

JUSTIÇA, CORRUPÇÃO E DEMOCRACIA: REFLEXÕES EM TORNO DA “OPERAÇÃO LAVAJATO”

Rubens Goyatá Campante¹

¹ Doutor em Sociologia Política pela Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Coordenador do Núcleo de Pesquisas da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Pesquisador do Centro de Estudos Republicanos Brasileiros (CERBRAS/UFMG) e do Programa Universitário de Apoio às Relações de Trabalho da Faculdade de Direito da UFMG (PRUNART/UFMG).

INTRODUÇÃO

A chamada Operação Lavajato, tem estremecido a justiça, a política, a sociedade e a economia brasileiras. Por seu caráter sem precedentes, em seu alcance e repercussão, tem gerado reações contraditórias, e muitas vezes apaixonadas. Os que a defendem ressaltam que ela tem investigado e punido, como poucas vezes antes aconteceu, o alto poder político e econômico de um país acostumado à impunidade de seus altos escalões sociais, e que ela será um marco no combate à corrupção no país. Os que a criticam afirmam que ela tem atuado, em termos jurídicos e políticos, de maneira temerária em relação a direitos e garantias fundamentais de um estado democrático de direito, especialmente ao usar o instituto da colaboração premiada no processo penal e ao abrir o flanco do Direito à influência excessiva e politicamente enviesada dos meios de comunicação de massa.

As questões são: como combater a corrupção – algo tão fundamental e tão demandado pela sociedade brasileira – sem afastar os princípios do estado democrático de direito? E a Operação Lavajato terá, realmente, o condão de, se não suprimir, ao menos reduzir efetivamente a corrupção na relação entre o Estado e o grande poder econômico? Indagações que geram inquietação.

Inquietação, quase todos sabem, é o estado daquele que se acha em agitação, em estado de preocupação, é o desassossego que impede a paz, o nervosismo. Mas o dicionário indica, ainda, outra acepção de inquietação: “ato de preocupar-se com o que está além dos seus conhecimentos; insatisfação intelectual”². Este trabalho nasceu da inquietação não só em seu sentido mais comum mas, principalmente, neste último significado menos corrente e mais sutil.

Tal inquietação se avoluma quando, para se tentar orientar em meio a essas questões, percebe-se que, embora tão divulgada, tão debatida, sabe-se, paradoxalmente, pouco sobre a Operação Lavajato – pois a divulgação midiática é, como de praxe, superficial, assim como os apaixonados argumentos contra e a favor. Certamente a comunidade jurídica tem opinião bem mais fundamentada sobre o tema e suas ramificações, mas à sociedade em geral – interessada principal de um acontecimento que, bem ou mal, já é histórico – não têm sido oferecidas as informações

²Houaiss, Antônio; Villar, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, pg. 1622.

e discussões apropriadas à construção de um posicionamento mais sólido, menos impressionista.

O objetivo deste trabalho é dar uma pequena, mínima, contribuição neste sentido. Tentar mapear (de forma panorâmica e sob o ponto de vista de um autor cuja formação não é jurídica, mas das ciências sociais) o que está subjacente a este acontecimento, e suas possíveis consequências para nossa sociedade. Daí a inquietação e insatisfação intelectual “com o que está além dos conhecimentos” - no caso, conhecimentos da técnica e doutrina jurídicas, seara na qual se adentrou timidamente, apenas na medida do que era imprescindível para embasar e compor uma perspectiva eminentemente social e política.

Ousamos, porém, defender a opinião de que mesmo os que não dominem profundamente conhecimentos jurídicos podem se debruçar sobre um tema como a Operação Lavajato, e a principal razão é que, embora jurídico em seu cerne, tal tema traz características e conexões inarredáveis e fundamentais com outras esferas do conhecimento e da sociedade.

O trabalho lidou com um acontecimento corrente, palpitante, inconcluso, que possui amplíssima base factual e sobre o qual reflexões mais aprofundadas ainda estão sendo construídas e publicadas. Por conta disso, lastreou-se, em boa medida, em informações retiradas de publicações eletrônicas. Assim, a bibliografia acadêmica mais tradicional não está ausente, mas a ela restou menos espaço relativo.

Por fim, gostaria de agradecer à minha amiga e colega do Centro de Estudos Republicanos Brasileiros (Cerbrás), Ana Paola Amorim, pelo estímulo inicial à consecução deste ensaio e pela leitura e sugestões posteriores – o que, obviamente, não a torna, de forma alguma, responsável pelos erros, lacunas e confusões eventualmente presentes.

SEÇÃO I – OPERAÇÃO LAVAJATO: A MÍDIA E A REAÇÃO EXACERBADA AO FORMALISMO JURÍDICO

“Não adianta ter boas leis penais se a sua aplicação é deficiente, morosa e errática. No Brasil, contam-se como exceções processos contra crimes de corrupção e lavagem que alcançaram bons resultados. (...) A melhor solução é a de atribuir à sentença condenatória, para crimes graves em concreto, como grandes desvios de dinheiro público, uma eficácia imediata, independente do cabimento de recursos”³.

O trecho acima, parte de um artigo intitulado “O problema é o processo”, publicado na página 2 da edição dominical, de 29 de março deste ano do jornal “O Estado de São Paulo”, causou perplexidade no meio jurídico brasileiro.

Atribuir à sentença condenatória eficácia imediata, independente de recurso judicial significa prender um cidadão imediatamente após ser julgado uma só vez. Significa passar por cima do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, até se esgotarem os recursos legais cabíveis contra tal condenação. E significa, por fim, jogar por terra um fundamento do Estado democrático de direito e das garantias do cidadão frente ao imenso poder do Estado: o de que, a princípio, todo cidadão é inocente. Pode-se e deve-se, claro, quando for o caso, provar o contrário, a culpa do cidadão, mas essa prova tem de ser robusta, e por isso toda pessoa, se condenada, pode pedir a revisão de seu julgamento, já que a relação entre ela e o Estado é desigual e que o agente julgador do Estado, mesmo que qualificado, não é infalível. Os direitos de presunção de inocência e de possibilidade de recurso judicial guardam a marca original e indelével de evolução civilizatória, de conquista da cidadania, não importa o quão deturpados possam estar em alguns ordenamentos jurídicos – como o nosso.

Os autores do texto foram o juiz federal Sérgio Fernando Moro, titular da 13ª Vara Federal Criminal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e responsável pela famosa “Operação Lavajato”, e o juiz federal Antônio César Bochenek, presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE). Ao final eles anunciaram que a referida Associação encaminharia ao Congresso projeto de lei que permitisse a prisão imediata do condenado após a sentença de primeiro grau em casos de crimes graves de

³ Moro, Sérgio Fernando; Bochenek, Antônio César. “O problema é o processo”. Jornal Estado de São Paulo, 29/03/2015. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>. Acesso em 06 out. 2015.

desvio de dinheiro público. Projeto de lei certamente inconstitucional, pois o direito ao recurso judicial faz parte dos direitos e garantias fundamentais do cidadão inscritos na Constituição, os quais, segundo o artigo 60 desta Constituição, são cláusulas pétreas, isto é, não podem ser abolidos sequer por emenda constitucional, que dirá por lei ordinária.

A reação à proposta, então, foi imediata. Inúmeros juristas, incluindo dois ministros do Supremo Tribunal Federal, criticaram frontalmente a ideia, e até um colunista de uma revista semanal que enaltecia o trabalho do juiz Moro à frente da Operação Lavajato acusou os autores do artigo de quererem rasgar a Carta Magna. Pouco depois, em nota divulgada no dia 24/04, a AJUFE voltou atrás, e afirmou que “após examinar a repercussão da proposta”, e buscando um “consenso que facilitasse a aprovação do projeto”, defenderia a prisão somente após a decisão de segundo grau⁴.

A reconsideração da AJUFE aliviou o meio jurídico, mas talvez boa parte da opinião pública tenha ficado decepcionada, já que apoia esta e outras medidas drásticas – e perigosas do ponto de vista democrático – de combate à corrupção. Afinal, o argumento usado por Bochenek e Moro para justificar sua proposta, de que “no Brasil, contam-se como exceções processos contra crimes de corrupção e lavagem que alcançaram bons resultados” é indiscutível, assim como o fato de que essa é uma realidade a ser mudada urgentemente. Mas modificar um sistema processual com intermináveis recursos por meio de uma proposta inconstitucional de prisão imediata após sentença de primeiro grau não é a melhor forma de mudança.

A discussão desta melhor forma passa pelo diálogo entre o formalismo e o procedimentalismo jurídicos, de um lado, e a demanda de que o Direito se aproxime mais da realidade, de outro. Diálogo que tem se manifestado, entre outras maneiras, na relação entre a técnica jurídica e os meios e a sociedade de comunicação de massas.

O Direito é uma área de conhecimento e ação altamente especializada e relevante, e seus profissionais postulam da sociedade (e obtém, em grande medida) alto reconhecimento e *status* social. Possui, por essas e outras razões, razoável autonomia, mas não absoluta. A chamada “opinião pública” - correlata aos meios de informação e comunicação de massa – também tem importância crucial na vida moderna, influenciando, obviamente, o Direito e outras áreas.

⁴ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/ajufe-recua-agora-defende-prisao-decisao-instancia>. Acesso em 06 out. 2015. Na ocasião, o presidente da Associação, juiz Antônio César Bochenek afirmou, ainda, à revista eletrônica Consultor Jurídico, que em nenhum momento defendera, no artigo, sua posição pessoal, mas a da entidade que representava.

A Operação Lavajato, que tem sacudido a mídia e o Direito, a política e o imaginário nacionais, é um ótimo exemplo destas relações delicadas e voláteis entre os pressupostos formalistas e as demandas por efetividade e “justeza” do Direito, influenciadas pela mídia. O nome da operação, cujo foco é o esquema de corrupção na Petrobras, umas das maiores, mais ricas e mais importantes empresas estatais do país, vem do uso de postos de combustíveis e lavagem de automóveis usados para movimentar o dinheiro da corrupção. Conduzida pela Polícia Federal, sob supervisão do Ministério Público Federal, perante a 13ª Vara da Justiça Federal de Curitiba, a Lavajato teve uma fase prévia de investigação de crimes de lavagem de dinheiro que remonta a 2009, mas seu início “oficial”, ostensivo, deu-se em março de 2014, com a expedição de vários mandados de busca e apreensão, prisão preventiva, prisão temporária⁵ e condução coercitiva. Desde então, já houve 31 acusações criminais e 5 acusações de improbidade administrativa contra dezenas de pessoas e empresas. Segundo o Ministério Público, foram recuperados 870 milhões de reais⁶. A principal novidade,

⁵ Prisão preventiva e prisão temporária são dois tipos de prisão previstos na legislação penal brasileira que compõem, juntamente com a prisão em flagrante, o rol das chamadas prisões cautelares, efetuadas antes do término do processo penal. Regulamentada pela lei 7.960, de 1989, a *prisão temporária* tem prazo de cinco dias, prorrogáveis por mais cinco, e é decretada: 1) por necessidade imprescindível para as investigações do inquérito policial; 2) quando o indiciado não tiver residência fixa ou não se puder esclarecer sua identidade; ou, 3) quando houver fundadas razões de autoria ou participação do mesmo em determinados crimes - homicídio, sequestro, roubo, estupro, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro. Ela serve para que a polícia ou o Ministério Público colem provas para fundamentar um pedido de *prisão preventiva* do indiciado. Esta, por sua vez, não tem prazo definido. Seus requisitos legais são a garantia da ordem pública, impedindo que o réu continue a praticar crimes, a proteção do andamento do processo penal, evitando que o réu prejudique tal andamento ao ameaçar testemunhas ou destruir provas, e a garantia da aplicação da lei, impossibilitando a fuga do réu. Outros tipos de prisão são a prisão civil, no caso de não pagamento de pensão alimentícia, a prisão para fins de extradição e, finalmente, a prisão para execução de pena.

⁶ Brasil. Ministério Público Federal. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>. Acesso em 09 out. 2015. Antes da Lavajato, outra operação conjunta do Ministério Público e da Polícia Federal, também supervisionada pelo juiz Sérgio Moro, havia investigado extensa rede de corrupção e evasão de divisas levadas a cabo por doleiros que atuavam no Paraná, a Operação Banestado. O nome deriva do uso de agências daquele banco estatal paranaense para movimentar o dinheiro do esquema, que usava as contas CC5. Criadas em 1969 pelo Banco Central para facilitar a movimentação de dinheiro no Brasil por estrangeiros não residentes no país, as contas CC5 transformaram-se em canal para sonegação tributária e lavagem de dinheiro. Calculou-se, à época, final dos anos 1990 e início dos anos 2000, que os valores desviados chegavam a 134 bilhões de dólares. A Justiça Federal determinou, então, a quebra do sigilo de todas as contas CC5 do país. Surgiram nomes de várias empresas de comunicação, como a TV Globo e sua afiliada RBS, o Grupo Abril, o SBT, e de empreiteiras que hoje são investigadas na Lavajato: Odebrecht, Andrade Gutierrez, OAS, Queiroz Galvão, Camargo Correa. O procurador Celso Três, que trabalhava nas investigações, juntamente com o delegado federal José Castilho, afirmou, à época, que o simples fato de possuir uma conta CC5 não constituía crime, mas que “mais de 50% dos devedores não resistiriam a uma devassa”. Devassa que ficou aquém do esperado. A Operação Banestado foi desprezada pela mídia, além de não contar com apoio do Banco Central e de setores da própria Polícia Federal. E a CPI que a investigou foi a única no Brasil, até hoje, a terminar, em fins de 2004, sem que fosse votado o relatório final. O então presidente da OAB, Roberto Busato, declarou, então, que a CPI terminara em pizza, “ficando os culpados sem serem denunciados, e as pessoas inocentes violadas em seu direito à intimidade”. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 28/12/2004. “Presidente da OAB critica resultado final da CPI do Banestado”. Disponível em:

entretanto, da operação – e uma das mais polêmicas – é o uso da chamada “delação premiada”, ou “acordo de colaboração premiada”.

O acordo de colaboração premiada é a possibilidade legal de o investigado, numa investigação penal, ou de o acusado, no caso de um processo criminal⁷, negociar com o delegado de polícia e/ou o Ministério Público sua colaboração com as investigações, citando nomes e fatos relativos aos eventuais crimes praticados em troca de benefícios judiciais. Debatida por juristas há anos, ela é, em certa medida, uma novidade no Direito brasileiro, pois foi com a lei 12.850/2013, que o instituto recebeu o preparo legal mínimo necessário para sua aplicação⁸.

http://www.conjur.com.br/2004-dez-28/cpi_banestado_terminou_pizza_presidente_oab. Acesso em 12 nov. 2015.

⁷ Em linhas gerais, o procedimento de persecução penal, que envolve investigação, acusação e julgamento de crimes é o seguinte: em primeiro lugar, há a investigação, através de inquérito criminal, que se inicia por iniciativa: a) da própria polícia, ao tomar conhecimento da possível ocorrência de crime, ou ao prender alguém em flagrante; b) da vítima do crime ou de outra pessoa, que registra um boletim de ocorrência; c) do Ministério Público, que ordena a instauração do inquérito policial, ou investiga, ele mesmo, possível crime. Nesta fase, o suposto criminoso é qualificado de *investigado*. Quando, durante essa investigação, a polícia encontra *indícios* de que ele possa mesmo ter cometido um crime, o investigado é transformado em *indiciado*. Finalizada a investigação, a polícia envia o inquérito ao Ministério Público, que, em alguns casos, é obrigado a fazer a denúncia, ou acusação, do indiciado ao Judiciário, transformando-o, a partir daí, em *acusado ou denunciado*, e, em outras situações, decide, com base no relatório deste inquérito e em sua avaliação sobre o caso, se é conveniente fazê-lo. O juiz, então, também analisa juridicamente o eventual crime, para aceitar ou não a acusação do Ministério Público. Se o faz, inicia-se o processo criminal, e o acusado ou denunciado transforma-se em *réu*. Se, ao final deste processo criminal, em que terá direito aos procedimentos de ampla defesa definidos em lei, este réu for declarado culpado, sem possibilidade de recursos judiciais, aí sim, será considerado um *criminoso* e condenado – não enquanto estiver na condição de investigado, indiciado, acusado ou réu. Saraiva, Wellington. “Investigação criminal no Supremo Tribunal Federal e em outros tribunais”. Disponível em: <http://wsaraiva.com/2015/03/04/investigacao-criminal-no-supremo-tribunal-federal-e-em-outros-tribunais/>. Acesso em 02 out. 2015.

⁸ A lei 12850/2013 surgiu do projeto de lei 150/06, da senadora mato-grossense Serys Slhessarenko, então do PT, hoje no PRB. Antes dela, diversas leis previam a delação premiada - ou colaboração premiada, como preferem os juristas e o próprio texto da lei, devido à carga semântica negativa do termo “delação”. A lei 7492/1986, de crimes contra o sistema financeiro nacional; a lei 8072/1990, de crimes hediondos; a lei 8137/1990, de crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo; a lei 9080/1995, de crimes praticados por organização criminosa; a lei 9613/1998, de combate à lavagem de dinheiro; a lei 9807/1999, de programas de proteção a testemunhas e vítimas ameaçadas; a lei 11.343/2006, de tráfico de drogas; e finalmente a lei 12529/2011, de crimes contra a ordem econômica – todas elas previam, das maneiras mais diversas, algum tipo de colaboração ou “acordos de leniência”. Mas faltavam referências legais e roteiros mais específicos e detalhados para tais colaborações acontecerem. Como afirmou o procurador da República Andrey Borges de Mendonça, nestas leis, “o legislador (...) tratou do instituto apenas em seu aspecto material. Ou seja, previa benefícios – de forma variada e sem maior uniformidade – àqueles que contribuíssem para a persecução penal. A prática judicial tentava suprir as lacunas em relação ao procedimento, legitimidade, garantia das partes, etc. Porém sempre houve margem para críticas e dúvidas”. Mendonça, Andrey Borges de. “A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado (lei 12.850/2013)”. Revista Custos Legis, vol. 4, 2013. Disponível em: file:///C:/Users/Rubens/Downloads/2013_Direito_Publico_Andrey_delacao_premiada.pdf. Acesso em 09 nov. 2015. Com isso, a colaboração premiada chegou a ser usada, antes da lei 12850/2013, mas de forma esporádica e assistemática. O juiz Moro já a havia utilizado no caso Banestado. O doleiro Alberto Youssef, por exemplo, também investigado, acusado e preso na operação atual, já firmara o acordo de colaboração, pelo qual, inclusive, se comprometia a não mais voltar a cometer crimes. Descumpriu o acordo.

