que ressaltava o valor da Democracia.

No caminho para a cafeteria, revisitou mentalmente a própria obra, lembrando dos conceitos que deu à Democracia, e da separação que imprimira à sua vertente formal, e substancial. É como dizer que a primeira consolida as regras procedimentais que são de vontade da maioria, e a segunda se encarrega de estabelecer os limites do que pode ou do que não pode ser deliberado pela maioria, ou seja, os direitos fundamentais acabam se constituindo como limite e objeto do Direito. Rabiscou alguns dizeres num guardanapo, e horas depois, entregou-o a Moro.

“O sistema político estatal é regido por normas, isto é, pelo princípio e não pelo Príncipe”, dizia o bilhete agora lido por Moro. O juiz brasileiro olha para o italiano e acena positivamente. Ferrajoli então percebe que o magistrado brasileiro acredita piamente na figura que ele próprio representa. Moro é abertamente positivista, e antes de estacionar no juiz herói, passa pela representação do juiz divino, aplicando a lei, em alguns casos, de maneira mecânica.

A experiência faz ressaltar a Ferrajoli que respeitar as regras do jogo processual penal é mais do que redigir sentenças formalmente irreprocháveis, mas é possibilitar a todo efeito, o respeito ao sistema de garantias, mantendo-se a distância razoavelmente segura das partes litigantes, de modo a evitar uma atuação contaminada. Lembra ter lido que no curso das investigações, o Juiz paranaense determinou a condução coercitiva de diversos investigados para que depusessem em sede policial, tudo albergado pelo Código de Processo Penal, diria o Ministério Público. O italiano lembrou de quando colaborou para “O novo em direito e política”.

A sujeição do juiz à lei já não é de fato, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja, coerente com a constituição. E a validade já não é, no modelo constitucional-garantista um dogma ligado à mera existência formal da lei, mas uma sua qualidade contingente ligada à coerência – mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz – dos seus significados com a constituição.³¹

Ferrajoli serve-se de café, e gentilmente pede licença ao interlocutor para servi-lo um pouco mais da bebida. Após despejar cuidadosamente o café nas xícaras de porcelana, o italiano faz questão de devolver a cafeteira para o mesmo lugar de onde tirou: o centro exato da mesa. A cena parece irônica, e só agora Ferrajoli percebe e espera que a sensibilidade de Moro o permita notar, que é nesse mesmo lugar, equidistante, que deve permanecer o magistrado. Cai o pano.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo como pano de fundo a “Operação Lava Jato”, deflagrada pela Polícia Federal no ano de 2014 e voltada à investigação de possíveis crimes de corrupção no Estado brasileiro, considerada a maior operação policial da história do país, o presente artigo visou a analisar a questão da equidistância do magistrado na condução do processo penal. Dialogando com a matriz conceitual do “sistema de garantias” do jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli, buscou-se analisar a relação do sistema processual penal com a própria conformação do Estado Democrático de Direito, com o escopo de investigar a extensão das interações das práticas antidemocráticas no processo penal e a sua fundamentação teórica.

Construídos os requisitos de efetividade e validade das normas de cunho garantistas, pôde-se inferir que a conduta atentatória aos requisitos de efetividade da norma torna a conduta do Estado não apenas desprovida de validade, como fere qualquer sentido de democracia constitucional. O sistema acusatório, adotado como

31 FERRAJOLI. In: OLIVEIRA JÚNIOR, 1997. p.95.

vigorante no ordenamento jurídico brasileiro é posto em xeque, na medida em que o Poder Judiciário avança de maneira desmedida na gestão das provas do processo penal, constatando-se, porém, que tal avanço somente se faz possível em sociedades que se valem do punitivismo como única saída para resolução dos seus problemas, consagrando a figura do Juiz inquisidor, daquele que avança em prol da “defesa social”, desmedindo a sua atuação, julgando ser o verdadeiro super-herói.

O Juiz Sérgio Moro, inegavelmente personificado na figura do Juiz Hércules, ao conduzir a Operação Lava Jato, tem atuado de maneira a desequilibrar a balança para o lado de uma das partes, o Ministério Público Federal. A gestão das provas depositada nas mãos do Magistrado causa prejuízo às defesas dos réus da operação.

A atuação do Juiz paranaense é legitimada pela criação do Estado de emergência social que impõe o dever de combate ao inimigo. O inimigo que o Juiz Sérgio Moro pretende combater é o político pretensamente corrupto. Com o intuito de despojar o outro, a análise da atuação do magistrado, demonstra que os limites do sistema de garantias não são suficientes e a tergiversação destes tornam-se regra para promover o “bem coletivo”, o aprisionamento do indesejado.

Um juiz com esse perfil, que se traduz em atos processuais desconformes à Constituição, e que conclama a população a apoiá-lo na tarefa de combater o mal, perdeu, há muito, a imparcialidade objetiva e subjetiva e não poderia continuar à frente dos processos relacionados à Operação Lava-Jato.

Conclusivamente, trata-se de um exemplo incontestado, do desrespeito ao sistema acusatório vigente na legislação própria, mas inefetivado na prática.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti, 2. ed. São Paulo : Boitempo, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

COISSI, Juliana. Intolerância com a corrupção precisa continuar, diz Sergio Moro. **Folha de S. Paulo**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/05/1770595-intolerancia-com-a-corrupcao-precisa-continuar-diz-sergio-moro.shtml>>. Publicado em: 12 mai. 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Crítica à teoria geral do direito processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José. Alcebíades de. **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 89-109.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

GARAPÓN, Antoine. **Bem Julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**. Lisboa: Editora Piaget, 1997.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo. **Processo Penal e constituição: Princípios constitucionais do processo penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

_____. “Subjetivismo Judicial”. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, vol. 120, mai./jun de 2016, Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/120.03.PDF>. Acesso em: 22 ago. 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

_____. Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; CAMARGO, Margarida Lacombe. Sistemas Processuais Penais à luz da Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 97, n. 1, p.73-91, set. 2016.

MORO, Sérgio Fernando. Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais. **Revista dos tribunais**, São Paulo, ano 95, v. 853, p. 429-441, 2006. p. 432.

_____. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. **R. CEJ**, Brasília, n.26, p. 56-62, jul./set. 2004.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In: **Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho**, n. 14, Alicante, 1993.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório – A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

Recebido em 08/11/2016.

Aprovado em 09/06/2017.