

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

A PRÁTICA DO LAWFARE POLÍTICO NOS MAXIPROCESSOS E A
IMPARCIALIDADE JUDICIAL

DÉBORA DE ARAUJO AMARAL RIBEIRO

Rio de Janeiro
2020

DÉBORA DE ARAUJO AMARAL RIBEIRO

**A PRÁTICA DO LAWFARE POLÍTICO NOS MAXIPROCESSOS E A
IMPARCIALIDADE JUDICIAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Dr. Francisco Ortigão.

**Rio de Janeiro
2020**

CIP - Catalogação na Publicação

dR484p de Araujo Amaral Ribeiro , Débora
A prática do lawfare político nos maxiprocessos e a imparcialidade judicial / Débora de Araujo Amaral Ribeiro . -- Rio de Janeiro, 2020.
70 f.

Orientador: Francisco Ortigão.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Processo penal de emergência . 2. Princípio do juiz natural . 3. Maxiprocessos . 4. Lawfare. 5. Operação Lava Jato. I. Ortigão, Francisco, orient.
II. Título.

DÉBORA DE ARAUJO AMARAL RIBEIRO

**A PRÁTICA DO LAWFARE POLÍTICO NOS MAXIPROCESSOS E A
IMPARCIALIDADE JUDICIAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Dr. Francisco Ortigão.

Data da Aprovação: ___/___/___.

Banca Examinadora:

Orientador:

Membro da Banca:

Membro da Banca:

**Rio de Janeiro
2020**

AGRADECIMENTOS

Não seria possível chegar neste momento, se não fosse o suporte incondicional dos meus pais, Nádya Amaral e Renato Ribeiro, que sempre priorizaram, nos cenários mais adversos, a minha educação. Agradeço a eles tudo que eu sou e construí até aqui.

Agradeço à Nadyr de Araujo Amaral, a responsável por todo cuidado e atenção durante a minha infância e que, muitas vezes, acreditou mais na minha capacidade do que eu. Sem essa avó, essa conquista não teria o mesmo sabor. Sua partida foi o combustível para essa reta final.

Ao longo desses quase seis anos cursando Direito, minha fé oscilou, mas sempre esteve presente. Agradeço a todos os deuses e Orixás que me guiaram por este caminho.

Qualquer caminhada é menos tortuosa à medida que se tem amigos, agradeço as minhas amigas do Colégio Republicano, Bianca Carvalho, Letícia Queiroz e Larissa Vieira. Agradeço aos meus amigos do Colégio Futuro VIP, Gabriel Hasegawa, Jaqueline Cardoso e Lucas Levi. Agradeço pela sua insubstituível presença na minha vida e nessa reta final, minha irmã de alma, Luiza Guimarães.

Agradeço a todos os professores e os funcionários da Faculdade Nacional de Direito, que me ajudaram a construir conhecimento técnico e entender o Direito como meio de transformação social pelo acesso à justiça.

Agradeço aos amigos que fiz nessa jornada, às Manas, ao DDL, ao Gossip Black e as meninas com quem dividi a paixão pela AAAFND nas quadras.

Agradeço ao Coletivo Negro Cláudia da Silva Ferreira e aos Jogos sem Racismo, que foram espaços de acolhimento nesse lugar que não é construído para os nossos corpos, mas

onde eu aprendi a me amar por inteiro enquanto mulher negra. Agradeço em especial a minha amiga Mariana Ayodeli, que foi escuta e troca em todo esse processo.

Se ao final dessa caminhada posso dizer que fiz da Faculdade Nacional de Direito a minha casa é porque nela encontrei uma família, devo então destacar os meus irmãos, sem os quais todo esse processo tão feliz não seria, agradeço à Bruna Fortunato e Jean Honorio.

Agradeço à Manoela Martins, por me apresentar uma nova maneira de amar e de construir parceira.

Posso então dizer que esse trabalho é o meu renascimento, pois, definitivamente, a Débora que se forma na Faculdade Nacional de Direito é outra pessoa.