A Lei 12.850 foi promulgada em agosto de 2013, logo após as manifestações de protesto que sacudiram o país em junho daquele ano, e trata das chamadas organizações criminosas. Sua maior contribuição, segundo estudiosos, foi definir de forma precisa o conceito de organização criminosa, falha que, na legislação anterior, dificultava o desmantelamento dessas estruturas delinquentes. A lei também regulamentou outras providências no combate à criminalidade organizada, como a infiltração de agentes do Estado nelas, e a colaboração premiada. Em relação a esta última, a lei: a) previu e aumentou os benefícios concedidos ao colaborador: não só redução da pena em até 2/3, mas substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público no caso de não ser o líder da organização ou de ser o primeiro a prestar colaboração, e até mesmo o perdão judicial; b) determinou que a colaboração deve ser voluntária e efetiva e elencou os parâmetros de mensuração desta efetividade; c) discriminou os requisitos do acordo e de seu encaminhamento formal – o acordo deve ser feito entre o delegado de polícia e/ou o Ministério Público e o investigado, ou denunciado, assistido por seu advogado, ao juiz não cabe participar das negociações para a formalização do acordo de colaboração, mas homologar, ou não, tal acordo, verificando “sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo, para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador na presença de seu defensor”⁹.

Ou seja, a delação premiada é, fundamentalmente, um meio de obtenção de prova e de investigação, em que a atuação cabe - ou devera caber - primordialmente à polícia e ao Ministério Público. Por isso a referida lei dispõe que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”, ou seja, para a pessoa ser condenada judicialmente há que haver outras provas, além de sua citação em delação. Seu uso na operação Lavajato tem gerado polêmicas. Há quem defenda incondicionalmente a colaboração premiada, há quem a julgue uma excrescência perigosa e antidemocrática.

O desembargador do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Fausto Martins De Sanctis tem uma posição matizada, intermediária. De Sanctis, que ficou famoso, em 2008, ao decretar a prisão do empresário Daniel Dantas, durante a chamada

⁹Brasil. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Lei 12850. Acesso em 02 out. 2015.

“operação Satiagraha”¹⁰, apoia firmemente, em linhas gerais, a “delação” (é o termo que ele usa) premiada, e assevera que ela é ética, útil e estratégica.

“Ética porque atende às finalidades político-criminais e à proteção do bem jurídico e se relaciona com a justiça social. (...) Útil pelo fato de facilitar o trabalho de todos. Por fim, estratégica, inclusive para a defesa, já que o réu se vê beneficiado com uma pena relativizada sem o custo do processo.”¹¹

De Sanctis, porém, faz importantes ressalvas. Lembra que não se pode exigir do delator “a dispensa ao inalienável direito de recorrer, cabendo a insurgência quanto à decisão do juiz caso considere inadequada”. Além disso, “os requisitos da prisão nada têm a ver com a delação e aquela não pode constituir meio de ‘pressão’ para eventual delação”. Finalmente adverte que, como o delator não é, rigorosamente, uma testemunha, seu depoimento, mesmo que coerente e conducente a resultados práticos na elucidação e combate ao crime, não deixa de ser suspeito. E assim é fundamental evitar

“que a Justiça seja marionetada e usada para resolver conflitos internos de organizações criminosas. Por essa razão, o delatado preserva sua condição de presumidamente inocente, e as palavras do delator hão de ser confirmada com outras provas”¹².

Pois como a delação é um procedimento da persecução penal - ou seja, da investigação e julgamento de um crime ainda não legalmente conhecido e confirmado em toda sua extensão e complexidade – o princípio constitucional da presunção de inocência do cidadão deve ser mantido, não só no âmbito formal da investigação e processo penais *mas no âmbito dos meios de comunicação de massa*. Daí sua última e fundamental ressalva, de que

¹⁰ Na Operação Satiagraha, De Sanctis aceitou a denúncia do Ministério Público, após investigação conduzida pelo delegado da Polícia Federal Protógenes Queiroz, e determinou a prisão provisória do banqueiro Daniel Dantas, o qual logo recebeu um *habeas corpus* do ministro do STF Gilmar Mendes. No dia seguinte, De Sanctis ordenou nova prisão provisória do banqueiro, sob outra justificativa. Mais uma vez Dantas foi imediatamente solto pelo ministro Gilmar Mendes, que acusou, então, publicamente, o juiz De Sanctis de, ao decretar nova prisão provisória, procurar, por via oblíqua, desrespeitar decisões do STF. A operação foi anulada na Justiça, posteriormente, sob alegação de ilegalidades como grampos telefônicos não autorizados e atuação da ABIN (Agência Brasileira de Inteligência – o serviço secreto brasileiro que substituiu o nada saudoso SNI da ditadura), na época dirigida pelo ex-diretor da PF Paulo Lacerda, nas investigações. Protógenes foi posteriormente processado e recentemente foi expulso da PF por “uso indevido do cargo” durante a operação. Paulo Lacerda foi exonerado da ABIN e sofreu um “exílio disfarçado”, nomeado como adido policial da embaixada brasileira em Lisboa.

¹¹ Sanctis, Fausto Martins de. “Opor-se à delação premiada é repelir a justiça”. Revista Época, 03/07/2015. Disponível em: <http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/07/fausto-de-sanctis-opor-se-delacao-premiada-e-repelir-justica.html>. Acesso em 07 out. 2015.

¹² Sanctis, *op. cit*

“o sigilo de seu teor (da delação) é questão de preservação tanto do delator quanto do delatado, e sua revelação pode levar a um prematuro juízo ético-retributivo, sem a ocorrência da indispensável checagem de seu conteúdo e de sua veracidade”¹³.

Para muitos críticos da operação Lavajato, ressalvas como as de De Sanctis não têm sido observadas. Argumentam que o artigo 4º da Lei 12850 estabelece que a colaboração premiada deve ser voluntária, e acordos feitos por indivíduos presos não podem ter essa característica. O presidente da OAB-MG, Luís Cláudio Chaves, afirmou, em relação às chamadas prisões cautelares, efetuadas antes de concluído o processo penal, de maneira geral: “O que temos a falar, em razão da defesa da Constituição da República e da legislação penal, é que as prisões provisórias e preventivas têm que ser, em um regime democrático, exceções e não a regra”¹⁴. No caso específico das prisões decretadas pela Operação Lavajato, Chaves comentou que não pode entrar no conteúdo destas, por desconhecer os autos, mas ressaltou que

“prisões provisórias no condão de provocar uma delação premiada violam garantias individuais dos direitos humanos e colocam em risco a democracia (...) a pessoa (...) não pode sofrer nenhum tipo de coação, seja de natureza moral ou física, com privação de liberdade para fazer uma delação (...) acho um erro da Justiça fazer uma prisão provisória, ter um prazo pequeno para obter provas e, daí, prorrogar essa prisão no sentido de fazer com que esse preso venha a fazer uma delação”¹⁵.

E sobre a colaboração premiada arrematou: “não vou criticar o instituto em si, mas a forma de alguns de conduzi-lo”. Neste mesmo sentido o manifesto do Conselho Federal da OAB, em dezembro do ano passado, que afirma que a corrupção é uma chaga que drena recursos públicos e que “o povo brasileiro exige a investigação minuciosa de todos os fatos, bem como a responsabilização civil, administrativa e criminal dos autores dos delitos apurados”. Em seguida, pontua:

“alertamos que o propósito de investigar profundamente não pode implicar a violação dos princípios básicos do Estado de Direito. É inadmissível que prisões provisórias se justifiquem para forçar a confissão de acusados. O combate à corrupção não legitima o atentado à liberdade.”¹⁶

¹³ Sanctis, *op.cit.*

¹⁴ Chaves, Luís Cláudio. “Risco à democracia – Entrevista” Revista Viver Brasil, 24/07/2015, pg. 38-41.

¹⁵ Chaves, *op. cit.*

¹⁶ Ordem dos Advogados do Brasil. “OAB se manifesta contra a corrupção e pelo direito de defesa”. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/27880/oab-se-manifesta-contr-a-corrupcao-e-pelo-direito-de-defesa>. Acesso em 07 out. 2015.

Mas muitos defendem os procedimentos da Operação Lavajato, particularmente membros do Ministério Público. O procurador Rodrigo de Grandis pensa que as prisões antes do processo e do julgamento definitivo não desvirtuam a Operação Lavajato ou o instituto da colaboração premiada. Ressalta que, dos dezessete investigados que fizeram tais acordos na referida Operação somente quatro estavam presos. E, continuando a argumentação, lembra que, como a colaboração premiada possui as características de um contrato, realizado entre o acusado/investigado e os representantes do poder público, é preciso

“buscar no Direito Civil, particularmente na teoria dos negócios jurídicos – porque a colaboração premiada é inegavelmente um negócio jurídico – a resolução da questão relacionada à prisão cautelar retirar ou não do agente a voluntariedade para assinar o contrato de colaboração. Em outros termos: o fato de a pessoa encontrar-se presa preventivamente por ordem de autoridade judiciária no curso de uma investigação criminal ou de uma ação penal caracteriza motivo jurídico suficientemente hábil para anular o acordo de colaboração premiada?”¹⁷

Ele recorre ao Direito Civil para argumentar que não. A citação é longa, mas vale ser reproduzida:

“o artigo 171, II, do Código Civil, estabelece que, afora os casos expressamente declarados em lei, é anulável o negócio jurídico por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores. Apenas a coação interessa (...) haja vista que a custódia cautelar de alguém representa, sem dúvida, uma modalidade de constrangimento, coerção ou restrição à liberdade de locomoção do cidadão. Pelo artigo 151 do Código Civil, para viciar a declaração de vontade de alguém, a coação há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou a seus bens. A leitura isolada desse artigo levaria à conclusão que a prisão invalidaria a colaboração premiada. Deveras, ela evidentemente constitui um dano à liberdade de ir e vir do agente, eventual colaborador. (...) O artigo 153 do Código Civil, todavia, é expresso ao determinar que não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito. Eis, aqui, a nota fundamental. O mal prenunciado, para representar coação e consequentemente viciar a vontade do sujeito, deve ser injusto, ilícito, ilegal. Enfim, deve ser contrário ao direito. Se legal ou jurídico, afasta-se a coação (...) Desse modo, é possível deduzir que, por traduzir um ato emitido em conformidade com o direito, ou seja, uma vez decretada por um juiz quando presentes os fundamentos legais, o fato de o agente encontrar-se preso temporária ou preventivamente por si só não invalida o acordo de colaboração premiada”¹⁸.

¹⁷ Grandis, Rodrigo de. “Prisão não invalida a delação premiada”. Revista eletrônica JOTA, 05/08/2015. Disponível em: <http://jota.info/rodrigo-de-grandis-prisao-nao-invalida-a-delacao-premiada>. Acesso em 12 out. 2015.

¹⁸ Grandis, *op.cit.*

O argumento, em resumo, é que para ser caracterizado coação o ato deve ser contrário à lei, e que uma prisão decretada pelo juiz “quando presentes os fundamentos legais” não é contrária à lei, portanto não é uma coação.

Argumentação falha. A consideração de que um ato legal e jurídico não seja coator insere-se no âmbito do direito privado, do direito civil, e não do direito público, penal. O “exercício normal de um direito” aludido pelo artigo 153 do Código Civil, citado pelo procurador, refere-se a um direito subjetivo, a um bem jurídico cujo titular é um particular, que pode exercer seu direito subjetivo perante outrem, exigindo-lhes, inclusive, certas condutas. Assim, o que a norma do referido artigo pretende regular é, por exemplo, a seguinte situação: uma empresa vende, a prestação, uma mercadoria a um cliente, que deixa de cumprir a obrigação de pagar tais prestações. A empresa manda uma carta ao devedor “ameaçando” processá-lo judicialmente e/ou incluir seu nome nos cadastros públicos de inadimplentes. Essa “ameaça” não configura uma coação, mas “o exercício legal de um direito”, de um direito subjetivo da empresa, o de cobrar dos devedores pelos meios legais. Se a empresa promettesse surrar ou matar o devedor, ou algo semelhante, isso, sim, constituiria uma coação, um ato ilegal.

Bem distante dessa situação o juiz que determina a prisão de alguém, mesmo que presentes os fundamentos legais. Não opera, aí, uma lógica de direito privado, mas de direito público. Certo: o Estado, por intermédio do juiz, tem o poder e o dever de prender quem comete um crime. *Mas não há, aí, o exercício de um direito privado subjetivo, que é o objeto do artigo 153 do Código Civil. Há uma dinâmica de direito público, e o direito penal não perde sua qualidade fundamental de direito público só porque pode utilizar, em situações definidas e excepcionais, institutos de direito privado, como o acordo de colaboração premiada.* Não é adequado usar a lógica do direito privado para justificar uma situação de direito público.

Além disso, é fundamental lembrar que nem todas as prisões são decretadas quando presentes os fundamentos legais. Tanto não o são que há o instituto jurídico, fundamental para o Estado democrático de direito, do *habeas corpus*, previsto justamente para garantir que o cidadão não sofra violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder.

De qualquer forma, o juiz Sérgio Moro tem usado argumentos semelhantes ao do procurador De Grandis para defender que as prisões efetuadas na operação não tem relação com os acordos de colaboração premiada, pois: a) não há, em

outros países, proibição de que pessoas presas façam acordos de delação premiada; b) o motivo principal que leva os investigados/acusados/réus a celebrarem estes acordos é o temor em relação a uma condenação futura; e, finalmente, c) a legalidade destas prisões têm sido confirmada por tribunais superiores quando do julgamento de *habeas corpus*.

Começando pela primeira argumentação, mesmo que não se proíba, em outros países, o acordo de colaboração com indivíduos presos, a questão é: prende-se, nestes países, com tanta facilidade como no Brasil? Há, nestes países, tantos cidadãos presos que ainda estão na condição de investigados ou de acusados, ou seja, que não receberam uma condenação criminal contra a qual não caibam mais recursos?

Segundo dados do Ministério da Justiça, havia, em junho de 2013, 581 mil pessoas privadas de liberdade no Brasil, 254 mil (43,8%) destas sem condenação definitiva¹⁹. Mas este número é maior, de acordo com o defensor público Bruno Shimizu, do Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, pois só se contam como provisórios os que não tiveram sequer um julgamento de 1ª instância, ao invés de se considerar todos os que não tiveram o trânsito em julgado da condenação: “Os dados (...) não mostram um número real porque quando a pessoa tem uma sentença de 1º grau ela continua sendo inocente até o fim do processo”²⁰. Segundo o defensor público Patrick Caciado, coordenador do citado Núcleo da Defensoria paulista,

“O Brasil é conhecido internacionalmente como um país que extrapola qualquer limite no número de prisões preventivas. É uma prisão que pela Constituição é excepcionalíssima e na prática ela é a regra. No fim das

¹⁹ Os dados do Ministério da Justiça sobre o sistema prisional brasileiro são fornecidos pelos governos estaduais, responsáveis pela maioria das prisões brasileiras. Já os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) baseiam-se nos levantamentos das varas de execução penal. Até 2013, os dados do CNJ assemelhavam-se aos do Ministério da Justiça, apresentando uma população carcerária de 563 mil pessoas no Brasil, sendo 231 mil provisórios, cerca de 41% do total. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. “Diagnóstico de pessoas presas”. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acesso em 14 out. 2015. Entretanto, a partir de 2014 uma modificação na metodologia do CNJ fez tal porcentagem de presos provisórios baixar: passou-se a incluir, formalmente, no sistema carcerário, os indivíduos em cumprimento de prisão domiciliar, cerca de 147 mil pessoas, o que fez com que o número total de presos no país passasse para mais de 711 mil – por isso, a porcentagem de presos provisórios, sobre esse total aumentado, obviamente baixou, dos antigos 41% para 32%. Contudo, segundo a instituição Conectas, de Direitos Humanos, tanto os dados do Ministério da Justiça quanto do CNJ são problemáticos. (Conectas – Direitos Humanos – “Mapa das prisões”. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/noticia/25378-mapa-das-prisoas>. Acesso em 21 out. 2015) Quanto aos dados do CNJ, e à mudança na metodologia, a Conectas alerta que “o Conselho não determina o período abarcado pelos relatórios – que não são periódicos e dependem, em grande medida, das informações repassadas pelos juízes”. (Conectas – Direitos Humanos, *op. cit.*)

²⁰ Shimizu, Bruno *in* Dip, Andréa. “No Brasil, 40% dos presos são provisórios”. Revista Carta Capital, 05/02/2015. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/prende-primeiro-pergunta-depois-2548.html>. Acesso em 14 out. 2015.

contas, serve como uma forma antecipada de pena e como forma de contenção social mesmo”²¹.

Segundo pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA), em parceria com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do Ministério da Justiça, mais de 37% dos presos provisórios não foram condenados à prisão ao final do processo ou receberam uma pena menor do que o período em que ficaram encarcerados²².

Claro, portanto, que há um abuso nas prisões cautelares no país, que tem sido sistematicamente desrespeitado o princípio constitucional que determina que as prisões antes do trânsito em julgado da sentença criminal sejam exceções, e não regra.

A epidemia de prisões antes do julgamento, contudo, não é geral no Brasil, mas socialmente determinada: abate-se sobre os desfavorecidos, para os poderosos vale o exato contrário, valem o garantismo e o formalismo jurídicos extremos.

Tão extremos que, compreensivelmente indignado com tal situação, o procurador mineiro Marcelo Cunha de Araújo escreveu que um acusado criminal dificilmente será condenado se preencher alguns requisitos: a) ter residência e emprego fixos; b) ter dinheiro e recursos suficientes para conseguir uma boa e interessada defesa:

²¹ Caciado, Patrick *in* Dip, *op. cit.* Para tentar diminuir o número excessivo de presos, com ou sem condenação definitiva, e o déficit de vagas no sistema prisional foi editada, em 2011, lei 12.403, Lei de Medidas Cautelares, com o objetivo de oferecer penas alternativas à prisão. Mas o número de presos só tem aumentado. A causa principal, apontam os estudiosos, é a Lei 11.343, de 2006. Tal lei, referente ao uso e tráfico de drogas, tinha o declarado intuito de evitar que o usuário fosse privado de liberdade, medida que seria imposta apenas ao traficante. O problema é que o discernimento entre usuário e traficante não depende da quantidade de droga encontrada, mas da presunção de policiais, delegados, promotores e juízes. E muitas vezes, assegura Shimizu, essa presunção é socialmente determinada. “Se a pessoa tem dinheiro para comprar, é usuária; se não tem, é traficante. É um argumento totalmente preconceituoso, que passa pela cor da pele, pelo lugar onde a pessoa mora e como está vestida”. (Shimizu, Bruno *in* Dip, *op. cit.*) O fato é que, hoje, 45,6% das mulheres e 24% dos homens encarcerados respondem por questões de drogas. Antes da lei, em 2005, esses percentuais eram de 24,7% e 10,3%, respectivamente. E para fazer frente ao aumento no número de presos, o poder público tem lançado mão de um expediente polêmico: as penitenciárias privadas. Muitos contestam o fato de o Estado delegar a empresas seu poder punitivo e o monopólio legal da violência. Não é objetivo deste artigo discutir a fundo questão de tal complexidade. Registre-se, somente, que, no contrato de parceria público-privada que viabilizou a inauguração da penitenciária privada de Ribeirão das Neves, o poder público garante o suprimento mínimo de 90% da capacidade do presídio durante os 27 anos de vigência do contrato, e que o “público-alvo” desta penitenciária não inclui presos de facções criminosas, estupradores e presos de mau comportamento – estes, os mais difíceis, permanecem sob a responsabilidade do Estado, para não atrapalhar a “viabilidade econômica” das prisões privadas. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1424>. Acesso em 30 set. 2015.

²² Brasil. Instituto de Pesquisas Econômicas e Aplicadas – IPEA. “Relatório de aplicação de penas”. Disponível em:

http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf. Acesso em 15 out. 2015.

c) não deixar seu caso cair na mídia. A circunstância a) e, mais ainda, a circunstância b), impedem que os pobres, marginalizados e desfavorecidos usufruam do que revoltou o procurador Araújo: o hiper-garantismo jurídico, desenvolvido para funcionar para poucos²³. O cientista político Guilherme O' Donnell, analisando os regimes políticos latino-americanos, afirmou que eles possuíam uma característica bifronte, sendo porosos aos interesses das camadas dominantes, e invasivos e autoritários em relação às camadas dominadas²⁴. Pois o sistema jurídico brasileiro, em geral, e seu subsistema penal, particularmente, guarda essa mesma característica: favorável aos de cima, desfavorável aos de baixo. Já a circunstância c) é de suma importância. A mídia, nos últimos anos, tem influído diretamente em julgamentos criminais, mormente quando concede uma grande repercussão ao acontecido.

Em vista disso, os outros dois argumentos dos defensores das prisões e das colaborações premiadas na Lavajato, de que os acordos são assinados por medo da condenação judicial, e de que as prisões são plenamente legais por serem confirmadas por instâncias superiores do Judiciário, devem ser analisados considerando-se o fator mídia - fundamental na questão da Operação Lavajato em particular, e na questão mais geral da percepção social da corrupção no Brasil. Tão fundamental que o procurador Carlos Fernando Lima, da força-tarefa que cuida da Operação, fez um apelo, em abril deste ano, durante entrevista coletiva à imprensa, pedindo à mídia ampla divulgação da investigação, para que esta “não morresse em processos intermináveis na justiça”²⁵.

Faz sentido o pedido. A manutenção das prisões pelos órgãos superiores do Judiciário tem sido justificada pela “comoção pública” gerada pelo caso. O ministro do Superior Tribunal de Justiça, desembargador Newton Trisotto, responsável pelas ações da Lavajato, negou pedidos de *habeas corpus* dos suspeitos presos por ordem do juiz Moro afirmando que a “repercussão pública” dos crimes justifica a medida. Ao manter a prisão de um ex-diretor da Petrobras, e, posteriormente, de um executivo da construtora OAS, o desembargador Trisotto afirmou que nenhum caso de corrupção nas últimas cinco décadas havia causado tanta indignação na sociedade como os fatos investigados na Lavajato²⁶.

²³Araújo, Marcelo Cunha. Só é preso quem quer: bastidores do sistema de punição seletiva. Niterói: Impetus, 2012.

²⁴O'Donnell, Guillermo A. “Análise do autoritarismo burocrático”. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

²⁵“Apuração da “lavajato” levará a “mares nunca d'antes navegados”, afirma procurador”. Jornal Estado de São Paulo, 10 de abril de 2015. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,apuracao-da-lava-jato-levara-a-mares-nunca-dantes-navegados-diz-procurador,1667388> Acesso em 28 out. 2015.

²⁶“Presidente do STJ prorroga permanência ministro Newton Trisotto”. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 27/05/2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-27/permanencia->

Diz-se que decisões judiciais cumprem-se, e ponto final. Mas em uma democracia esse ponto final é estritamente jurídico, formal. Não se pode negar à cidadania o direito de, mesmo cumprindo-as, discutir e, se for o caso, criticar decisões judiciais. Inclusive porque este é um dos modos de Direito renovar-se, evitando o esclerosamento e a repetição de formas vazias de sentido e utilidade coletiva²⁷.

Seria justo, então, do ponto de vista democrático e social, e produtor, do ponto de vista jurídico, manter-se alguém preso em nome do “clamor popular”? Alguém pode argumentar que se a democracia é – ou pretende ser - um regime de empoderamento do povo, nada melhor do que se ouvir o clamor popular. Mas a democracia não pode se resumir ao respeito à vontade da maioria, deve cuidar, também, de valores, direitos e garantias fundamentais, “mesmo contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos”, lembra o ministro do STF Luis Roberto Barroso – ou de quem tem a mídia a seu favor, diríamos. E por conta desses valores e direitos fundamentais constarem da Constituição Federal, e de o Judiciário, e particularmente o STF, serem os guardiães desta Constituição, o juiz, garante Barroso,

“deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição do funcionamento do constitucionalismo democrático”²⁸

Além disso, e se esse “clamor popular” for manipulado por uma mídia facciosa? E se essa mídia, no vácuo da ineficiência da ordem jurídico-estatal em combater a corrupção e a violência, extrapolar sua função de formadora da opinião pública para se alçar à condição de “justiceira”, semeando, de forma análoga aos tristemente famosos “justiceiros” de esquadrões da morte, a intimidação e a injustiça por meio de julgamentos sumários? Nesse caso, o que um investigado/acusado/réu teme, ao ponderar fazer ou não uma colaboração premiada, não é propriamente a condenação criminal – ainda mais se tiver as condições citadas pelo procurador Araújo: emprego, residência fixa e dinheiro para uma boa defesa. Teme a condenação da mídia. Por isso a advertência do desembargador De Sanctis, de que se deve evitar, na delação

[desembargador-newton-trisotto-stj-prorrogada](#). Acesso em 14 out. 2015.

²⁷ Moro e colegas do Ministério Público construíram seus procedimentos utilizados na Lavajato justamente na reação e na crítica a uma jurisprudência que consideram pernicioso e carente de superação.

²⁸ Barroso, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 13 nov. 2015.

premiada, o juízo ético-retributivo precoce, ou seja, as condenações antecipadas da mídia.

Uma coisa, crucial, é a mídia informar. Outra é querer, ela própria, fazer justiça, inaugurando o que alguns estudiosos têm chamado de “Direito Penal midiático”. A mídia não tem os meios e a legitimidade institucional para isso. Primeiro, porque, no Brasil, faltam referências legais suficientes para garantir o direito de expressão e informação, e, ao mesmo tempo, relacioná-lo ao exercício outros direitos, tão importantes quanto ele. Isso acontece com *todo* direito constante de um ordenamento legal democrático, o qual não comporta direitos absolutos, mas sempre relativos e condicionados uns pelos outros. Não é democrático afirmar que o direito de expressão é absoluto frente a outros direitos, e que o poder público não deve regulá-lo - incluindo nessa regulação o estímulo à desconcentração dos grupos empresariais em prol da pluralidade da opinião pública. Segundo, porque a mídia não tem a neutralidade política necessária para essa tarefa, apresentando, muitas vezes, os escândalos políticos que lhe convém e na medida em que lhe interessa²⁹.

SEÇÃO II – LIMITES E POLÊMICAS DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Assim, o juiz Moro está sendo incoerente quando argumenta que os acusados fazem acordo por medo da condenação criminal, mas, ao mesmo tempo, se indigna porque condenações criminais em crimes de corrupção são raras - “contam-se como exceções processos contra crimes de corrupção e lavagem que alcançaram bons resultados”.

E é importante lembrar que Moro escreveu um artigo, em 2004, defendendo justamente o que chamou de “círculo virtuoso” de prisões pré-julgamento, confissões a partir daí, e publicidade da mídia a essas confissões. No artigo “Considerações sobre a Operação *Mani Pulite*”³⁰, ele avalia a Operação Mãos Limpas, que sacudiu a Itália na década de 1990. Inicia o texto parecendo antecipar a disjunção

²⁹Para uma boa referência sobre a parcialidade da mídia brasileira, pode-se consultar o site “Manchetômetro”, mantido pelo Laboratório de Estudos de Mídia e Esfera Pública, sediado no Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) www.manchetometro.com.br

³⁰ Moro, Sérgio Fernando. “Considerações sobre a Operação *Mani Pulite*”. Revista CEJ, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004.

que faz atualmente entre a prisão antes do julgamento e a colaboração premiada, pois afirma:

“Não se prende com o objetivo de alcançar confissões. Prende-se quando estão presentes os pressupostos de decretação de uma prisão antes do julgamento. Caso isso ocorra, não há qualquer óbice moral em tentar-se obter do investigado ou do acusado uma confissão ou delação premiada, evidentemente sem a utilização de qualquer método interrogatório repudiado pelo Direito”.³¹

Entretanto, logo após, ele assevera:

“Por certo, a confissão ou delação premiada torna-se uma boa alternativa para o investigado apenas quando este se encontrar em uma situação difícil. De nada adianta esperar ato da espécie se não existem boas provas contra o acusado ou se este não tem motivos para acreditar na eficácia da persecução penal. A prisão pré-julgamento é uma forma de se destacar a seriedade do crime e evidenciar a eficácia da ação judicial, especialmente em sistemas judiciais morosos”.³²

Moro cita amplamente, também, o trabalho de dois especialistas italianos em estudos sobre corrupção, Donatella della Porta e Alberto Vanucci, que reportam, a respeito da Operação Mãos Limpas:

“A estratégia de investigação adotada desde o início do inquérito submetia os suspeitos à pressão de tomar decisão quanto a confessar, espalhando a suspeita de que outros já teriam confessado e levantando a perspectiva de permanência na prisão pelo menos pelo período da custódia preventiva no caso da manutenção do silêncio ou, vice-versa, de soltura imediata no caso de uma confissão”³³.

E nessa estratégia de colocar o investigado/acusado em “situação difícil”, o papel dos vazamentos da mídia foi fundamental, lembra Moro, ressaltando que os responsáveis pela operação *mani pulite* fizeram largo uso da imprensa. Moro transcreve o depoimento do jornalista norte-americano Mark Gilbert sobre a questão:

“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 simpaticantes (...) os vazamentos serviram a um propósito útil. O constante fluxo de revelações manteve o interesse do público elevado e os líderes partidários na defensiva”³⁴.

E, a seguir, Moro completa:

³¹ Moro, *op. cit.*, pg. 58.

³² Moro, *op. cit.* pg. 58/59

³³ Porta/Vanucci *apud* Moro, *op. cit.*, pg. 58.

³⁴ Gilbert, *apud* Moro, *op. cit.*, pg. 59.

“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 tentado”.³⁵

A preocupação do desembargador De Sanctis com os danos precoces e indevidos a eventuais inocentes levados de roldão no turbilhão das acusações e delações não parece estar no horizonte do juiz Moro. Ele reconhece que a “publicidade das investigações” traz o risco de lesões indevidas à honra, mas pondera:

“Cabe aqui, contudo, 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”.³⁶

Ou seja, deve-se tomar cuidado com a revelação de fatos da investigação, para se evitar o pré-julgamento de inocentes, mas não se pode proibir qualquer forma de divulgação, pois essa publicização é crucial – ela seria, portanto, a regra, e o cuidado, a exceção. Mas *como* se tomaria esse cuidado? Como ele é possível se os vazamentos são a regra? Se tais vazamentos, para cumprir o objetivo de deixar os envolvidos “na defensiva”, têm de ser rápidos, imediatos? E quem tomaria esse cuidado, os agentes do estado (policiais, procuradores, magistrados) ou a mídia? Os primeiros teriam condições de, no calor de um depoimento, de uma delação, “separar o joio do trigo”? E a mídia, especialmente a brasileira, tem a isenção e o profissionalismo necessários para tais cuidados?

Moro revela-se um entusiasta da Operações Mãos Limpas. Cita estudos que apontam que, após a Operação, vários contratos públicos teriam sido firmados com preços menores que os anteriores. Mas admite, pertinentemente, que mesmo uma ação judicial complexa e eficaz como a Mãos Limpas pode interromper o ciclo ascendente da corrupção, mas não pode eliminá-la, se não forem atacadas suas causas estruturais.

E talvez porque, na Itália, não tenham sido atacadas essas causas estruturais, o resultado, a longo prazo, da Operação Mãos Limpas não foi, infelizmente, tão auspicioso. O próprio Moro, escrevendo em 2004, reconhece:

“Não deixa de ser um símbolo das limitações da operação *mani pulite* o cenário atual da política italiana, com o cargo de primeiro-ministro sendo

³⁵ Moro, *op. cit.* pg. 59.

³⁶ Moro, *op. cit.* pg. 59.

ocupado por Silvio Berlusconi. Este, grande empresário da mídia local, ingressou na política em decorrência do vácuo de lideranças provocado pela ação judicial e mediante a constituição de um novo partido político, a *Forza Italia*. Não obstante, o próprio Berlusconi figura desde 1994 entre os investigados pelos procuradores milaneses por suspeita de corrupção de agentes fiscais (...) Tendo ou não Berlusconi alguma responsabilidade criminal, não deixa de ser um paradoxo que ele tenha atingido tal posição na Itália mesmo após a operação *mani pulite*”.³⁷

Para o professor Alberto Vanucci não há paradoxo. Ele explica o fenômeno Berlusconi pelo fato de que “a corrupção política ainda é sistêmica na Itália”, por conta de fatores culturais e institucionais aos quais não se deu a devida atenção. Assim, o impacto da *mani pulite* na corrupção foi limitado, e “a ênfase excessiva no papel dos magistrados, aos quais a sociedade civil delegou a tarefa de renovar a classe política e purificar o sistema inteiro, acabou por ser um bumerangue”³⁸. Com isso, o legado político da operação foi a escalada da tensão institucional entre os poderes políticos e o judiciário. O legado social foi um pessimismo profundamente enraizado sobre a integridade das elites econômicas e políticas, uma deslegitimação das autoridades institucionais, e o reforço da tolerância social de práticas ilegais. E o legado econômico, o esmaecimento maior ainda das linhas de divisão entre o mercado e as atividades de estado, o privado e o público. Vanucci conclui que o direito penal é um meio crucial de combate à corrupção, mas não é, definitivamente, o único:

“Os inquiridos da *mani pulite* expuseram corajosamente, mas não puderam resolver a questão da corrupção disseminada na Itália. Para um aperfeiçoamento efetivo na qualidade da ética pública seria preciso o interesse específico e a ação deliberada de atores políticos de ponta, ou um apoio forte e duradouro a uma ampla agenda anticorrupção. Nenhuma das duas condições, contudo, se fez presente”.³⁹

Em nosso entendimento, essa ampla agenda anticorrupção deveria passar, entre outras providências, pelo corte das ligações sistêmicas e ilícitas entre a ordem política e o grande capital, especialmente o financeiro, como a contumaz evasão fiscal e o financiamento ilegal de campanhas políticas. Tais práticas permitem que boa parte do Estado e do grande capital se configurem, em conjunto, como um polo detentor de enorme quantidade de poder perante o restante da sociedade civil, gerando aguda e

³⁷ Moro, *op. cit.* pg. 60.

³⁸ Vanucci, Alberto. “The controversial Legacy of 'Mani Pulite': a critical analysis of Italian corruption and anti-corruption policies”. *Bulletin of Italian Politics*, vol. 1, no. 2, 2009, 233-64. pg. 258, tradução minha.

³⁹ Vanucci, *op. cit.* pg. 259, tradução minha.

anti-democrática assimetria de forças. O que aconteceu na Itália pode ser interpretado por esta passagem de Boaventura de Souza Santos:

“Os sistemas políticos convivem, hoje, sem grandes perturbações para a sua estabilidade, com níveis elevados de criminalidade individual, dita comum. Já o mesmo não sucede com três outros tipos de criminalidade, o crime organizado, o crime político e o crime cometido por políticos no exercício das suas funções ou por causa ou em consequência delas, como é o caso da corrupção (...). As dificuldades do sistema político perante estes tipos de criminalidade resultam de uma situação paradoxal, susceptível de ocorrer mais frequentemente do que se pensa. Por lado, a existência desta criminalidade e a sua impunidade pode, para além de certos limites, pôr em causa as próprias condições de reprodução do sistema. Mas, por outro lado, o mesmo pode ocorrer se a punição dessa criminalidade, pela sua sistematicidade e dureza, contribuir para cortar eventuais ligações do sistema político com tal tipo de criminalidade no caso de tais ligações serem vitais para a reprodução do sistema político. Devido a este paradoxo, a actuação repressiva dos tribunais ocorre frequentemente num fio de navalha, sempre aquém das condições que poderiam maximizar a sua eficácia, e, por isso, sujeita a críticas contraditórias”⁴⁰

A política tradicional italiana “desmoronou”, levando de roldão partidos e personagens históricos⁴¹, porque a punição judicial dessa criminalidade, cujas ligações com o sistema político eram “vitais para sua reprodução”, foi exercida com extrema eficácia pela Mãos Limpas. Mas como não se modificaram as estruturas institucionais e culturais subjacentes, a corrupção italiana, que se pensou, por um momento, ceifada na raiz pela brilhante ação judicial, rebrotou imediatamente, tão ou mais forte que antes.

O financiamento ilegal e desmesurado de campanhas políticas é uma dessas ligações sistêmicas do sistema político com a ilegalidade, vitais para a reprodução do mesmo. É uma das mais importantes portas de entrada para que a corrupção se acople ao sistema político. E traz não somente a corrupção em sentido estrito - da empresa que paga a campanha do político e depois superfatura a obra que este lhe dá para fazer - mas outra corrupção mais difusa, menos apontada, porém tão grave quanto: aquela que avilta a representação popular, e, destarte, a própria democracia. O que, em boa medida, está representado, hoje, em vários sistemas políticos, é o dinheiro, e não a vontade popular.

⁴⁰ Santos, Boaventura de; Marques, Maria Manuel L.; Pedroso, João; Ferreira, Pedro Lopes. Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português. Porto: Ed. Afrontamento, 1996. pg. 54.

⁴¹ O único dos grandes partidos italianos a sair basicamente ileso dos escândalos e julgamentos foi o Partido Comunista.

Paulo Roberto Costa, ex-diretor de abastecimento da Petrobras, assinou acordo de colaboração premiada crucial para o deslindamento dos esquemas de corrupção na estatal. Condenado pela Justiça (em pena mais branda devido ao acordo), afirmou, em um depoimento à CPI que investiga a corrupção na Petrobras, o que é de amplo conhecimento: várias doações das empresas investigadas vieram de propinas obtidas em seus contratos com a Petrobras. Doações oficiais, ele ressaltou⁴².

Pela íntima relação entre a corrupção e as doações de campanha – oficiais e não oficiais -, estas últimas constituem, obviamente, um fio da meada que qualquer investigação profunda sobre malversação de dinheiro público deveria seguir. A grande mídia brasileira tem apresentado a Operação Lavajato como um divisor de águas no combate à corrupção no Brasil, como a oportunidade de “passar a limpo” o esquema viciado de relação entre o público e o privado. Mas a relação corrupção/doações de campanha no Brasil tem sido investigada a fundo, em toda sua extensão, pela Operação?