RESUMO

O presente trabalho foi desenvolvido para analisar a prática do *lawfare* nos maxiprocessos e a consequente imparcialidade judicial. Para isso, foi realizada uma revisão bibliográfica a acerca da matéria, concomitantemente a utilização de episódios experimentados pelo Brasil sobre o tema, no caso a Operação Lava Jato. Em linhas introdutórias, foi realizada a distinção entre processo penal constitucional e o processo penal de emergência, responsável pela circunstância do surgimento dos maxiprocessos. Assim, como o princípio do juiz natural, garantidor da imparcialidade judicial. Posteriormente, foi explicitado o conceito de maxiprocessos e suas nuances definidos por Luigi Ferralóji. Por fim, o objeto de análise foi o fenômeno do *lawfare*, desenhando sua relação com os maxiprocessos. Pode-se notar como o *lawfare* e sua materialização por meio dos maxiprocessos tem capacidade de trazer danos irreversíveis para o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Processo Penal de Emergência; Princípio do Juiz Natural; Maxiprocessos; *Lawfare*; Operação Lava Jato.

ABSTRACT

This Project discusses the lawfare practice in the maxprocesses context and its influence to the judicial impartiality phenomenon. To reach this goal, this study starts from a literature review on the lawfare matter combined to the analysis of Brazilian Federal Police “Car-Wash” Operation. Further up, this study analyses the distinction between the criminal procedure provided at the Brazilian Federal Constitution and the criminal procedure adopted in emergencies, in which the maxprocesses usually occurs. It is also explained the role of the natural justice principle to the judicial impartiality phenomenon. The specific details of the maxprocesses concept designed by Luigi Ferralaji are explored in the sequence. Finally, the study concludes that the lawfare practice is capable of causing permanent damages to the Democratic State of Law.

Keywords: Emergency Criminal procedure; Natural justice principle; Maxprocesses; Lawfare; Car Wash Operation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – PROCESSO PENAL DE EMERGÊNCIA E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL	11
1.1 Processo Penal de Emergência	11
1.1.1 Processo Penal Constitucional	11
1.1.2 Processo Penal de Emergência.....	13
1.2. Princípio do juiz natural	18
1.2.1 A dupla garantia	18
1.2.2 A imparcialidade do juiz.....	21
CAPÍTULO 2 – OS MAXIPROCESSOS	28
2.1 Conceito: o que são os maxiprocessos?	28
2.1.1 Gigantismo processual.....	29
2.1.2 Confusão processual	31
2.1.3 A inovação nos meios probatórios	35
2.1.4 Exacerbação da cobertura pela mídia	40
2.1.5 Rompimento com a modalidade de legalidade penal	45
CAPÍTULO 3 – LAWFARE POLÍTICO	48
3.1 Lawfare político	48
3.1.1 O que é o lawfare?.....	48
3.1.2 Lawfare e os maxiprocessos.....	54
3.1.3 A experiência brasileira com o lawfare político	56
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

INTRODUÇÃO

O Estado é o titular do poder punitivo objetivando tutelar os bens jurídicos da vida. O exercício desse poder ocorre por meio do impedimento da realização de determinadas condutas, bem como da obrigação de realizar outras. Nesse sentido, por intervenção legal, o Estado estabelece o modo assertivo de agir, como também define o crime, definido pelo direito material, portanto Direito Penal. O procedimento para análise dos crimes imputados a um acusado é definido pelo direito processual, Processo Penal.

Os acusados processualmente têm direito ao devido processo legal que pode ser resumido na garantia total dos direitos fundamentais no que se refere a matéria processual. Dentre eles, com o destaque que se exige, encontra-se a imparcialidade do juiz, que assegura ao acusado um terceiro desinteressado para o julgamento do crime que lhe está sendo imputado. Contudo, os processos não se resumem sempre a apenas uma figura no polo passivo, podendo contar com inúmeros acusados, a depender da atividade investigada, o que acontece especialmente em crimes de organização criminosa. O produto, em geral, derivado disso são os maxiprocessos, que devido a sua magnitude, apresentam certa dificuldade em caminhar segundo a estrita legalidade.