Em março de 2015, o Ministro do STF, Teori Zavascki, aceitou denúncia do Ministério Público e determinou a abertura de inquéritos para investigar 50 políticos que poderiam estar envolvidos com o desvio de verbas na Petrobras. Destes 50 deputados, senadores e governadores, a maioria, 31 deles, eram do PP⁴³, 8 do PMDB, 8 do PT, e 1 de PTB, SD e PSDB, cada. Ou seja, 47 políticos da chamada “base aliada do governo federal” - PP, PMDB e o próprio PT – e somente 3 políticos de outros partidos.

Mas segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral, dos 32 partidos políticos registrados no Brasil em 2014, 28 receberam doações eleitorais das empreiteiras acusadas pelo Ministério Público de formarem um cartel para desviar recursos da Petrobras⁴⁴. Nas eleições de 2010 e 2014 essas empreiteiras doaram, oficialmente, 822 milhões de reais a esses 28 partidos. Cerca de 70% deste valor foram para os três maiores partidos, PT, PMDB e PSDB – 33% para o PT, 20% para o PSDB, e 17% para o PMDB. Os nove partidos componentes da chapa que elegeu Dilma Roussef Presidente da República em 2014 (PT, PMDB, PSD, PP, PR, Pros, PDT, PC do B e PRB), amealharam, em conjunto, mais de 523 milhões (cerca de 63%) destas

⁴²Jornal O Globo, 05/05/2015. “À CPI, Costa diz esperar que seu 'sacrifício' não seja em vão”. Disponível em : [globohttp://g1.globo.com/politica/noticia/2015/05/cpi-costa-diz-esperar-que-seu-sacrificio-nao-seja-em-vao.html](http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/05/cpi-costa-diz-esperar-que-seu-sacrificio-nao-seja-em-vao.html). Acesso em 22 out. 2015.

⁴³ Quarto maior partido brasileiro, atrás de PMDB, PT e PSDB, o PP (Partido Progressista) é oriundo da antiga ARENA, partido de sustentação do regime militar. Seu quadro político mais conhecido é o ex-prefeito e ex-governador de São Paulo, Paulo Maluf. Desde a redemocratização, o PP apoia e participa de todos os governos, seja de que tendência política for. Ao longo dos governos Lula e Dilma, o partido deteve posições importantes, como o Ministério das Cidades e o da Integração Nacional, comandando programas como o “Minha Casa Minha Vida” e a Transposição do Rio São Francisco.

⁴⁴ Só não receberam doações das empresas agremiações de esquerda como o PSOL, PSTU, PCB e PCO.

doações. Os outros 37% das doações, mais de 298 milhões de reais, foram para partidos que não fazem parte da chamada “base aliada”, ou seja, partidos que fazem oposição sistemática ou eventual ao governo federal⁴⁵.

Se a base aliada recebeu 63% das doações das empreiteiras investigadas, como se justifica que tenha quase a totalidade dos políticos acusados no escândalo da Lava Jato? Ao revés, como explicar que os principais partidos de oposição ao governo Dilma, PSDB, DEM, PPS e SD, tenham recebido, juntos, mais de 202 milhões dessas empreiteiras, quase 25% do total, e tenham tido somente 2 políticos denunciados?

A possível resposta de que os partidos de oposição não estão, evidentemente, no comando atual do governo federal, e, portanto, no comando atual da Petrobras é plausível, mas esbarra nas declarações de vários acusados e delatores da Operação, de que os esquemas de corrupção na estatal vinham desde a década de 1990, quando o PSDB detinha o governo federal, e que políticos deste partido se envolveram em esquemas ilícitos com a empresa⁴⁶.

Além disso, por mais relevância que os desvios na Petrobras indubitavelmente tenham, estes não são, infelizmente, o único âmbito em que a corrupção ocorre no Brasil. De acordo com os cálculos do Ministério Público o rombo nas contas da Petrobras deve chegar à casa dos 6 bilhões de reais. Muito dinheiro, realmente.

Mas o rombo que é investigado pela Operação Zelotes, que se debruça sobre as denúncias de manipulação de julgamentos no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), espécie de “tribunal” administrativo da Receita Federal, que funciona no âmbito do Ministério da Fazenda⁴⁷, tem, no mínimo, a mesma dimensão.

⁴⁵ “Prestação de Contas – Eleições 2014”. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-antiores/eleicoes-2014/prestacao-de-contas-eleicoes-2014/divulgacao-da-prestacao-de-contas-eleicoes-2014>. Acesso em 05 nov. 2015.

⁴⁶ Em seu acordo de colaboração premiada, o ex-gerente executivo de Engenharia da Petrobrás, Pedro Barusco, afirmou ter recebido propina desde 1997, período de gestão do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso. Jornal Estado de São Paulo, 05/02/2015. “Ex-gerente da Petrobras diz ter recebido propina desde 1997”. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ex-gerente-da-petrobras-diz-ter-recebido-propina-desde-1997/>. Acesso em 04 nov. 2015. Já outro delator, também funcionário da Petrobras, Eduardo Musa, referiu as propinas a um tempo mais antigo ainda: 1978. Jornal Estado de São Paulo, 24/10/2015. “Ex-gerente da Petrobras diz que propinas remontam a 1978”. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ex-gerente-diz-que-propinas-na-petrobras-remontam-a-1978/>. Acesso em 05 nov. 2015.

⁴⁷ Se um contribuinte, pessoa física ou jurídica, recebe uma multa da Receita Federal por alguma infração tributária pode, antes de ingressar na Justiça, contestar tal multa na esfera administrativa, ou seja, na própria Receita/Ministério da Fazenda. Ele o faz, primeiramente, perante as Delegacias Regionais de Julgamento (DRJ) da Receita Federal. Se o auto de infração for mantido pela DRJ ele pode recorrer ao CARF. A Zelotes investiga esquemas de tráfico de influência para a venda de decisões do CARF em 74 julgamentos. Entre as empresas suspeitas de terem sido beneficiadas estão, segundo a Polícia Federal, os grupos Gerdau e RBS (Rede de TV afiliada à Rede Globo), as montadoras de automóveis Ford e

Investigações preliminares já constataram 5,7 bilhões de reais de impostos sonegados por via deste esquema, mas o valor envolvido nos julgamentos sob suspeição e investigação é mais de três vezes maior: 19 bilhões de reais. Pelo CARF tramitam, atualmente, recursos contra multas da Receita que atingem a ordem de R\$565 bilhões de reais.⁴⁸

Malgrado investigar um verdadeiro sangradouro de dinheiro público via corrupção e sonegação, a Operação Zelotes não está tendo a mesma fortuna jurídica e midiática que a Lavajato. No plano jurídico, o primeiro magistrado designado para supervisionar a Operação, cumprindo o papel que o Juiz Moro tem na Lavajato, o juiz Ricardo Augusto Soares Leite, da 10ª Vara Federal de Brasília rejeitou, ao contrário do juiz Moro, os pedidos de prisão temporária de 26 pessoas e quebras de sigilo de algumas delas e do próprio inquérito. Após o Ministério Público fazer uma representação na corregedoria do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região contra o juiz Leite, este foi substituído pela juíza Marianne Bezerra Sahtler Borré na 10ª. Vara Federal. Na mídia, a Zelotes não tem, nem de longe, a cobertura da Lavajato, portanto, “não se vê uma sensibilização da importância do caso”, afirmou o procurador Paiva.

Talvez porque, além de investigar grupos de mídia, a Operação Zelotes ponha o dedo na ferida de outro enorme veio de corrupção no país, a sonegação fiscal. Um estudo patrocinado pela Global Financial Integrity, entidade norte-americana especializada na análise de fluxos ilegais de recursos financeiros, e coordenado por Dev Kar, ex-economista sênior do Fundo Monetário Internacional, estima que, entre 1960 e 2012, saíram ilegalmente do Brasil mais de 400 bilhões de dólares – cerca de 1 trilhão e

Mitsubishi e os bancos Santander e Safra.

⁴⁸ O CARF é composto por conselheiros que, divididos por turmas julgadoras – conforme as questões tributárias de que se ocupem -, representam paritariamente o Estado (no caso, a Receita Federal) e a sociedade (no caso, os contribuintes). Os conselheiros que representam os contribuintes, geralmente advogados tributaristas, são indicados por entidades classistas patronais. As críticas apontam que o CARF tem sido instrumentalizado pelo grande capital para que possibilite uma sonegação fiscal maciça. A estrutura do CARF, segundo o procurador da República Frederico Paiva, responsável pela Operação Zelotes, “representa o que há de pior no Estado brasileiro”. Segundo a reportagem do site Consultor Jurídico: “Com uma estrutura ineficiente e burocrática, baixa informatização, distribuição manual e direcionada de processos, falta de transparência e ausência de critérios para compor as turmas, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais representa ‘o que há de pior no Estado brasileiro’, e favorece o tráfico de influência. Essa é a opinião do procurador da República Frederico Paiva, responsável pela operação zelotes, que investiga denúncias de que conselheiros do órgão se associaram a consultores e advogados para, mediante pagamento, influenciar nos julgamentos”. “Carf representa o pior do Brasil”, diz procurador que investiga o órgão”. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 13 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-13/carf-emula-pior-estado-brasil-procurador-zelotes?imprimir> Acesso em: 28 out. 2015.

600 bilhões de reais⁴⁹. Segundo Kar, só entre 2010 e 2012, as saídas ilegais foram de cerca de 33 bilhões de dólares ao ano.

Também ligado ao fluxo ilícito de capitais e à sonegação fiscal, outro escândalo de corrupção que não mereceu tanta atenção da mídia foi o da filial suíça do banco HSBC. Em 2009, um ex-funcionário de Tecnologia da Informação do HSBC forneceu ao fisco francês documentos que mostravam que o banco havia ajudado 106 mil clientes, de 203 países, a manter contas secretas na instituição com o fito de sonegar impostos no valor de 180 bilhões de euros (cerca de 720 bilhões de reais). A lista chegou às mãos de jornalistas de órgãos de imprensa como o *The Guardian*, inglês, e o *Le Monde*, francês, que o repassaram ao International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ – Consórcio Internacional de Jornalistas Investigativos), que compartilhou os dados com 140 jornalistas associados, de vários países, inclusive o Brasil. O relatório mostra que há 6.606 contas de brasileiros, no valor de 7 bilhões de dólares (quase 28 bilhões de reais). O jornalista associado ao ICIJ no Brasil é Fernando Rodrigues, do UOL, que divulgou, por enquanto, somente os nomes dos correntistas que são investigados pela Lavajato. O caso tem sido acompanhado por uma CPI do Senado, cujo prazo final é 22/12/2015.⁵⁰

Por conta dos desequilíbrios nas divulgações dos diversos casos de corrupção na mídia e no tratamento dado a eles pelo Judiciário, o PT e os defensores do governo Dilma, duramente acusados pela opinião pública em decorrência da operação Lavajato, tem reclamado bastante do que chamam de parcialidade da Polícia Federal, da Justiça e da mídia no processo. Para eles, a Lavajato tem sido conduzida de forma absolutamente enviesada, direcionada a prejudicar não somente o PT mas também a própria Petrobras, em meio a disputas e indefinições a respeito do modelo de exploração das reservas de petróleo do chamado “pré-sal”.

Os críticos afirmam que, aproveitando o prejuízo causado à imagem da Petrobras pela Lavajato, o projeto de lei do senador do PSDB José Serra, que retira a obrigatoriedade de a Petrobras ser a operadora única na exploração das reservas do pré-sal, contraria os interesses brasileiros, já que, muito mais que uma mercadoria, o

⁴⁹ Kar, Dev. *Brasil: fuga de capitais, os fluxos ilícitos e as crises macroeconômicas, 1960-2012*. Washington, DC: Global Financial Integrity, 2014.

⁵⁰ Em seu blog, o jornalista Fernando Rodrigues afirmou, em 15/07 que, “há um grande movimento em curso dentro do governo federal e até em setores da oposição para que a CPI do HSBC termine sem apurar nada. Muitos doadores de campanhas eleitorais tem seus nomes citados no escandalo”. Rodrigues, Fernando. “STF ajuda CPI do HSBC e permite quebra de sigilos no caso *Swissleaks*”. Disponível em: <http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2015/07/15/stf-ajuda-cpi-do-hsbc-e-permite-quebra-de-sigilos-no-caso-swissleaks/>. Acesso em 07 nov. 2015.

petróleo possui enorme relevância econômica, política e estratégica. Não é objetivo deste ensaio aprofundar-se em questão tão complexa e técnica como esta dos modelos de exploração das reservas de petróleo do pré-sal. Saliente-se, apenas, que muitos apontam que as causas da crise na Petrobras, que tem consequências deletérias para toda a economia e sociedade brasileiras, não se devem apenas às investigações judiciais, mas ao fato de que as finanças da empresa foram corroídas, nos últimos anos, por ela ter sido usada para manter os preços dos combustíveis artificialmente baixos e ter sido obrigada a arcar com a maioria dos investimentos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), e ao fato de que os preços do petróleo estão em queda no mundo todo. Ou seja, a Lavajato pode ter agravado a situação, mas a mais importante empresa brasileira estaria hoje, de qualquer forma, em maus lençóis devido à administração equivocada dos últimos governos federais e à conjuntura internacional desfavorável.

A situação das empreiteiras investigadas, contudo, parece estar diretamente relacionada à operação policial-judicial. E tais empreiteiras também movimentam boa parte da economia nacional. Elas ocupam o topo de uma cadeia econômica que, segundo o ministro Luís Adams, da Advocacia Geral da União, compõe-se de cerca de 50 mil outras empresas prestadoras e fornecedoras de produtos e serviços, responsáveis por 500 mil empregos e 13% do PIB nacional. A diminuição ou paralisação das atividades dessas empresas, portanto, gera um efeito dominó negativo sobre a economia e o desemprego. Em declaração dada à Revista *Vértice*, do Conselho Regional de Economia de Minas Gerais (CREA-MG), o ministro afirmou que a melhor saída para que a investigação de corrupção nestas empresas não comprometa a economia brasileira seriam os acordos de leniência, quando os grupos envolvidos assumem suas culpas e se comprometem a uma série de medidas para pagar financeiramente pelos crimes cometidos e evitar futuros desvios, em troca da volta à condição de poderem fechar contratos com a área pública.⁵¹ Adams assevera que,

⁵¹ Atinentes à atividade empresarial, os Acordos de Leniência são análogos à colaboração premiada. Foram previstos na Lei 12529, de 2011, cujo objetivo foi estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, combatendo crimes contra a ordem econômica e crimes como a prática de cartel. Por isso contam sempre com a participação, nas negociações, do CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência -, órgão que cuida de um fundamento ideológico do capitalismo liberal, a livre concorrência empresarial. As empresas devem identificar os demais envolvidos nas operações investigadas, fornecer informações que comprovem as infrações, cassar completamente a conduta desviante e ressarcir eventuais prejuízos. Em troca, não há denúncia contra a empresa e extingue-se a punibilidade do ilícito. Os malfeitos praticados pelas empresas investigadas/acusadas na Lavajato envolvem, geralmente, formação de cartel para fraudar licitações públicas. Por conta disso, o CADE e o Ministério Público já negociaram, no âmbito da Lavajato, acordos de leniência com as empresas SETAL e SOG Oleo e Gás, e com a construtora Camargo Correa, esta última por formação de cartel nas licitações de obras da Eletronuclear, empresa estatal de economia mista que gerencia o programa nuclear brasileiro e as usinas nucleares de Angra dos Reis. Também as empresas de comunicação Borghi Lowe e FCB Brasil negociaram acordos de

“Preservar a atividade econômica não é incompatível com combater a corrupção. Temos institutos legais que viabilizam uma solução que permite o efetivo combate à corrupção com a submissão da empresa, mudança comportamental, colaboração, ressarcimento, associado à preservação. Mas nós não temos que transformar essas consequências em realidade traumática para 500 mil empregados e os milhares de investidores que apostaram nessa atividade econômica e que não têm nenhuma responsabilidade sobre o que alguns agentes tiveram em relação à Lava Jato”⁵²

Enquanto as grandes empresas nacionais passam por maus pedaços com a Operação Lavajato, jornalistas denunciam que empresas estrangeiras, igualmente citadas por réus/investigados como partícipes de esquemas de corrupção, saem ilesas. Segundo o colunista Jânio de Freitas, do jornal Folha de São Paulo,

“Nenhum dos dirigentes das empresas estrangeiras que pagaram suborno foi preso. Nem teve sua casa visitada pela PF para busca e apreensão de documentos. Nenhum está ou foi submetido a processo por suborno. Só os intermediários passaram por busca e apreensão. (...) As empreiteiras brasileiras acusadas de prática de suborno estão proibidas de firmar contrato com a Petrobras. O que tem implicações múltiplas também para a própria Petrobras. (...) As empresas estrangeiras Jurong, Keppel Fels, Saipem, Samsung e Mitsui não receberam visitas policiais para busca e apreensão nas filiais que todas têm no Brasil. Nem sofreram medida alguma por serem, como as brasileiras, acionadoras de corrupção e pagadoras de subornos. E continuam liberadas para fazer contratos com a Petrobras.(...) uma das cinco estrangeiras praticantes de corrupção, a Mitsui, ficou liberada para se tornar até sócia da Petrobras na Gaspetro. É o que acaba de fazer”⁵³.

Por conta de todas essas consequências, não só políticas, mas econômicas da Lavajato, muitos apresentam o juiz Moro como condutor de uma estratégia política de se atingir deliberadamente o PT e de se enfraquecer a Petrobras, as empresas e a economia brasileira, aprofundando a recessão econômica, para conferir à oposição ao governo federal os benefícios da desmoralização da gestão da presidente Dilma Rousseff. E chegam a salientar as ligações do juiz, e de sua esposa, ao PSDB.

O juiz Alexandre Morais da Rosa reputa tais acusações descabidas e injustas. Nem por isso deixa de criticar seu colega. “As tentativas de desacreditar o juiz

leniência por conta de irregularidades em contratos de publicidade com o governo federal. Recentemente, o ministro Teori Zavaski, do STF, retirou a competência das investigações de corrupção na Eletronuclear da alçada da Operação Lavajato, transferindo-a à Justiça Federal do Rio de Janeiro, sede daquela estatal, na medida em que o objeto da Lavajato são os ilícitos relacionados à Petrobras.

⁵² Revista Vértice – CREA-MINAS, nº 27, jul-ago-set 2015. “O risco da paralisação: crise econômica e Operação Lava Jato ameaçam infraestrutura do país”. pg. 14.

⁵³ Freitas, Jânio de. “Jatos desiguais”. Jornal Folha de São Paulo, 08/11/2015. Disponível em: <http://jornalggn.com.br/noticia/lava-jato-poupou-as-estrangeiras-por-janio-de-freitas>. Acesso em 23 nov. 2015.

Sérgio Fernando Moro em face de seus vínculos familiares e pretensões ocultas não são republicanas. Algumas matérias beiram o sensacionalismo”, protesta Rosa, que afirma que, embora pense profundamente diferente de Moro em muitos pontos, deve-se sublinhar que “os textos e decisões que publicou no decorrer de sua vida, como juiz e professor, mostram sua coerência teórica”⁵⁴. Coerência, segundo Rosa, em torno de uma interpretação do processo penal que relativiza a presunção de inocência, o direito ao silêncio e o direito a não produzir prova contra si mesmo – e a forma como Moro vem se portando em relação às colaborações premiadas sintetiza tais relativizações.

Uma das críticas de Rosa refere-se ao fato de o mesmo juiz concentrar as tarefas de participar tão ativamente do momento investigatório, no qual, em procedimentos como a Lavajato, negociam-se os acordos de colaboração premiada, e, mais tarde, conduzir o julgamento e proferir a decisão final sobre o caso. O momento investigatório é pré-processual, a polícia ainda está coletando provas e indícios, o Ministério Público ainda está acompanhando e analisando o trabalho policial, para decidir se faz a denúncia ao juiz. Aceita a denúncia pelo juiz é que se inicia o momento processual. Em artigo publicado com o advogado Aury Lopes Jr., Rosa afirma temer que a atuação do mesmo juiz nas fases pré-processual e processual prejudique o “princípio supremo do processo”, a imparcialidade do julgador.

“Em casos nos quais o juiz tem intensa atividade na fase pré-processual (...) é inegável a contaminação, o imenso prejuízo que decorre dos prejuízos que é chamado a fazer, a todo momento, diante dos pedidos de prisão preventiva/temporária, de busca e apreensão, de sequestro de bens, etc. Mais grave ainda é quando ocorrem as famosas ‘delações premiadas’, em que seu aval significa uma profunda cognição do conteúdo da confissão-delação. E uma aceitação dela, senão não homologaria.....Nesse cenário, é mais do que evidente a necessidade de separação do juiz ‘da investigação’ do juiz ‘do processo’ (...) como forma de assegurar a máxima eficácia do contraditório judicial”⁵⁵.

O que Rosa e Lopes Jr. estão defendendo é o que se chama, em direito penal, “sistema acusatório”. O sistema acusatório penal, apesar do nome, é o que apresentaria, segundo seus defensores, o maior grau de afinidade com o Estado democrático de direito. Pois ele se formou na reação e superação a outro sistema penal,

⁵⁴ Rosa, Alexandre de Moraes da. “Para entender a lógica do juiz Moro na Lava Jato”. Revista eletrônica Empório do Direito, 07/03/2015. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/para-entender-a-logica-do-juiz-moro-na-lava-jato-por-alexandre-morais-da-rosa-2/>. Acesso em 13 out. 2015.

⁵⁵ Rosa, Alexandre Moraes da; Lopes Jr, Aury. “Quem vai julgar o futuro processo da operação Lava Jato?”. Revista Consultor Jurídico 28/11/2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-28/limite-penal-quem-julgar-futuro-processo-operacao-lava-jato>. Acesso em 02 out. 2015.

o “inquisitório” ou “inquisitivo”, típico, como o nome indica, dos processos eclesiásticos da Inquisição, em que o julgador concentrava as tarefas de coletar as provas, acusar e julgar, e o acusado, portanto, tinha direitos e potencialidades mínimas de se defender, figurando como mero joguete no processo, totalmente à mercê de poderes superiores. A primeira e fundamental providência do sistema acusatório foi separar claramente, em nome da imparcialidade e da diminuição das assimetrias de poder no julgamento, a função de acusar e a de julgar o cidadão.

Formalmente, o sistema penal brasileiro segue esse sistema acusatório, na medida em que a acusação não está a cargo do juiz, mas do Ministério Público. E é por isso que a Constituição consagra institutos como o do devido processo legal, balizado pelo contraditório⁵⁶ e ampla defesa, o da presunção de inocência até o trânsito em julgado do processo, o do julgamento por juiz competente e imparcial – elementos do sistema acusatório coetâneos ao Estado democrático de Direito. Teórica e oficialmente, portanto, o Brasil possui um sistema penal acusatório. Nenhum juiz pode, por conta própria, tomar a iniciativa de iniciar um processo penal, dependendo, para isso, de uma propositura, ou denúncia ou queixa, e no processo as partes debatem sob contraditório e ampla defesa – tão ampla, em certos casos, com tantas brechas e recursos judiciais à disposição que, como lembrou o já citado procurador Araújo, quem tenha residência e emprego fixo, dinheiro para pagar uma competente defesa e a sorte/capacidade para seu caso não ser coberto pela mídia, dificilmente irá preso por qualquer crime.

Mas, de forma aparentemente paradoxal, esse garantismo do sistema acusatório – excessivo até, mas disponível somente para os socialmente favorecidos -, convive, segundo alguns doutrinadores, com elementos do sistema inquisitivo. Isto porque, segundo Denilson Feitoza Pacheco,

“O juiz brasileiro pode, de ofício, ou seja, sem qualquer requerimento ‘das partes’: determinar a produção de provas em geral, seja durante a investigação criminal ou processo penal, como busca-apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas, oitiva do ofendido, prova documental, etc; requisitar instauração de inquérito policial; decretar prisão preventiva”.⁵⁷

⁵⁶ O contraditório, grosso modo, é o direito que o réu tem de “falar”, de expor suas razões, argumentos e defesas, no processo. Direito ausente ou tolhido em sistemas penais não democráticos.

⁵⁷Pacheco, Denilson Feitoza, *apud* Nascimento, Artur Gustavo Azevedo do. “Processo penal brasileiro: sistema acusatório ou inquisitivo garantista?” Revista Eletrônica Ambito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2690. Acesso em 24 out. 2015.

Não basta, portanto, garantem Rosa e Lopes Jr., separar acusação e julgamento para expurgar todas as dinâmicas autoritárias típicas de um sistema inquisitório – é necessário também que o juiz que julga o processo se abstenha não só de acusar, *mas de lidar com a produção de provas, de exercer um protagonismo na fase de investigação preliminar e na obtenção de provas*. Caso o faça - ou tenha de fazê-lo, como na colaboração premiada e nas decretações de prisões preventivas -, o juiz que participa ativamente das investigações preliminares não deve ser o mesmo juiz que julgará posteriormente a ação. Esta, lembram os autores, é a orientação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos: o juiz que, no julgamento, terá o atributo de avaliar a legalidade de uma prova não pode ser o mesmo que, antes, já a deferiu. E completam:

“É por isso que insistimos tanto na concepção do sistema acusatório a partir do núcleo fundante ‘gestão da prova’ (...), pois não basta a mera separação inicial das funções de acusar e julgar, precisamos manter o juiz afastado da arena das partes e (...) atribuir a iniciativa e gestão das provas às partes, nunca ao juiz, até o final do processo.”⁵⁸

Como isso não acontece, como, segundo doutrinadores, há claros elementos inquisitórios no sistema processual penal brasileiro, muitos o classificam como um sistema misto, em que os componentes acusatórios estariam basicamente nas normas e princípios da Constituição Federal e os componentes inquisitivos em dispositivos legais infraconstitucionais, na jurisprudência e na cultura jurídica predominante. Há quem qualifique esse sistema misto de “inquisitivo garantista” - nem totalmente acusatório nem totalmente inquisitivo. O que, a princípio, seria um paradoxo, já que uma das características basilares do processo penal tipicamente inquisitivo é o fato de as garantias do réu serem mínimas – como seria “garantista”, então?.

Quando se considera, contudo, que o sistema é inquisitivo para os de baixo e garantista para os de cima, o paradoxo se desfaz. E mais que desfazer o paradoxo, tal constatação da aplicação diferenciada e seletiva de paradigmas distintos, opostos até, dentro de um mesmo subsistema jurídico *gera insegurança, imprevisibilidade e discricionariedade na aplicação da lei*. O que, para alguns, não seria gratuito. Segundo o antropólogo norte-americano James Holston, o Direito, no Brasil, é um vetor de “complexidades processuais e substantivas insolúveis”, um cipoal de complicações normativas e burocráticas que não visam estabelecer parâmetros universais, mas janelas de oportunidades para que os poderosos façam valer seus

⁵⁸ Rosa, Lopes Jr., *op. cit.*

interesses, mantendo os privilégios e diferenças entre poucos cidadãos com muitos direitos e poucos deveres, e muitos cidadãos com poucos direitos e muitos deveres⁵⁹.

“Instrumento de desordem calculada” - é assim que Holston qualifica a lei no Brasil.

Não se sabe se Rosa concordaria com o adjetivo “calculada”, mas certamente corrobora que, pelo menos no direito processual penal, reina a desordem:

“O processo penal brasileiro e sua leitura constitucionalizada é um caos na doutrina e jurisprudência. Não se sabe, ao certo, quais são os limites aplicáveis, por exemplo, da presunção de inocência e do direito de não produzir prova contra si mesmo. Assim é que Moro, a partir do direito comparado, especialmente o dos EUA, promoveu a construção de seu sistema de aplicação do direito”.⁶⁰

Realmente, apesar dos elogios à Operação Mãos Limpas, a referência fundamental de Moro em termos de sistema processual penal parece vir dos Estados Unidos. E ao defender a colaboração premiada, o magistrado lembra reiteradamente que esta se faz presente em sociedades democráticas e liberais, como a França e os EUA.

Na verdade, a colaboração premiada existe não só nestes países, mas em vários outros – assim como há países que a rejeitam firmemente. Em um trabalho publicado na Universidade de Harvard, Yehonatan Givati estudou a colaboração premiada (*plea bargaining*, em inglês), sob a perspectiva do direito internacional comparado. A *plea bargaining*, segundo ele, é eficiente para punir culpados, mas também abre o flanco para punir inocentes. A partir daí ele levanta dados sobre o instituto em 42 países, se o utilizam ou não, e a gradação em que o fazem. E oferece um modelo explicativo para isso, baseado em três variáveis: 1) aceitação social da possibilidade de se punir inocentes; 2) ênfase social em não se deixar de punir os culpados; 3) índices gerais de criminalidade.

“Níveis altos de criminalidade e uma ênfase social concentrada em assegurar que os indivíduos culpados sejam punidos levam a um uso maior da *plea bargaining*, enquanto níveis menores de criminalidade e a ênfase social em assegurar que indivíduos inocentes não sejam punidos levam a um uso menor da *plea bargaining*”⁶¹

⁵⁹ Holston, James. Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

⁶⁰ Rosa, *op. cit.*

⁶¹ Givati, Yehonatan. “The comparative law and economics of plea bargaining: theory and evidence”. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/fellows_papers/pdf/Givati_39.pdf. Acesso em 01 nov. 2015, tradução minha

Givati classificou os 42 países em relação à colaboração premiada dividindo-os em três grupos. O grupo 1, de países que não a utilizam ou o fazem de modo bem restrito; o grupo 2, de países que a usam, mas não permitem seu uso para crimes graves com sentenças de prisão de longa duração; e o 3, de países que não tem restrições para seu uso. No grupo 1, de países que não usam ou usam bem restritamente o instituto estão Áustria, Bélgica, Croácia, Chipre, Coreia do Sul, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Finlândia, Grécia, Holanda, Japão, Luxemburgo, México, Portugal, República Tcheca, Suécia, Suíça. No grupo 2, intermediário, aparecem Alemanha, Bulgária, Chile, Espanha, França, Hungria, Itália, Letônia, Noruega, Polônia, República Dominicana, Rússia, Taiwan. E no grupo 3, os países que usam amplamente a *plea bargaining* são África do Sul, Austrália, Canadá, Estados Unidos da América, Filipinas, Irlanda, Israel, Nova Zelândia, Reino Unido e Venezuela⁶². Neste último grupo, 7 dos 10 são países de colonização anglo-saxã, cujo ordenamento jurídico é o da chamada *Common Law*⁶³ - mesmo países não tipicamente

⁶²Givati, *op. cit.* pg. 22. Os dados são referentes a 2005.

⁶³A *Common Law* é a tradição jurídica que se formou na Inglaterra e, a partir de sua colonização e influência, nos países anglo-saxões. Talvez a principal diferença desta tradição em relação à chamada tradição de *Civil Law*, dominante nos demais países europeus e em suas formações coloniais, seja a do papel que o costume e a tradição nela desempenham, fixados na ordem jurídica por meio dos chamados “precedentes” – decisões judiciais sedimentadas, jurisprudência fixada sobre um assunto que vai referenciar, como os códigos legais referenciam na *Civil Law*, as futuras decisões sobre tal assunto. Vigiam, originalmente, na Inglaterra medieval e moderna, tanto as *statute laws*, leis escritas, estatuídas, quanto as *common laws*, leis consuetudinárias, ou seja, costumes que se consubstanciavam nas decisões judiciais. A proeminência das últimas foi sendo lograda por meio da ideia fundamental de que *a prática legitima o direito*, pois nela estão presentes os hábitos culturais, a tradição e o ideal do bem comum. Daí o precedente, o *stare decisis* – não se modifica, a não ser excepcionalmente, o que já está decidido. Segundo Max Weber, esse “método empírico” de formação do direito deveu muito, historicamente, à prevalência dos interesses de uma camada de profissionais jurídicos ingleses, que praticavam o direito como um ofício prático, e não, como no restante do continente europeu, a partir do ensino jurídico universitário que lançava mão da tradição romano-canônica. Esta era conhecida na Inglaterra, estudada em Cambridge e Oxford, mas foi nas *Inns of Courts* londrinas que se formou o direito inglês, monopolizado por corporações de advogados – a partir dos quais eram escolhidos os juízes -, organizados segundo regras rígidas de admissão e ética profissional. Seus membros recebiam um treinamento que visava um esquema de contratos e ações úteis na prática, orientados no sentido do interesse dos clientes, em situações tipicamente recorrentes. Seu raciocínio jurídico, garante Weber, “vai sempre do particular ao particular, mas nunca tenta ir de proposições particulares a gerais, para poder, posteriormente, deduzir delas as normas para novos casos particulares”. (Weber, Max, *apud* Bendix, Reinhard. Max Weber: um perfil intelectual. Brasília: Ed. UnB, 1986, pg. 319) Ao veicular o método jurígeno empírico, e evitar, portanto, a sistematização para análise lógica e legislação que ocorreu na *Civil Law*, os grêmios de advogados ingleses habilitavam-se a defender os interesses de seus principais clientes, os membros das classes comerciais e proprietárias, tendo sido especialmente importante o exame de títulos de propriedade – todos precários, por conta da tumultuada história medieval inglesa. Além disso, como a administração de justiça concentrou-se, então, nos tribunais londrinos, tal fato, junto aos custos elevados do processo legal, significou uma recusa da justiça às pessoas com recursos ineficientes. (Weber, Max. Economia y sociedad. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1999, pg. 523)

anglo-saxões, como as Filipinas e Israel, tem seus ordenamentos jurídicos influenciados pela tradição da *Common Law*, a Venezuela é a única exceção no grupo⁶⁴.

Embora tenha, portanto, uma afinidade clara com o paradigma da *Common Law*, e seja amplamente usada no direito penal nos EUA, a colaboração premiada não está imune de controvérsias mesmo entre os norte-americanos.

Em outubro do ano passado a revista *The Economist* publicou duas longas reportagens sobre a justiça criminal norte-americana, onde, segundo estudos, 95% das condenações criminais são alcançadas mediante acordos de colaboração premiada. Altamente crítica, a reportagem sustenta que, por meio da *plea bargaining*, os promotores dominaram a justiça criminal norte-americana, em detrimento dos juízes, ameaçando, em nome de um pragmatismo descomedido, os direitos civis dos cidadãos⁶⁵.

Para entender as críticas da revista é necessário saber que, no sistema penal norte-americano, os crimes não possuíam, originalmente, como no nosso ordenamento, uma referência legal obrigatória que definisse sentenças mínimas e máximas para cada delito. Exemplo: para o crime de roubo, em nosso código penal, é prevista reclusão pelo mínimo de 4 e máximo de 10 anos, sujeita a agravantes e atenuantes, além de multa. No julgamento penal norte-americano, o júri, amplamente utilizado para o julgamento de vários tipos de crimes, decide se o réu é culpado ou inocente. A partir daí, os juízes definem as penas dos declarados culpados levando em conta todas as circunstâncias do caso, a jurisprudência aplicável, e exercendo um alto grau de discricionariedade. Esse sistema, formalmente, não acabou, mas foi modificado pela introdução, para certos crimes, das *mandatory minimum sentences* – sentenças mínimas obrigatórias, que nada mais são que as nossas definições legais de prazos mínimos e máximos de prisão para cada crime. As sentenças mínimas obrigatórias foram introduzidas no contexto da “guerra às drogas”. Conforme a legislação federal ou estadual, portanto, um crime de posse ou de tráfico de drogas *deve* ter uma sentença

⁶⁴Os dados mostram claramente, portanto, que, para além das variáveis da tolerância à punição de inocentes e/ou pressão por punição de culpados e do nível de criminalidade, uma outra variável crucial a ser levada em conta na explicação do uso ou não da *plea bargaining* seria o tipo de tradição jurídica que o país seguiria - da *Common Law* ou da *Civil Law*. O que, a princípio, não desmereceria os outros fatores levantados por Givati, podendo, até mesmo, se agregar a eles em uma explicação mais complexa e refinada.

⁶⁵ *The Economist*, Oct 4th 2014. “A plea for change: american prosecutors have too much power, hand it some to judges”. “Kings of courtroom: how prosecutors came to dominate the criminal-justice system”. Disponível em: <http://www.economist.com/news/leaders/21621784-american-prosecutors-have-too-much-power-hand-some-it-judges-plea-change>. <http://www.economist.com/news/united-states/21621799-how-prosecutors-came-dominate-criminal-justice-system-kings-courtroom>. Acesso em: 21 out. 2015.

mínima e máxima, e, compreensivelmente, tais sentenças mínimas são bem maiores no caso de tráfico que no de posse.

Mas quem define, nos delitos de droga, se um réu será acusado por posse ou por tráfico são os promotores. Que tem utilizado, cada vez mais, a *plea bargaining* como método para que os investigados acusem comparsas – verdadeiros ou não, assevera a *The Economist*.

“As sentenças obrigatórias impedem que os juízes levem em conta todas as circunstâncias do caso e exerçam a discricionariedade sobre a punição. Ao invés disso, a severidade depende grandemente das acusações que o promotor escolha fazer. Em casos complexos de crime de colarinho branco, eles podem ameaçar tratar cada e-mail como um caso em si de fraude. Em casos de drogas podem escolher o quanto da quantidade encontrada com um traficante é de responsabilidade ou não de seus comparsas. Isso dá a eles enorme poder. Na Florida 4 a 14 gramas de heroína dão um mínimo de 3 anos de prisão; 28 gramas ou mais dão 25 anos”.⁶⁶

Ou seja, os promotores, garante a revista, propõem a um acusado ou suspeito que, se ele colaborar, receberá uma acusação formal por algo menor, que o sujeitará a uma sentença obrigatória mais leve, e, se não o fizer, será acusado por algo bem maior, cuja punição mínima será severa. As reportagens trazem casos estarrecedores, de inocentes injustamente condenados porque investigados precisavam denunciar alguém para ter uma acusação mais leve pela promotoria. E mencionam um estudo que aponta que metade das pessoas injustamente condenadas à morte nos Estados Unidos, nas últimas décadas, o foram baseadas em testemunhos falsos de informantes, tipicamente criminosos recompensados com punições mais brandas⁶⁷.