Por sua vez, o *lawfare*, fenômeno pouco analisado doutrinariamente no Brasil, se refere ao uso estratégico do Direito, a partir da definição de um inimigo, tratando-se de *lawfare* político, definido politicamente. Assim como nos maxiprocessos, ocorre o desprezo pela técnica e pelos direitos dos acusados, procedimento distante do sistema acusatório, carregando nuances que desrespeitam o Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho pretende analisar a prática do *lawfare* nos maxiprocessos criminais que passa pela indissociável atuação imparcial do magistrado. A seara em que se enquadra o tema no âmbito jurídico é processo penal responsável por delimitar o poder punitivo estatal. No entanto, o maxiprocessos não se apresenta no processo penal constitucional, sendo oriundo do

processo penal de emergência, razão pela qual a diferenciação desses, do ser e do dever ser, do processo penal é o cartão de visitas deste trabalho. Posteriormente, com a perspectiva de discutir a imparcialidade da atividade jurisdicional, deve-se analisar o princípio que assegura a imparcialidade do magistrado, qual seja, o princípio do juiz natural, balizado pela dupla garantia e pela imparcialidade judicial. Para enfim, estarmos aptos a análise da conceituação do maxiprocessos e do *lawfare*.

A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica, o que se pretende é o estudo do conceito do *lawfare*, por análise de bibliografia estrangeira, tendo em vista que o conceito foi fixado nos Estados Unidos. Para a determinação das características dos maxiprocessos, megaprocessos criminais, o marco teórico utilizado será o professor italiano garantista penal Luigi Ferrajoli, responsável pela definição dessa categoria processual. E na introdução para a compreensão do processo penal de emergência e do princípio do juiz natural se pretende utilizar doutrinadores brasileiros.

Para não restar o trabalho apenas na análise da construção doutrinária, à medida que se apresentarem os conceitos serão utilizados como pano de fundo, episódios da prática judiciária brasileira. Tratando-se de maxiprocessos não há como não abordar a maior operação de investigação contra à corrupção que vivencia o judiciário brasileiro, a Operação Lava Jato, especialmente, pelos impactos que a Operação vem deixando no cenário político e no âmbito judiciário. A relevância de se estudar esse tema se encontra justamente nos impactos que o *lawfare* vem causando na justiça criminal brasileira, como poderemos observar nesse trabalho.

1. O PROCESSO PENAL DE EMERGÊNCIA E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Na inauguração deste trabalho, serão abordados dois assuntos que são o pano de fundo do tema central, surge a necessidade de compreender como se dá o processo penal constitucional e o processo penal de emergência, o segundo é o contexto em que surge os ditos maxiprocessos do professor Luigi Ferrajoli, sendo de grande valia o entendimento desse cenário para posterior elucidação do que é o maxiprocessos.

Em segundo lugar, ante a proposta de se analisar a imparcialidade do juiz, deve-se de antemão sedimentar o entendimento da garantia do juiz natural no processo penal, que é o amparo legal responsável pela vedação da imparcialidade judicial.

1.1 Processo Penal de Emergência

1.1.1 Processo Penal Constitucional

A necessidade, observado o fracasso na tentativa do exercício da liberdade individual em sua totalidade por todos, foi determinante para a admissão do Estado como detentor do direito de punir. A liberdade individual fica em segundo plano para o Estado intervir exercendo o seu poder punitivo. À medida que o Estado monopoliza esse poder, é encarregado de estabelecer as práticas que serão definidas como delituosas, através da legislação fixando o que é relevante para o direito penal.¹

A Carta Magna, com o sistema de hierarquização normativa, é a norteadora da aplicação do direito, pode-se dizer que não seria válido um sistema processual penal que estivesse em dissonância com o que está disposto constitucionalmente. Dessa forma, é indispensável que o processo penal seja interpretado conforme o texto constitucional, para que a interpretação processual não incorra em proposições inconstitucionais.

¹ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: CL EDIJUR, 2017.