O desenho legal-institucional que dá tanto poder aos promotores no sistema penal dos Estados Unidos tem, ainda, segundo a revista, outros componentes: 1) a “proliferação de novas leis incompreensíveis”, que, “dão aos promotores mais espaço para interpretação e encoraja-os a sobrecarregar os réus para forçá-los à colaboração premiada”, destarte, em “casos complexos de crimes de colarinho branco, um promotor pode geralmente achar alguma norma técnica que seu alvo tenha quebrado”⁶⁸; 2) a forma pouco transparente pela qual os acordos de colaboração e denúncias são

⁶⁶ The Economist, *op. cit.*, tradução minha.

⁶⁷ Gross, Samuel R; O’Brien, Barbar; Hu, Cheng; Kennedy, Edward H. “Rate of false conviction of criminal defendants who are sentenced to death”. PNAS – Proceedings of the National Academy of Sciences, vol. 111, no. 20. Disponível em: <http://www.pnas.org/content/111/20/7230.full>. Acesso em 07 out. 2015.

⁶⁸ The Economist, *op. cit.*, tradução minha.

encaminhados e negociados⁶⁹; 3) a relativa imunidade conferida aos promotores - mesmo quando incorrem em desmandos efetivamente comprovados, as punições são brandas, e a estrutura de incentivos aos abusos de certos promotores, interessados em transformar as “vitórias” nas cortes em parcerias lucrativas em grandes escritórios de advocacia ou em plataformas políticas para concorrer a cargos públicos;⁷⁰; 4) E, finalmente, talvez a mais importante de todas: o fato de o juiz não participar, em nenhum momento, da *plea bargaining* norte-americana. “Deixem os juízes julgarem”, é o subtítulo de uma das reportagens, cujo sentido mais latente é a denúncia de um desequilíbrio na relação entre promotores e juízes, em desfavor dos últimos.

Ao final, a revista afirma que, como muitos países que não admitem ou restringem a colaboração premiada, os EUA deviam fazê-lo também, e que se isso não fosse possível, a solução seria restaurar o protagonismo dos magistrados:

“as sentenças mínimas obrigatórias deveriam ser banidas, e os juízes deveriam julgar cada caso de acordo com seus méritos. O controle da promotoria sobre a *plea bargaining* deveria ser afrouxado, trazendo, por exemplo, um magistrado que pudesse conversar e negociar com ambos os lados, agindo de forma isenta. Isso faria a negociação mais equânime, e lançaria luz a um processo que atualmente é tão obscuro quanto injusto”⁷¹.

A defesa da *plea bargaining* nos EUA se dá, como era de se esperar, pelo viés do liberalismo individualista, de afinidades economicistas, e do pragmatismo. Invocam-se, assim, os modelos dos contratos jurídicos e da teoria econômica para caracterizar a *plea bargaining* como transações voluntárias que maximizam o bem estar para ambas as partes, investigados/acusados/réus e poder público – esse entendimento é tão enraizado que a Suprema Corte norte-americana tem permitido o instituto sob o argumento da “mutualidade de vantagens” para ambos os lados⁷². Há, ainda, o entendimento de que o direito subjetivo a um julgamento sob o instituto do contraditório

⁶⁹ Segundo a revista: “não é incomum que um colaborador tenha 15 ou 20 longos encontros com policiais e promotores. É difícil saber o que acontece nessas sessões porque elas não são gravadas. Os participantes tomam notas mas não são obrigados a escrever tudo que é dito; nem tem que dividir tais notas com a defesa. O tempo que os colaboradores e seus tratadores passam sozinhos é um buraco negro”. The Economist, *op. cit.*, tradução minha.

⁷⁰ The Economist, *op. cit.*, tradução minha.

⁷¹ The Economist, *op. cit.*, tradução minha.

⁷² Ross, Jacqueline. “The entrenched position of plea bargaining in United States legal practice”. The American Journal of Comparative Law – Vol. 54 - American Law in the 21st Century: National Reports to the XVIth International Congress of Comparative Law (Fall, 2006), pg. 725, tradução minha. A suposição deste modelo contratual é que ambas as partes contratantes estão no melhor juízo possível de seus próprios interesses. E quando não estão, devem e podem estar – basta que sejam introduzidas reformas pontuais para corrigir os “constrangimentos” à ação e os “déficits” de informação dos “atores” individuais.

(e, no caso norte-americano de maneira mais expressiva, sob um tribunal de juri) esse “direito” do qual o acusado/réu abre mão no momento em que faz o “contrato” de *plea bargaining* não seria propriamente um direito, mas uma prerrogativa (*entitlement*) que, explorada até as últimas consequências, poderia ser negociada, e renunciada⁷³.

Pelo viés do pragmatismo, argumenta-se que não fosse a *plea bargaining* as cortes estariam abarrotadas, não se poderia desbaratar tantas organizações criminosas, prender tantos malfeitores – erros e abusos seriam um “mal necessário”, um “mal menor” em nome da guerra contra o crime, a corrupção, o terrorismo, as drogas. Essa concepção do direito penal como uma guerra, uma batalha contra inimigos assustadores, é justamente algo que alguns estudiosos vem apontando como deletério e perigoso, em termos democráticos. Neste paradigma, “as condenações são vistas como vitórias numa batalha, e não como a procura da verdade por um Judiciário neutro”, aponta a professora Jacqueline E. Ross, da Universidade de Illinois⁷⁴. Justificam-se, a partir daí, mecanismos que visam obter o máximo possível de condenações, como se isso fosse um objetivo em si.

Mecanismos que, para alguns, fazem parte de algo maior que o sistema jurídico penal. Pois o processo penal, assegura Alexandra Natapoff, pesquisadora e professora de Direito da Loyola Law School, de Los Angeles, é central no modo como se maneja a democracia. Em seu livro “*Snitching: criminal informants and the erosion of American Justice*”, lançado em 2010 e vencedor do prêmio Silver Gavel Award, da Associação dos Advogados Americanos, ela ataca a *plea bargaining*, e afirma que, mais que um simples método de deter, detectar e punir o crime, as sociedades usam as instituições criminais e seus valores para regular uma vasta gama de interações sociais.

“Os Estados Unidos sabidamente trancafiam mais de seus cidadãos – tanto em números absolutos quanto em porcentagem de nossa população – que qualquer outro país no mundo. Nas áreas pobres, de alta criminalidade, o aparato penal penetra de tal forma na vida cotidiana que

⁷³ Ross, *op. cit.*, pg. 722, tradução minha. Crucial, aqui, a distinção, na língua inglesa, entre *rights* (direitos) e *entitlements* (geralmente traduzível também como “direitos”, mas talvez mais afim à nossa acepção de “prerrogativas”). *Rights* (direitos) são universais, incondicionados, “naturais” e, portanto, irrenunciáveis. *Entitlements* são individuais, condicionados a uma situação específica, e eventualmente provisória, de seu detentor. Exemplo: “*Undergraduate students are not entitled to run for postgraduation finance support*” (estudantes não formados não tem direito a concorrer à ajuda financeira para pós-graduação), tal “direito”, nesse caso, refere-se a uma circunstância, modificável, e não a algo profundo e perene. A distinção, porém, é sutil, e é muito comum o uso das duas palavras como sinônimas. Ademais, considerar que o direito a um julgamento justo e imparcial, garantido inclusive pela sexta emenda à Constituição norte-americana, pode ser “negociado” até o ponto de sua total renúncia, ecoa antigas e pré-modernas concepções de justificação da escravidão, por exemplo, que desconsideravam o fato de que certos direitos humanos são pura e simplesmente inegociáveis e irrenunciáveis.

⁷⁴Ross, *op. cit.*, pg. 717, tradução minha.

define a forma como muitas pessoas entendem e se relacionam com o Estado. De forma mais ampla, nos apoiamos na lei penal para fazer o delicado trabalho de controle social (...) a sociedade americana aceita cada vez mais o “controle do crime” como um modo de regular as relações sociais. O sistema penal possui uma presença institucional massiva.”⁷⁵

Tal presença massiva, garante ela, não se dá somente por meio da intervenção e supervisão no mundo do crime. Há, cada vez mais, uma relevância social e econômica do sistema penal, o qual

“cria empregos e injeta bilhões de dólares na economia, e em alguns casos é a principal atividade econômica de várias cidades. Muito mais que uma coleção de criminosos e casos, o sistema penal é um processo econômico e social vivo, envolvendo o controle de largos segmentos da população e da economia.”⁷⁶

As políticas penais, conclui Natapoff, e particularmente a delação premiada, relacionam-se ao desafio de se construir uma sociedade responsiva, igualitária e democrática - mais no sentido de oposição a padrões sedimentados de desigualdade injustificável que no de um sistema coletivo estável de autogoverno.

“Gerir o crime por meio de informantes criminosos traz questões exatamente neste viés. Envolve não só estruturas formais legais e administrativas, ou a eficácia dos esforços de combate ao crime, mas também a distribuição de recursos como a segurança social e a privacidade. Práticas de investigação e informação justas e efetivas sugerem um governo responsivo, práticas injustas e não confiáveis indicam que os processos de governo podem estar corrompidos. A delação é, neste sentido, um profundo desafio democrático”⁷⁷

Se a *plea bargaining* ou a *sniching* tem sido, portanto, amplamente usadas nos EUA tem sido, em quase igual medida, objeto de contestação e polêmica.

A problemática norte-americana em torno da colaboração premiada – tratada aqui de forma bem panorâmica – remete a duas questões subjacentes cruciais. A

⁷⁵Natapoff, Alexandra. Snitching: criminal informants and the erosion of American Justice. New York: New York University Press, 2010. pg. 201, tradução minha.

⁷⁶ Natapoff, op. cit. pg. 202, tradução minha. Entre os negócios criados pelo sistema penal norte-americano e seu encarceramento em massa a partir dos anos 1970, um dos mais lucrativos é o das prisões privadas. Segundo a organização In The Public Interest (ITPI), 65% dos contratos de prisões privadas nos EUA contém cláusulas que obrigam o poder público a garantir uma “taxa de ocupação mínima” das celas das prisões. Ou seja, as prisões de cidadãos, que deveriam, a princípio, ser algo a ser evitado, passam a ser estimuladas em nome de interesses econômicos. ITPI – In The Public Interest. “Criminal Lockup quotas report”. Disponível em: <http://www.inthepublicinterest.org/wp-content/uploads/Criminal-Lockup-Quota-Report.pdf>. Acesso em 03 nov. 2015.

⁷⁷ Natapoff, op. cit. pg. 203, tradução minha.

primeira, é a introdução de elementos institucionais originários de uma determinada tradição jurídica em outra. É óbvio que o empréstimo de elementos culturais e institucionais entre as sociedades é uma prática civilizacional tão antiga quanto a humanidade, sendo inútil e insano tentar barrá-la e estúpido criticá-la pura e simplesmente, e que, no caso do Direito, a tendência de “judicialização da política”, ou do “ativismo judicial”, nos sistemas de *Civil Law* tende a aproximá-los daqueles de *Common Law*. Mas esses “empréstimos institucionais” podem, em certos casos, trazer problemas inesperados. Determinadas práticas e instituições, conforme o contexto, não original, em que passem a ser usadas podem trazer consequências nefastas. No caso norte-americano, a introdução de uma prática penal comum à *Civil Law* – as sentenças obrigatórias mínimas – usada no contexto da “guerra às drogas” tem sido apontada como uma das razões das disfunções trazidas pela colaboração premiada, a principal delas a assimetria de poder entre as instituições jurídico-estatais.

Esta é a segunda questão subjacente crucial para todos os países que pretendam que o Poder Judiciário e o direito penal sejam vetores de democracia, e não o contrário: a necessidade de freios e contrapesos entre os poderes e as instituições.

A *plea bargaining*, como se desenha hoje nos EUA, com um imenso poder conferido aos procuradores, em desfavor dos juízes, além de ameaçar os direitos individuais, fere o equilíbrio político e institucional que é um dos pilares da tradição democrática norte-americana e ocidental.

SEÇÃO III – JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E EQUILÍBRIO DE PODERES

Esse equilíbrio foi advogado por Montesquieu, em sua famosa teoria da separação dos três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, que deveriam manter, cada um, sua autonomia e, ao mesmo tempo, colaborar e controlar-se reciprocamente, evitando a proeminência perigosa de qualquer deles. Foi advogado, também, pelos federalistas norte-americanos, influenciados por Montesquieu e preocupados não só com a tripartição de poderes mas também com a construção de uma engenharia política em que as prerrogativas e responsabilidades do governo central e dos governos dos estados se equilibrassem. Foi advogado, desde a Antiguidade, pela tradição republicana clássica, pela teoria do “governo misto”, de Políbio, que afirmava que a força e a

estabilidade da Roma republicana deviam-se ao fato de ela reunir e contrabalançar as três formas básicas de governo definidas pelo pensamento aristotélico: a monarquia, expressa pelo poder dos côsules, a aristocracia, representada pelo Senado, e a democracia, por meio das assembleias de cidadãos e do tribunate da plebe.

Subjacente a todas essas teorias, a ideia, tão bem sintetizada por Montesquieu, de que, nas sociedades humanas, *o poder só é limitado por outro poder, e que uma condição imprescindível – mesmo que não suficiente – para a liberdade florescer é a ausência de assimetrias agudas de poder.*

“A liberdade (...) só existe quando não se abusa do poder; mas é uma experiência eterna que o homem que tem poder é tentado a abusar dele; ele irá até onde encontrar limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder é necessário que, pela disposição das coisas, o poder trave o poder.”⁷⁸

O poder travando o poder, limitando outras formas e instituições de poder, como pedia o pai do constitucionalismo moderno, é justamente o cerne idealizado da estrutura de *checks and balances*. Ideal que, no contexto norte-americano, parece lastrear as críticas da revista *The Economist*. Na tradição da *Common Law* o ativismo judicial é elemento fundamental da arquitetura institucional dos freios e contrapesos. O Judiciário sempre teve papel político de relevo, no controle de constitucionalidade das referências normativas, assim como na própria construção de tais referências, por meio da fixação jurisprudencial dos precedentes. Em compensação está submetido a controles por parte do Legislativo e do Executivo e, em certa medida, da própria população⁷⁹. Nos EUA, por exemplo, a postulação de “neutralidade” política do Judiciário, típica, durante certo tempo, dos sistemas de Civil Law, não prosperou. *Mas sempre prosperou outra postulação: a de que este Judiciário “politizado” esteja sujeito a controles democráticos e institucionais.*

Esta é a questão crucial quando, nos países de *Civil Law*, o Judiciário vai superando sua antiga “neutralidade” política – e as implicações políticas de realidades

⁷⁸ Secondat, Charles-Louis de. (Barão de La Brède e de Montesquieu). O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.166-167.

⁷⁹ Nos Estados Unidos, por exemplo, de acordo com Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, “há ampla previsão de impeachment para manutenção da disciplina dos juízes norte-americanos”. (Godoy, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito nos Estados Unidos. Barueri, São Paulo: Manole, 2004, pg. 11). Na verdade, a organização judiciária norte-americana é singular, reflete a tradição federalista do país, com forte autonomia estadual e, portanto, variações territoriais expressivas. Há o Judiciário federal e os judiciários estaduais, o recrutamento de juízes não se faz por concurso público, mas por interferências do Poder Executivo, Legislativo, das associações de classe de juristas e da escolha popular, não há sistema de promoções nas carreiras de juízes e o exercício da magistratura pode ser, conforme o caso, a termo ou vitalício.

como a Operação Lavajato tem tudo a ver com isso. Mesmo que, de fato, tal neutralidade fosse aparente, que o modelo de um Judiciário voltado prioritariamente a um padrão meramente reativo de cuidar somente à micro-litigação individual beneficiasse, na prática, o *status quo* (não só liberal mas também de regimes ditatoriais, como alerta Boaventura de Souza Santos⁸⁰), mesmo assim não há como negar que, nos últimos anos, o Judiciário tem assumido um papel mais ativo na maioria dos países.

Esse novo papel recebe vários nomes: “judicialização da política”, “politização da justiça”, “judicialização das relações sociais”, “ativismo judicial”. Os estudiosos apontam-lhe várias causas, características e consequências. Mas o que é crucial ressaltar é que, no modelo antigo, liberal (ou funcional a regimes de exceção), o Judiciário praticamente não tinha – e nem carecia ter – instituições de contraponto. E, como lembra Luiz Werneck Vianna, foi a partir desse contexto que ele ganhou protagonismo político e social: sem instituições que contrabalancem o poder que tem adquirido. E vem funcionando, então, como um poder difuso, imune a contrapesos⁸¹.

A judicialização da política, nessa situação, torna-se uma faca de dois gumes. É positiva, por um lado, na medida em que diminui o formalismo engessador e a passividade excessiva do Judiciário, e em que o acesso à Justiça representa, em muitas situações, um refúgio de movimentos sociais desencantados com a capacidade de os canais normais de representação estatal responderem a suas demandas, ou seja, a sociedade se mobiliza na defesa de seus direitos – já adquiridos ou por adquirir. Por

⁸⁰ Para Santos, anteriormente ao *Welfare State* e ao aumento do protagonismo judicial, o que se chamava “independência do Judiciário”, nos países centrais de *Civil Law* de tradição liberal, era atribuída aos tribunais na medida em que estes eram politicamente neutralizados por uma rede de dependências; dentre as quais “o princípio da legalidade que conduz à subsunção lógico-formal confinada à micro-litigação; o caráter reactivo dos tribunais que os torna dependentes da procura dos cidadãos; e a dependência orçamental e administrativa em relação ao poder executivo e ao poder legislativo”. Santos garante que, nos países periféricos e semiperiféricos que viveram longos períodos de ditadura, nos quais a precariedade de direitos era o outro lado da precariedade democrática, vigia esse padrão de “independência” do Judiciário: “por esta razão que os regimes ditatoriais não tiveram grandes problemas em salvaguardar a independência dos tribunais. Desde que fosse assegurada a sua neutralização política, a independência dos tribunais podia servir os desígnios da ditadura. Assim, (...) o franquismo espanhol não teve grandes problemas com o poder judiciário. A fim de assegurar totalmente a sua neutralização política, retirou aos tribunais comuns a jurisdição sobre crimes políticos, criando para o efeito um tribunal especial com juízes politicamente leais ao regime. E o mesmo sucedeu em Portugal durante o regime salazarista”. Santos *et al.*, *op. cit.*, pg. 36.

⁸¹ Vianna, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. Para Maria Tereza Sadek, diretora do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, o mesmo vale para o Ministério Público. Sadek considera o Ministério Público uma das conquistas mais bem sucedidas do país, uma instituição que assumiu seu papel. Entretanto, acha que há necessidade de controle e responsabilização de sua atuação: “é fácil fazer denúncias, mas ninguém é responsabilizado se ela for vazia. O custo da denúncia é muito baixo, o que faz o benefício ficar mais interessante para quem o denuncia”. Sadek, Maria Teresa. “Cada juiz é uma ilha e tem muito poder em suas mãos”. Revista eletrônica Consultor Jurídico. 08/02/2009.. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-fev-08/entrevista-maria-teresa-sadek-cientista-politica>. Acesso em 19 set. 2015.

outro lado, qualquer poder excessivo é inerentemente perigoso, e, no caso do poder judicial exercido sem contrapontos, a sociedade corre o risco de entregar boa parte de seus destinos a “salvadores da pátria”, a uma elite supostamente intérprete não apenas de conflitos entre partes mas da própria coisa pública, do próprio conteúdo do que seja o interesse público⁸².

No Brasil é mais preocupante ainda essa perigosa tendência de transferir a responsabilidade pelos destinos da nação a “salvadores da pátria”, personalidades presumidamente desinteressadas, acima dos conflitos sociais, que, com pulso firme – às vezes despótico mesmo -, passem por cima de tudo e de todos para “por ordem na bagunça”. Essas noções fazem parte de uma ideologia tacanha, pré-moderna e particularista, que se nutre de uma cultura política privatista, antirrepublicana, na qual se mesclam, em aparente paradoxo, a incapacidade de ação coletiva e o individualismo extremo, de um lado, e a aceitação resignada de desmandos e autoritarismos, de outro. Uma cultura política que, pelo particularismo extremado, tem grande dificuldade de construir uma esfera pública que legitime o poder de forma madura, legitimando, em seu lugar, a força bruta. Sérgio Buarque de Holanda explicou tal situação, afirmando que, entre os povos ibéricos,

“À autarquia do indivíduo, à exaltação extremada da personalidade, paixão fundamental e que não tolera compromissos, só pode haver uma alternativa: a renúncia a essa mesma personalidade em vista de um bem maior. Por isso mesmo que rara e difícil, a obediência aparece algumas vezes, para os povos ibéricos, como virtude suprema, entre todas. E não é estranhável que tal obediência – obediência cega, e que difere fundamentalmente dos princípios medievais e feudais de lealdade – tenha sido até agora o único princípio político verdadeiramente forte. A vontade de mandar e a disposição para cumprir ordens são-lhe igualmente peculiares. As ditaduras e o Santo Ofício parecem constituir formas tão típicas de seu caráter como a inclinação à anarquia e à desordem. Não existe, a seu ver, outra sorte de disciplina perfeitamente concebível, além da que se funde na excessiva centralização do poder e na obediência”.⁸³

Assim, para que o Judiciário cumpra sua função democrática, incluindo-se nesta função o ativismo necessário para responder demandas substantivas da sociedade, sem transformar-se, contudo, em celeiro de “salvadores da pátria”, é necessário que cumpra sua função política atuando dentro dos limites do ordenamento

⁸² E há vários exemplos históricos em que o ativismo político do Poder Judiciário deu-se em sentido claramente conservador e mesmo anti-democrático.

⁸³ Holanda, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, g. 39

jurídico e em equilíbrio com outros poderes. O ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso lembra que os membros do Judiciário brasileiros não são eleitos - são portanto, representantes da vontade popular sim, mas indiretos. E, continua ele, se é certo que diante de cláusulas constitucionais fluidas, como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo, ele não pode sair dos limites constitucionais e jurídicos.

“dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular. Os riscos da politização da justiça, sobretudo da justiça constitucional, não podem ser totalmente eliminados. A Constituição é, precisamente, o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, Política em Direito. Essa interface entre dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política. Nada obstante isso, ela constitui uma tarefa jurídica. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes. Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às conseqüências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico”⁸⁴.

As considerações do Ministro Barroso referem-se mais especificamente à Corte Constitucional, mas valem para o sistema jurídico, de forma geral: a mensagem mais importante é a de que a assunção de sua função política – com as demandas de conteúdo ético e social decorrentes - deve se equilibrar com o cuidado com a função técnica, formal, do Direito.

Há uma relação ambígua, de suporte e complementaridade, até certo ponto e sob determinadas condições, mas também de choque e tensão, entre o formalismo jurídico e as demandas políticas, ético-substantivas, de justiça. Como afirmava Max Weber,

“os mais antigos e os mais modernos tipos de Direito e do procedimento legal contém diferentes combinações de elementos perenes do pensamento jurídico. Isto é, todos esses tipos envolvem um esforço de formalização e uma tentativa de se realizar uma justiça substantiva”⁸⁵

Os contextos históricos é que determinam como esses elementos se combinam e, mais importante, as conseqüências positivas ou negativas, em termos

⁸⁴ Barroso, *op.cit.*

⁸⁵ Weber, *apud* Bendix, *op. cit.* pg. 317.

democráticos, dessas combinações. No Brasil, a combinação de formalismo e substantivismo jurídico geralmente tem consequências não democráticas. Utiliza-se o formalismo jurídico, sua fria e aparente “neutralidade” quando isto interessa ao *status quo* oligárquico predominante no país. Mas, em certas, situações, e em nome deste mesmo *status quo*, recorre-se a considerações substantivas sobre a “justeza das regras”⁸⁶. Essa possibilidade de transitar – às vezes no exame de uma mesma situação fático-jurídica - do formalismo ao substantivismo jurídico é, em certos casos, um recurso importante nas mãos de quem maneja a lei de forma anti-democrática.

Ao longo da história brasileira, porém, o que mais tem atendido a esses objetivos dessa instrumentalização oligárquica do Direito tem sido o excesso de formalismo jurídico. Tal excesso teve consequências certamente deletérias no Brasil, e por isso é tão combatido hoje – de maneira até perigosa e exorbitante em alguns casos, como na proposta de execução da pena de prisão somente com um julgamento de primeira instância.

Mas o formalismo jurídico – não exagerado, é claro - funcionou, até certo ponto, como suporte a movimentos democráticos na Europa.

Por que isso não ocorreu na mesma medida no Brasil?

O formalismo jurídico ligou-se diretamente ao estabelecimento, a partir dos países centrais do Ocidente, dos Estados nacionais modernos e do modelo

⁸⁶ Exemplo dessa ambiguidade deu-se, recentemente, na Lavajato. Os vazamentos para a mídia dos depoimentos, e mesmo negociações para depoimentos, constantes das colaborações premiadas não estão, certamente, amparados pelo formalismo jurídico, mas por considerações substantivas sobre a “conveniência” da “pressão democrática” da opinião pública sobre o Judiciário. Os meios de comunicação publicaram, então, que, nas delações do lobista Fernando Soares, este declarara ter pago, com dinheiro oriundo de corrupção, despesas pessoais de Fábio Luís Lula da Silva, filho do ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva. Verdadeira ou não, obviamente uma notícia deste tipo atenta contra a honra de qualquer cidadão. Fábio Luís negou o ocorrido e entrou, junto ao STF, com um pedido de acesso ao conteúdo da delação de Fernando Soares, para se defender. O ministro Teori Zavascki negou o pedido, alegando que referido conteúdo é sigiloso. Formalmente o conteúdo da delação é sigiloso. Deveria ser sigiloso. Na prática, todos sabem que não o é. O ministro, destarte, aferrou-se ao que formal e teoricamente deveria ser para desconsiderar o que substantiva e efetivamente é. Situação kafkiana, em que um cidadão é acusado num depoimento que, em si e por si, não tem sequer valor como prova cabal e apta à condenação judicial de alguém, necessitando outras evidências corroboradoras, um depoimento dado muitas vezes na fase de investigação, pré-processual, que deveria ser sigiloso mas que “vaza como uma peneira” para a mídia. Mas o cidadão não pode se defender dessa “acusação” porque ela, oficialmente, é sigilosa.

econômico capitalista, e resultou da superação de uma estrutura jurídica pré-estatal e pré-burguesa. Estrutura caracterizada pela multiplicidade de legislações sobrepostas dentro de uma mesma entidade política, impedindo, inclusive, a característica fundamental que Weber aponta no Estado nacional moderno, o monopólio legalmente embasado do uso da violência⁸⁷. Além dessa multiplicidade legal e jurisdicional, que impedia a unidade, a hierarquia e a sistematicidade do Direito, a estrutura jurídica trazia, quase sempre, uma boa dose de arbitrariedade, e, conseqüentemente, de imprevisibilidade. As referências normativas eram, às vezes, vagas e dúbias, lastreadas num convencionalismo difuso e em considerações genéricas sobre Justiça e interesse geral. E principalmente a aplicação dessas normas, os meios de prova e a condução do processo, eram instáveis e casuísticos. Embasando, muitas vezes, os julgamentos não em normas formais inequívocas mas em considerações substantivas de equidade e conveniência social e política, os governantes e juízes seguiam a máxima de que “cada caso é um caso”, quase sempre resvalando, ao aplicar a justiça, para o favoritismo pessoal. Ou seja, a segurança jurídica (e conseqüentemente política, social e econômica) dos cidadãos era débil. Weber narra que, nessa dinâmica,

“o próprio príncipe intervém (...) na aplicação do Direito; decide segundo seu critério, ou de acordo com pontos de vista de equidade, de conveniência, ou políticos; considera a garantia do Direito como uma graça em boa medida livre ou como privilégio no caso concreto; determina suas condições, formas e põe de lado as formas racionais e meios probatórios do procedimento jurídico em favor da livre investigação oficial da verdade”⁸⁸

A superação desse modelo jurídico casuístico e errático resultou da conjugação de interesses de diferentes atores políticos. Por um lado, da ascendente burguesia, desejosa, em nome da necessária calculabilidade de suas ações econômicas, de um ordenamento legal e administrativo claro, racional, previsível, gerador de um ambiente jurídico em que pudesse desenvolver seus negócios de forma calculável, sem sobressaltos e arbitrariedades. Por outro - e de forma um tanto paradoxal, reconhece Weber - dos próprios governantes absolutistas, que acabaram por apoiar, na Europa

⁸⁷ Havia inúmeros focos alternativos e concorrentes ao poder central estatal, que variavam conforme a época e lugar: guildas de comerciantes, corporações de ofício de artesãos, universidades, jurisdições eclesiásticas, cidades e territórios feudais com imunidades tributárias e autonomias jurídicopolíticas, etc. Essa extensa e por vezes caótica rede de estatutos e jurisdições particulares configurava, geralmente, a neutralização da lei geral, estatal, pelas leis privadas, *privatio legis* (donde o vocábulo atual “privilégio”). O particularismo predominava sobre o universalismo.

⁸⁸ Weber, *op. cit.* pg. 626-627, tradução minha.

Ocidental, a racionalidade formal do Direito e da administração mesmo que isso entrasse em conflito com sua tendência discricionária de promover a justiça informal e casuística. É que no processo de centralização política, fundamental para o aumento de seu poder pessoal, esses monarcas precisavam restringir os poderes locais da nobreza e de diversos detentores de privilégios e benefícios particulares, e assim começar a pôr ordem na barafunda de leis e jurisdições parciais que confrontavam o poder central e prejudicavam a eficiência de sua arrecadação fiscal. Nesse processo de centralização política e racionalização jurídica e administrativa, os governantes absolutistas contaram com o apoio de um grupo de funcionários especializados, particularmente de juristas profissionais, de formação acadêmica, comprometidos com a regulamentação e formalização jurídico-administrativa, que lhes garantia oportunidades de carreira e *status* social de intérpretes qualificados de um conhecimento e afazer cada vez mais técnico e especializado, o Direito.

Assim, uma série de alianças informais e *ad hoc* entre burguesia e governantes centralizadores, auxiliados por juristas profissionais, foi lentamente estruturando o padrão formal e procedimentalista do Direito ocidental moderno. Padrão erigido, em fins do século XVIII e início do XIX, como uma reação, um contraponto, à insegurança jurídica do Direito do antigo regime aristocrático e patrimonialista. O Direito de cada estado nacional seria, agora, um corpo coerente e hierarquizado de normas, referentes, em última instância, à Lei Maior, a Constituição, e os operadores do Direito deveriam conhecer toda a lógica e hierarquia de seu sistema jurídico para poder aplicar, de forma inequívoca e seguindo regras processuais fixas e previsíveis, as normas ao caso particular.

Saliente-se, entretanto, que *os direitos individuais* foram postos em evidência somente por um dos dois influxos básicos da modernização jurídica, o de origem burguesa, pois o outro influxo, o dos governantes centralizadores, não os favorecia, pelo menos no início. Essa evolução no sentido de uma maior disciplina legal tendia a uniformizar procedimentos jurídicos, mas isso, em si, não estabelecia nem garantia direitos subjetivos universais. Na verdade, essa uniformização dependia, inclusive, até certo ponto, da violação de antigos direitos, como os de detentores de benefícios, os privilégios tradicionais dos vassalos feudais e os monopólios dos grêmios profissionais. Assim, uma coisa, de interesse concomitante do príncipe e da burguesia, é a substituição do antigo modelo de “privilégio” pelo de “regulamento”, outra é a

garantia de direitos subjetivos aos súditos em geral. “A solução dos conflitos de acordo com uma administração fixa não implica necessariamente a existência de ‘direitos subjetivos’ garantidos”, lembra Weber⁸⁹.

Já o pendor liberal-burguês pela segurança jurídica estimulava direitos subjetivos sim, mas estes eram veiculados sob o paradigma dos interesses burgueses, ou seja, a preocupação primordial era com questões como o respeito à propriedade privada, à segurança dos contratos, e à liberdade de mercado - não só para mercadorias *strictu sensu*, produzidas pelas fábricas e manufaturas, mas para fatores sociais que o capitalismo transformara em mercadorias, como a terra, o dinheiro, e o trabalho humano. O resultado foi uma maior universalização da ordem jurídicopolítica, que expandiu a garantia formal de direitos civis aos indivíduos e declarou a igualdade perante a lei⁹⁰, mas que, na prática beneficiava e era acessível somente á burguesia. Mesmo assim foi esse influxo burguês que, ao expandir as bases sociais do poder, ao estabelecer uma linguagem de que o poder público tinha obrigação de respeitar os direitos e garantias dos indivíduos, preparou o terreno para os reclamos das forças políticas democráticas pela universalização efetiva dessas prerrogativas dos cidadãos.

Acontece que, no Brasil, *o formalismo jurídico não se estruturou a partir de uma reação a um sistema jurídico pré-existente errático e arbitrário. E apoiou-se bem mais no influxo burocrático-estatal que no influxo liberal burguês, e, posteriormente, democrático, tão importante nos países centrais ocidentais, tão débil aqui.* E, na medida em que este último foi o responsável - mesmo que de forma limitada e contraditória - pelo impulso inicial de proteção aos direitos subjetivos, tais direitos ficaram, entre nós, mais vulneráveis ainda⁹¹, aumentando, assim, as conseqüências excludentes do procedimentalismo jurídico.

Por aqui, a lei, formalista e procedimentalista, era, geralmente, tão opressora, tão antidemocrática, tão instrumentalizada, juntamente com a burocratização excessiva e irracional, como recurso de poder pelas elites, que surgiu o adágio: “aos amigos, tudo; aos inimigos, a lei”. Holston, norte-americano, disse que, a princípio, demorou a entender o ditado:

⁸⁹ Weber, *op. cit.* pg. 628, tradução minha.

⁹⁰ A expansão dos direitos civis foi real e relevante: desapareceram, ao menos formalmente, antigos constrangimentos como as limitações no direito de ir e vir, na escolha da profissão, na censura à imprensa e à circulação de idéias, etc. Mas as mulheres, por exemplo, não tinham plena igualdade civil com os homens. Além disso, a universalização dos direitos políticos permaneceu, durante boa parte do século XIX, tolhida por critérios censitários de renda e propriedade.

⁹¹ Vulnerabilidade potencializada pelo pesadíssimo legado sistêmico da escravidão.

“Para pessoas como eu, acostumadas à retórica de uma democracia liberal que enfatiza a centralidade da lei como direito e da cidadania em todas as relações sociais, essa expressão apresentava uma articulação radicalmente diferente de proximidade e distância na ordem social. Achei isso difícil de entender, e o aforismo, que fazia sentido imediato para os brasileiros que eu interrelava, se tornou emblemático durante meu trabalho de campo e minhas tentativas de mapear um território desconhecido de pressupostos sociais tácitos.”⁹²

Quando finalmente entendeu o que estava por trás do ditado, Holston afirmou que ele expressa uma:

“cidadania diferenciada, porque ela se funda na diferenciação e não na equiparação de tipos de cidadãos. Além disso, a cidadania diferenciada considera que o que esses outros merecem é a lei – não no sentido da lei como direitos, mas da lei como desvantagem e humilhação”.⁹³

Assim, a formação e aplicação da lei pela elite tem sido um fator significativo na manutenção desta cidadania diferenciada, na qual prevalece a relação de vulnerabilidade da maioria dos brasileiros e de imunidade de poucos. Por isso, na contracorrente de tantos que enxergam a “inoperância da lei” no Brasil, Holston assevera que a lei, aqui, é bastante eficiente – se se tiver em mente o que realmente se busca através dela:

“Longe de ‘não ter leis’, de que a lei ‘não funcione’ (...) como se ouve com frequência (...) as elites têm usado a lei (...) para manter conflitos e ilegalidades a seu favor, forçar disputas e resoluções extralegais em que triunfam outras formas de poder, manter os privilégios e a imunidade e negar à maioria dos brasileiros o acesso a recursos sociais e econômicos básicos. (...) é um governo extremamente eficaz e persistente da lei. Mas essa lei tem pouco a ver com justiça, e obedecê-la reduz as pessoas a uma categoria inferior. Assim, para os amigos, tudo; para os inimigos, os cidadãos, os pobres, os invasores, os marginais, os migrantes, os inferiores, os comunistas, os grevistas e outros ‘outros’, a lei. Para eles, a lei significa humilhação, vulnerabilidade, e pesadelos burocráticos”.⁹⁴

É por isso que essa lei, e o formalismo jurídico que ela alinha, e a burocracia excessiva e irracional que lhes é coetânea, geram tanta antipatia.

Mas a lei pode, e deve, ser democrática - assim como seus inarredáveis elementos formalistas, desde que não operem sozinhos, que sejam temperados pelos também inarredáveis elementos substantivos do direito, e que a combinação entre ambos se dê dentro de objetivos e contextos democráticos.

⁹² Holston, *op. cit.* pg. 23-24.

⁹³ Holston, *op. cit.* pg. 23.

⁹⁴ Holston, *op. cit.* pg. 43-44.

O próprio Holston o comprova, em seu citado livro, ao acompanhar, tomando como exemplo uma região da periferia da cidade de São Paulo, a luta dos pobres no acesso à terra – no caso, lotes urbanos. Dos conflitos em torno do acesso à moradia própria, um bem fundamental para assegurar segurança familiar e autonomia pessoal, tem surgido, garante Holston, uma nova concepção de cidadania, a “cidadania insurgente” do título do livro, em que a lei começa a ser não mais um problema, mas um aliado para os moradores de periferia, que vão aprendendo a lidar com os meandros da legislação e da burocracia, como os favorecidos sempre lidaram.