No momento em que se propõe o estudo do Processo Penal este deve ser realizado à luz da Constituição. Por conta disso, as normas processuais penais irão traduzir a política do Estado, ao passo que transmitem os ideais constitucionais, de modo que uma constituição democrática resultará num processo penal democrático. Por outro lado, uma constituição com caráter autoritário produzirá um processo penal nos mesmos moldes.²

Assim como o processo penal, a Constituição também é tutora de liberdade individual. Sendo assim, a primazia da constituição, que delinea todo o ordenamento jurídico, no sistema político democrático, necessita exprimir os seus valores democráticos ao fixar as normas norteadores do processo penal de forma irretocável, para que o ordenamento seja uníssono.³

Dessa forma se apresenta o processo penal constitucional, o que poderia ser definido como a normalidade, um respeito incondicional às margens fixadas pela Carta Magna. A eficácia constitucional pressupõe a consagração das garantias constitucionais no sistema processual penal, de forma que os mecanismos punitivos devem estar adequados às garantias constitucionais, portanto a constituição desenha a política criminal.

É imperito tratar as garantias constitucionais no âmbito do processo penal sem trazer à baila o garantismo penal de Luigi Ferrajoli. O sistema de garantia apresentado pelo jurista italiano não se pretende exaustivo, mas fixa dez axiomas necessários para o sistema garantista.⁴ A constituição ampara boa parte desses axiomas, como o contraditório, o modelo acusatório e a presunção de inocência, podendo-se dizer que o Brasil adota um sistema de garantias.

Nesse sentido, o sistema de garantias pressupõe o respeito a “estrita legalidade”, axioma de suma importância para o garantismo penal, tendo como consequência um sistema que assegura a efetividade o texto constitucional. No modelo garantista, a estrita legalidade é o centro, sendo essencial para a prevalência dos demais axiomas, sob pena se tornar mera legalidade. Enquanto

² LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 24.

³ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P. 82.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 P.74

essa exige a legislação para fixação do delito, àquela demanda todas as outras garantias para a legalidade penal.⁵

No entanto, deve-se ressaltar a distinção do garantismo teórico e prático, haja vista que os princípios constitucionais podem apontar no sentido desse sistema, mas na prática isso pode não ser observado. Nesse contexto preceitua o autor, “uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados se não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas - ou seja, de garantias - que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo.”⁶

A diferença do normativo e do real é o conflito central dos sistemas que se pretendem garantistas.⁷ Em sua obra o jurista faz referência ao ordenamento jurídico italiano, migrando para o cenário brasileiro, esse contraste pode ser constatado nas normas de processo penal, como também na atuação do judiciário. Muito embora a Constituição Federal de 1988, promulgada após um regime ditatorial, ter sido inovadora na garantia dos direitos fundamentais, a retratação desses na prática forense ainda é dificultosa.

O presente trabalho coloca as lentes nesse fenômeno no âmbito dos maxiprocessos, um exemplo do distanciamento do processo penal constitucional e a aproximação do processo penal de emergência.

Tendo o processo penal constitucional como norma, respeitando os limites definidos constitucionalmente e a política criminal do Estado, deve-se analisar aquele que é dissonante do perquirido, o processo penal de emergência, contexto no qual surgirão os maxiprocessos objeto central deste texto.

1.1.2 Processo penal de emergência

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 P.74

⁶ Idem, p. 684.

⁷ Idem, p. 685.

Na conjuntura emergencial, cria-se um estado de excepcionalidade, no qual os meios utilizados para atingir determinado fim perdem a relevância, e assim os valores essenciais são abandonados, tanto na elaboração normativa quanto na sua interpretação. Contudo, o conceito de excepcionalidade presume um lapso temporal demarcado ⁸, todavia não é o que acontece nesse caso, como poderemos analisar.

A situação de caráter emergencial implica uma imediatidade em solucioná-la, de forma que se encontra na emergência a justificativa para atuar à margem do texto constitucional, ensejando a criação de normas desconsiderando o processo penal constitucional. Em outros casos, maneja a norma para aplicá-la em fins distintos para os quais a elaborou o legislador.