A lei e seus elementos formalistas, portanto, podem, sim, conforme o contexto, auxiliar a pauta dos direitos republicanos e igualitários.

CONCLUSÃO

Na convivência estruturada que forma o pano de fundo das relações humanas em sociedades, a reação a problemas e sua superação é uma dinâmica recorrente. Mas, muitas vezes, na resolução apressada, irrefletida e radical de certos problemas, podem-se criar problemas ainda maiores. Neste ensaio abordou-se uma série de situações em que a forma de reagir a certos problemas cria, ou ameaça criar, “soluções” piores.

Tome-se a necessária reação ao formalismo e garantismo jurídicos excessivos: propor que as garantias formais do direito sejam simplesmente banidas, ao sugerir que um cidadão seja preso após um julgamento penal de primeiro grau não é uma solução, mas uma deterioração. Há várias maneiras menos perigosas e autoritárias de se combater o garantismo jurídico excessivo. A Emenda Peluso, por exemplo, proposta de emenda constitucional de autoria do ex-presidente do STF Cezar Peluso, dispunha que, após o julgamento de segundo grau, o processo transitasse em julgado, ou seja, pudesse ser executado definitivamente. Manter-se-ia o direito democrático do cidadão de ter novo julgamento caso condenado da primeira vez, mas evitar-se-iam os infundáveis recursos protelatórios a tribunais superiores que travam a justiça brasileira. A proposta foi, entretanto, desfigurada e boicotada no Congresso, sob o silêncio complacente da mídia. Mas não era a única a pretender agilizar o Judiciário brasileiro. Houve e há várias outras. Lembre-se, contudo, que o inchaço de ações judiciais, que demoram anos para chegar a um termo, gera uma hipertrofia do universo jurídico e

burocrático que, se é nociva aos cidadãos, de forma geral, é proveitosa a determinados grupos profissionais e instituições⁹⁵.

Quanto à colaboração premiada, o desembargador Fausto De Sanctis já ponderou muito bem: ela pode ser útil – mas seu manejo deve ser extremamente cuidadoso. Alguns dos cuidados mais importantes: 1) o juiz que atuou na supervisão dos acordos de colaboração celebrados com a polícia e o Ministério Público durante a fase pré-processual, não deve ser o mesmo que julgará o processo; 2) as prisões cautelares, provisórias ou preventivas, são, teoricamente, excepcionais em nosso ordenamento jurídico, e não devem ser usadas como forma de pressão para se obter um acordo de colaboração premiada; e, talvez a mais importante das cautelas: 3) não deve haver vazamentos do teor dos acordos para a mídia, ainda mais vazamentos seletivos, que incriminam certos políticos e empresas e protegem outros políticos e outras empresas; devem ser evitados, como bem lembrou De Sanctis, juízos retributivos precoces e injustos por parte da opinião pública – afinal, uma vez abalada indevidamente uma reputação pública, quem reparará o dano?

Quanto ao papel da mídia na sociedade, e, particularmente, à sua relação com o direito. A mídia tem uma função crucial na constituição de sociedades verdadeiramente democráticas, como esteio de uma opinião pública pluralista. Censurar a mídia é das primeiras providências de todo regime autoritário. Controlá-la também é algo autoritário. Esse controle pode vir do Estado, mas pode vir, também, de forças econômicas poderosas, que estabelecem uma visão unívoca, não pluralista, sobre a realidade. Aqui também vale a lição de Montesquieu: o poder limitando o poder. No caso brasileiro, uma mídia oligopolizada, que não aceita qualquer posição política diferente da sua, necessita, urgentemente, de contrapontos de poder. E em relação à influência da mídia no Direito (e, por via dela, da opinião pública), esta é salutar, até certo ponto. O Direito não deve, nunca, fechar-se à opinião pública. Mas não deve balizar-se por ela, como já alertava o ministro Barroso. A mídia não pode se transformar em “justiceira”. Ou, como afirma o juiz Alexandre Moraes da Rosa, “criticável é o

⁹⁵ Como afirma o professor e magistrado federal do trabalho Antônio Álvares da Silva, “todos falam de reforma, reconhecem que o Judiciário é tardo e ineficiente, reclamam da burocracia e do excesso de recursos, mas nada de concreto é efetivamente proposto. Na hora das reformas, abrandam a mão e deixam as coisas como dantes. Os agentes encarregados da aplicação da lei não têm interesse numa reforma profunda. Alguns tribunais serão ameaçados em sua existência. As verbas públicas diminuirão porque o excesso será eliminado. As demandas serão curtas e a demora dos processos não será mais motivo de lucro para ninguém. O rendoso negócio da procrastinação terá seu fim”. Silva, Antônio Álvares da. “A PEC Peluso e a Reforma do Judiciário”, in Renault, Luiz Otávio L.; Viana, Márcio Túlio; Fabiano, Isabela Márcia A.; Fattini, Fernanda Carolina; Pimenta, Raquel Betty C. (coords.). O que há de novo em processo do trabalho – homenagem ao professor Aroldo Plínio Gonçalves. São Paulo: Ltr, 2015, pg.503.

juízo pela mídia, não o juízo com a mídia. Direito de informação não transfere o lugar da Jurisdição para o Jornal Nacional”⁹⁶.

Quanto ao papel das grandes empreiteiras nacionais e da Petrobras na economia e na política brasileira. As grandes empreiteiras têm, realmente, um histórico de abusos. Por meio do financiamento de campanhas políticas, principalmente, conseguem o beneplácito e conluio do poder público em uma série de atos danosos ao bem comum. Mas são importantes demais para a economia brasileira para que sejam simplesmente desestruturadas, jogadas no limbo, com toda a tecnologia e conhecimento que acumularam, sendo, então, substituídas por empresas estrangeiras que não tem o menor compromisso com nossa sociedade. Por meio de acordos de leniência, e especialmente pela *reestruturação do contexto jurídico e político em que se dá a relação destas empresas com o poder público*, elas poderiam ter uma atuação mais transparente, e continuar a fortalecer a economia e a tecnologia brasileiras. De forma análoga para a Petrobras. Por injunções políticas, externas, certos esquemas de corrupção nesta empresa símbolo do Brasil, verdadeiro dinamismo da economia nacional, não começaram hoje nem há pouco tempo. Além disso, suas dificuldades atuais não se devem somente às investigações da LavaJato. Nem por isso a Petrobras deixa de ser uma das empresas mais eficientes do mundo. Não justifica que seja desmontada, privatizada, ou perca seu protagonismo no setor energético. Não é exagero ou nacionalismo barato ou superado afirmar que o destino da soberania nacional passa, em boa medida, pelo destino da Petrobras.

Quanto ao ativismo do Judiciário e do Ministério Público, este é, a princípio, salutar para a democracia, mas, como já ensinava Montesquieu, é preciso que o poder limite o poder. O Judiciário e o Ministério Público devem, sim, ter relevância e protagonismo, mas necessitam, também, de contrapontos institucionais. Seus membros não são anjos nem heróis, mas homens e mulheres de carne e osso que, embora honestos e bem intencionados em sua maioria, sofrem, como todo ser humano, as tentações do predomínio excessivo. Nenhuma democracia, nenhuma luta contra a corrupção, precisa de salvadores da pátria, mas da participação ativa e republicana da coletividade.

Como afirmou o juiz Moro, em seu artigo sobre a Operação Mãos Limpas italiana:

“Talvez a lição mais importante de todo o episódio seja a de que a ação judicial contra a corrupção só se mostra eficaz com o apoio da

⁹⁶ Rosa, *op. cit.*

democracia. É esta quem define os limites e as possibilidades da ação judicial. Enquanto ela contar com o apoio da opinião pública, tem condições de avançar e apresentar bons resultados. Se isso não ocorrer, dificilmente encontrará êxito”⁹⁷.

Correto o dr. Moro quanto à ação judicial encontrar seus limites e possibilidades na democracia. Mas se a democracia inclui, certa e necessariamente, a opinião pública, não se resume, de forma alguma, a ela.

Não há democracia se não houver, como lembrou o ministro Barroso, respeito a direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, mesmo os eventualmente minoritários nas eleições e na opinião pública, e tal respeito torna-se difícil se houver concentração excessiva de poder, seja nas mãos de atores, instituições ou coletividades - todas essas entidades precisam de contrapontos de poder para que o arranjo político na qual atuem possa ter condições mínimas, mesmo que não suficientes, de democracia. Não há democracia se o Direito e a burocracia estatal forem vetores de “complicações deliberadas e insolúveis”, como diria Holston, que faz com que somente os que detêm recursos formais e informais de poder escapem delas. E, finalmente, não há democracia quando o dinheiro e a política dão-se as mãos de forma tão acentuada e tão contrária ao interesse público como na questão do financiamento privado das campanhas políticas – uma relação que estabelece o que Boaventura Santos chamou de “ligações sistêmicas” da política com a ilicitude, difíceis de se evitar, e em relação às quais a atuação judicial ou desmonta todo o sistema político ou estabelece punições seletivas e, nesse sentido, injustas.

Eventos como a Operação Lavajato, além da importância intrínseca, são fundamentais para se indagar a respeito da relação de atores como o Judiciário, a mídia, as empresas nacionais e internacionais, os partidos políticos, com os fundamentos da democracia no Brasil. Sendo um dos fundamentos mais preciosos aquele expresso no início do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal: “todos são iguais perante a lei”.

⁹⁷ Moro, *op. cit.*, pg. 61.

BIBLIOGRAFIA

- Araújo, Marcelo Cunha. Só é preso quem quer: bastidores do sistema de punição seletiva. Niterói: Impetus, 2012.
- Barroso, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade”. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 13 de nov. 2015.
- Bendix, Reinhard. Max Weber: um perfil intelectual. Brasília: Ed. UnB, 1986.
- Brasil. Conselho Nacional de Justiça. “Diagnóstico de pessoas presas”. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acesso em 14 out. 2015.
- Brasil. Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – IPEA. “Relatório de Aplicação de Penas”. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf. Acesso em 15 out. 2015.
- Brasil. Ministério Público Federal. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>. Acesso em 09 out. 2015.
- Brasil. Presidência da República. “Lei 12850/2013”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em 09 nov. 2015.
- Brasil. Tribunal Superior Eleitoral. “Prestação de contas – Eleições 2014”. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-antiores/eleicoes-2014/prestacao-de-contas-eleicoes-2014/divulgacao-da-prestacao-de-contas-eleicoes-2014>. Acesso em 05 nov. 2015.
- Chaves, Luís Cláudio - Entrevista. “Risco à democracia”. Revista Viver Brasil. 24/07/2015, pg. 38-41.
- Conectas – Direitos Humanos – “Mapa das prisões.”Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/noticia/25378-mapa-das-prisoas>) Acesso em 21 out. 2015.
- Dip, Andréa. “No Brasil, 40% dos presos são provisórios”. Revista Carta Capital, 05/02/2015. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/prende-primeiro-pergunta-depois-2548.html> Acesso em 14 out. 2015.
- Freitas, Jânio de. “Jatos desiguais”. Jornal Folha de São Paulo, 08/11/2015. Disponível em: <http://jornalggn.com.br/noticia/lava-jato-poupou-as-estrangeiras-por-janio-de-freitas>. Acesso em 23 nov. 2015.
- Givati, Yehonatan. “The comparative law and economics of plea bargaining: theory and evidence”.Disponível em:

http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/fellows_papers/pdf/Givati_39.pdf. Acesso em 01 nov. 2015.

- Grandis, Rodrigo de. “Prisão não invalida a delação premiada”. Revista eletrônica JOTA, 05/08/2015. Disponível em: <http://jota.info/rodrigo-de-grandis-prisao-nao-invalida-a-delacao-premiada>. Acesso em 12 out. 2015.

- Gross, Samuel R; O'Brien, Barbara; Hu, Cheng; Kennedy, Edward H.. “Rate of false conviction of criminal defendants who are sentenced to death”. PNAS – Proceedings of the National Academy of Sciences, vol. 111, no. 20. Disponível em: <http://www.pnas.org/content/111/20/7230.full.pdf>. Acesso em 07 out.2015.

- Godoy, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito nos Estados Unidos. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.

- Holanda, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

- Houaiss, Antônio; Villar, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

- Holston, James. Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

- ITPI – In The Public Interest. “Criminal Lockup quotas report”. Disponível em: <http://www.inthepublicinterest.org/wp-content/uploads/Criminal-Lockup-Quota-Report.pdf>. Acesso em 03 nov. 2015.

- Jornal Estado de São Paulo, 10 de abril de 2015. “Apuração da 'lavajato' levará a 'mares nunca d'antes navegados', afirma procurador”. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,apuracao-da-lava-jato-levara-a-mares-nunca-dantes-navegados-diz-procurador,1667388Estado> Acesso em.

- Jornal Estado de São Paulo, 05/02/2015. “Ex-gerente da Petrobrás diz ter recebido propina desde 1997”. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ex-gerente-da-petrobras-diz-ter-recebido-propina-desde-1997/> Acesso em 04 nov. 2015.

- Jornal Estado de São Paulo, 24/10/2015. “Ex-gerente diz que propinas remontam a 1978”. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ex-gerente-diz-que-propinas-na-petrobras-remontam-a-1978/>. Acesso em 05 nov. 2015.

- Jornal O Globo, 05/05/2015. “CPI: Costa diz esperar que seu sacrifício não seja em vão”. <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/05/cpi-costa-diz-esperar-que-seu-sacrificio-nao-seja-em-vaio.html> Acesso em 22 out. 2015.

- Kar, Dev. Brasil: fuga de capitais, os fluxos ilícitos e as crises macroeconômicas, 1960-2012. Washington, DC: Global Financial Integrity, 2014.

- Mendonça, Andrey Borges de. “A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado”. Revista Custos Legis, vol. 4, 2013.

- Moro, Sérgio Fernando; Bochenek, Antônio César. “O problema é o processo”. *Jornal Estado de São Paulo*, 29/03/2015. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/> Acesso em 06 out. 2015.
- Moro, Sérgio Fernando. “Considerações sobre a Operação *Mani Pulite*”. *Revista CEJ, Brasília*, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004.
- Nascimento, Artur Gustavo Azevedo. “Processo penal brasileiro: sistema acusatório ou inquisitivo garantista?” *Revista Eletrônica Ambito Jurídico*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2690. Acesso em 24 out. 2015.
- Natapoff, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of American Justice*. New York: New York University Press, 2010.
- O'Donnell, Guillermo A. *Análise do autoritarismo burocrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.
- Ordem dos Advogados do Brasil. “OAB se manifesta contra a corrupção e pelo direito de defesa”. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/27880/oab-se-manifesta-contr-a-corrupcao-e-pelo-direito-de-defesa>. Acesso em 07 out. 2015.
- Renault, Luiz Otávio L.; Viana, Márcio Túlio; Fabiano, Isabela Márcia A.; Fattini, Fernanda Carolina; Pimenta, Raquel Betty C. (coords.). *O que há de novo em processo do trabalho – homenagem ao professor Aroldo Plínio Gonçalves*. São Paulo: Ltr, 2015.
- Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 13/08/2015. “Carf representa o pior do Brasil', diz procurador que investiga o órgão”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-13/carf-emula-pior-estado-brasileiro-procurador-zelotes?imprimir=1>. Acesso em 28 out. 2015.
- Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 28/12/2004. “Presidente da OAB critica resultado final da CPI do Banestado”. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2004-dez-28/cpi_banestado_terminou_pizza_presidente_oab Presidente da OAB critica resultado final da CPI do Banestado” Acesso em 12 nov. 2015.
- Revista Vértice – CREA-MINAS, nº 27, jul-ago-set 2015. “O risco da paralisação: crise econômica e Operação Lava Jato ameaçam infraestrutura do país”.
- Rodrigues, Fernando. “STF ajuda CPI do HSBC e permite quebra de sigilos no caso *Swissleaks*”. Disponível em: <http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2015/07/15/stf-ajuda-cpi-do-hsbc-e-permite-quebra-de-sigilos-no-caso-swissleaks/>. Acesso em 07 nov. 2015.
- Rosa, Alexandre Moraes da. “Para entender a lógica do juiz Moro na Lava Jato”. *Revista eletrônica Emporio do Direito*. 07/03/2015. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/para-entender-a-logica-do-juiz-moro-na-lava-jato-por-alexandre-morais-da-rosa-2/>. Acesso em 13 out. 2015.

- Rosa, Alexandre Moraes da; Lopes Jr., Aury. “Quem vai julgar o futuro processo da operação lava jato?”. Disponível em: Revista Consultor Jurídico 28/11/2014. <http://www.conjur.com.br/2014-nov-28/limite-penal-quem-julgar-futuro-processo-operacao-lava-jato>. Acesso em 02 out. 2015.

- Ross, Jacqueline. “The entrenched position of plea bargaining in United States legal practice”. The American Journal of Comparative Law – Vol. 54 - American Law in the 21st Century: National Reports to the XVIth International Congress of Comparative Law (Fall, 2006).

- Sadek, Maria Teresa. “Cada juiz é uma ilha e tem muito poder em suas mãos”. Revista eletrônica Consultor Jurídico. 08/02/2009.. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-fev-08/entrevista-maria-teresa-sadek-cientista-politica>. Acesso em 19 set. 2015.

- Sanctis, Fausto Martins de. “Opor-se à delação premiada é repelir a justiça”. Revista Época, 03/07/2015. Disponível em: <http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/07/fausto-de-sanctis-opor-se-delacao-premiada-e-repelir-justica.html>. Acesso em 07 out. 2015.

- Santos, Boaventura de; Marques, Maria Manuel L.; Pedroso, João; Ferreira, Pedro Lopes. Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português. Porto: Ed. Afrontamento, 1996.

- Saraiva, Wellington. “Investigação criminal no Supremo Tribunal Federal e em outros tribunais”. Disponível em: <http://wsaraiva.com/2015/03/04/investigacao-criminal-no-supremo-tribunal-federal-e-em-outros-tribunais/>. Acesso em 02 out. 2015.

- Secondat, Charles-Louis de. (Barão de La Brède e de Montesquieu). O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- The Economist, Oct 4th 2014. “A plea for change: american prosecutors have too much power, hand it some to judges”. “Kings of courtroom: how prosecutors came to dominate the criminal-justice system”. Disponível em: <http://www.economist.com/news/leaders/21621784-american-prosecutors-have-too-much-power-hand-some-it-judges-plea-change>. <http://www.economist.com/news/united-states/21621799-how-prosecutors-came-dominate-criminal-justice-system-kings-courtroom>. Acesso em: 21 out. 2015.

- Vanucci, Alberto. The controversial Legacy of 'Mani Pulite': a critical analysis of Italian corruption and anti-corruption policies”. Bulletin of Italian Politics, vol. 1, no. 2, 2009, 233-64.

- Vianna, Luiz Werneck. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

- Weber, Max. Economia y sociedad. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1999.