A urgência, que se encontra umbilicalmente ligada à exceção, nasce de um cenário de crise e a celeridade é exigida socialmente. Pouco importa o respeito à estrita legalidade, desde que haja resposta rápida e definitiva para a situação, uma sanção.

Os casos tidos como emergenciais no Brasil, são aqueles praticados por organizações criminosas, como tráfico de drogas, roubo – sobretudo – os crimes contra a administração pública, esse último de maior relevância neste trabalho. Enquanto àqueles são condenados socialmente pelo estado de insegurança e medo, esses são marcados pelo discurso da impunidade.⁹

É sabido que os crimes contra a administração, em sua maioria, não são praticados por aqueles à margem social, e sim pelos que estão na ponta da pirâmide. Edwin Sutherland, responsável pela definição dos “crimes de colarinho branco”¹⁰, define-os como praticados por personagens que detêm poder político e econômico. A fixação desse tipo de crime passa pelo

⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. “**Processo Penal de Emergência: avaliação nos 20 anos de vigência da Constituição de 1988**”. In PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Editora Lamen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 209-225

⁹ SANTORO, Antônio. LUCERO, Natália. **A policização da justiça: uma análise sobre a hipótese de Foucault no sistema de justiça criminal brasileiro a partir do direito ao contraditório**. *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*. 2019. P. 83-102.

¹⁰ SUTHERLAND, Edwin H. **White Collar Criminality**. American Sociological Association – volume 5. 1940. P 1-12

perfil social do agente, como denota a etimologia, são aqueles que se colocam nos melhores trajes socialmente, de colarinho branco. Perde-se, só por um momento, a associação do crime às classes sociais marginalizadas.

Quando se pensa nos crimes contra a administração e no estado emergencial, não se pode olvidar da contribuição da mídia, essa que sempre esteve à frente de comunicar ao povo brasileiro os bastidores do jogo político, bem como televisionar os processos responsáveis por excluir diversas peças desse tabuleiro. A transparência dos atos processuais é convertida na espetacularização processual, o que tem se mostrado é uma imprensa que funciona, por vezes, como assistência à acusação. O apelo midiático é peça chave na formação do clamor social, que contribuirá para a instauração do estado de emergência.

A espetacularização do processo penal¹¹ é notória nos meios de comunicação brasileiro, a publicidade, que é princípio básico processual, se mostra como uma vilã em alguns julgados. Faz seis anos que todos os holofotes estão voltados para a Operação Lava Jato que, ora com aplausos ora com vaias do público, tornou-se a maior operação anticorrupção da história do país. Vale lembrar a colocação do chefe da força-tarefa Ministério Público, em 2015, ainda no início das investigações, Deltan Dallagnol “Brasil é o paraíso da impunidade para réus do colarinho branco”.¹²

No artigo, origem do trecho acima, o procurador federal coloca os direitos dos acusados aos recursos como problema para o exercício do poder punitivo estatal, sendo necessária a supressão dos direitos ou a flexibilização desses. Discurso como esse, entoado seja por atores do judiciário seja pelos canais de comunicação, reforça o estado de emergência, fomentando o clamor pela punição e o abandono de regras processuais e garantias constitucionais.

¹¹ CASARA, Rubens. **A espetacularização do processo penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo. P 309-318. 2016.

¹²“**Brasil é o paraíso da impunidade para réus do colarinho branco**”. Disponível em: <<<https://noticias.uol.com.br/opiniaocoluna/2015/10/01/brasil-e-o-paraiso-da-impunidade-para-reus-do-colarinho-branco.htm>>> Acesso em: 9 SET. 2020.

A cultura de emergência promove um movimento regressivo na construção e manutenção de qualquer ordenamento jurídico, deixando em aberto até que ponto a necessidade provocada pela urgência atinge a atividade judiciária.¹³ Seguindo a lógica de que o ponto final promoverá resultado útil socialmente, a fuga do modelo acusatório não é impeditivo se o objetivo punitivo for atingido.

Importa o pensamento de Ferrajoli acerca do estado de emergência, pois é o marcador circunstancial dos maxiprocessos. A ruptura com o modelo de legalidade penal adotado é derivada do afastamento da razão jurídica e a aproximação da “razão do Estado”, desconsiderando o Estado detentor da pretensão punitiva, colocando-o como agente político para a superação da situação emergencial e de exceção.¹⁴

O fundamento das práticas à margem do processo penal constitucional é a excepcionalidade, razão pela qual a transgressão à normalidade é legitimada. Assim como no sistema de garantias, há uma disparidade, entre o dever ser e o ser, quando se trata de casos definidos como excepcionais.¹⁵ O processo penal na prática, nessas condições, contrasta com aquele definido pela legislação. Ao arrepio da lei o processo penal emergencial impulsiona o aparelhamento do judiciário, distorcendo os trâmites processuais a fim de alcançar propósito eminentemente político.¹⁶

Nas palavras de Luigi Ferrajoli:

“[...]o princípio da razão de Estado é incompatível com a jurisdição penal entendida no contexto do Estado moderno de direito; de tal forma, quando ela intervém - como no direito penal de emergência - para condicionar as formas da justiça ou, pior, para orientar um concreto processo penal, não existe mais jurisdição, porém outra coisa: arbítrio policial, repressão política, regressão neo-absolutista do Estado a formas pré-modernas.”¹⁷

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 P.649.

¹⁴ Idem, ibidem, p. 650.

¹⁵ Idem, ibidem, p. 650.

¹⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **“Processo Penal de Emergência: avaliação nos 20 anos de vigência da Constituição de 1988”**. In PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Editora Lamen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 209-225

¹⁷ Idem, ibidem, p. 653.

Significa dizer que a justiça, sob a égide da razão do Estado coloca a autonomia política em primeiro plano, deixando de lado os demais interesses sociais, como a jurisdição, desfigurando os parâmetros técnicos do Direito Processual Penal. A persecução penal se escora nos interesses coletivos divorciando-se dos direitos e garantias individuais. Por fim, busca a legitimação externa para ação, já que é de “grande valia” o fim pretendido.

Fauzi Hassan Choukr, por sua vez, aponta que essa dicotomia entre as garantias individuais e a repressão das organizações criminosas desloca o processo na contramão do plano constitucional, favorecendo o aumento de prisões – de caráter preventivo ou não - como meio promocional do direito penal.¹⁸

Em que pese Luigi Ferrajoli tratar em sua obra sobre o ordenamento jurídico italiano, é possível observar os efeitos elencados pelo autor no judiciário brasileiro. Dentre eles a policialização judiciária, na pretensa empreitada contra a criminalidade o judiciário remonta em sua prática a atividade policial.¹⁹ A jurisdição é transvestida de poder de polícia, o direito é predado pela moral se desvinculando do modelo garantista. Nessa conjuntura de exceção, a atividade jurisdicional se aproxima do período inquisitorial.

Regido pelos ares da urgência, o processo penal se desloca para o caminho da ilegalidade, à medida que ao se atentar a demanda social se esquiva da ordem jurídica. A única via é a limitação desse estado pelos próprios magistrados e juristas, para fazer valer o modelo constitucionalmente imposto.

¹⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. “**Processo Penal de Emergência: avaliação nos 20 anos de vigência da Constituição de 1988**”. In PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Editora Lamen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 209-225

¹⁹ SANTORO, Antônio. LUCERO, Natália. **A policização da justiça**: uma análise sobre a hipótese de Foucault no sistema de justiça criminal brasileiro a partir do direito ao contraditório. *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*. 2019. P. 83-102.

Trata-se, portanto, de processo penal de exceção, logo a coexistência desse modelo com no Estado Democrático de Direito deveria ser impossibilitada, uma vez que a arbitrariedade ainda que casuística nada tem a ver com o marco constitucional.

Pretende-se verificar com este trabalho, a relativização dos direitos fundamentais no contexto de emergência e de exceção, bem como o afastamento de alguns pilares do processo penal como a imparcialidade do juiz. A tensão propiciada pela ideia de impunidade atrai o chamado processo penal de emergência, dificultando o desempenho do julgador deslocado do cenário de urgência - reivindicador da atuação máxima do Estado, por isso se faz necessário o estudo do princípio que ratifica a relevância do juiz imparcial, o princípio do juiz natural tratado logo a seguir.

1.2 Princípio do juiz natural

1.2.2 A dupla garantia

O processo penal inglês está centrado no entorno dos princípios do devido processo legal e do juiz natural, desde a Magna Carta de 1215. O princípio do juiz natural, em termos terminológicos foi originado em *Bill of Rights* em 1688, na França. A fundação se deu para inibir os juízes extraordinários.²⁰

As garantias constitucionais referentes ao processo penal asseguram ao réu, uma parte neutra no processo, ou seja, o Estado se traduz através do juiz, como um terceiro desinteressado. Desse modo, o interesse do julgador no processo deve estar limitado ao estrito cumprimento do devido processo legal. Por sua vez, o devido processo legal não é um princípio com fim em si

²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 24.

mesmo, é um super princípio, a sua prevalência no processo só é possível com a vinculação dos demais princípios que circundam o processo penal.²¹

A par disso, tem-se que o juiz natural é inerente ao processo, um pressuposto processual sem o qual o processo não existe. Historicamente, o seu desenvolvimento se deu para a fim de proibir os tribunais de exceção, que nada condizem com o Estado Democrático de Direito. Desde a Constituição de 1824, juiz natural está inserido no direito brasileiro.²²

Nesse sentido também dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Não haverá juízo ou tribunal de exceção” (CRFB, art. 5º, XXXVII) e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (CRFB, art. 5º, LIII). Trata-se do que a doutrina denominou de dupla garantia.

Os tribunais de exceção são aqueles constituídos de forma excepcional, em geral, não seguem o ordenamento jurídico, tendo em vista que são criados para julgar fatos anteriores a sua existência. Sendo necessária o estabelecimento da regra do artigo 5º, LIII, prevendo que ninguém será processado senão por autoridade competente.

Dessa forma, a função jurisdicional deve ser exercida por juiz anteriormente determinado, na medida em que o agente praticante da ação conhecida como fato criminoso, tenha previamente determinado o juízo competente para julgar o ato infracional. Portanto, para saber que o juiz é competente, é necessário saber o que fixa a lei no que tange à competência no momento da data do fato.

Como é notório, não há como falar em juiz natural sem passar pela competência, uma vez que estão intimamente ligados. A lei em sentido estrito que estabelece a competência, limita o processo objetivamente. O essencial é a impessoalidade no critério de arbitramento da

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 33.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades do processo penal**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.p 43

competência. Isso possibilita que nenhum juiz escolha o caso, a ser julgado, evitando o subjetivismo do julgador.

Tratando-se de competência tem-se o Código de Processo Penal que é datado de 1941, o seu artigo 567 previa a anulação somente dos atos decisórios em caso de incompetência, devendo ser remetido ao juiz competente, uma prática evidente de aproveitamento dos atos processuais do juiz incompetente. Embora essa seja a lógica atual do processo, indubitavelmente o artigo 567 do CPP, não foi recepcionado pela Constituição de 1988, sendo impossível o aproveitamento dos atos de juiz incompetente, ainda que apenas decisórios.²³

Sem prejuízo em incorrer numa definição com conotação parcial está alocada a justiça especializada e os foros de prerrogativa de função, nesses casos acontece o prévio arbitramento da competência, no primeiro caso em razão da matéria, no segundo caso em razão da pessoa. Não há preocupação em violar o juiz natural nesses casos, sobretudo no que diz respeito à prerrogativa de função, uma vez que o ordenamento busca uma maior proteção do exercício profissional do agente público. Do mesmo modo entoa a jurisprudência e a doutrina.²⁴

Quando se fala em acusação no processo penal brasileiro, temos o Ministério Público como encarregado dessa função. O artigo 5º, inciso LIII da Constituição prevê que ninguém será processado senão por autoridade competente, delimitando a competência também da acusação, essa previsão definida como um aditamento do juiz natural como promotor natural. Assim como o princípio referente os magistrados, o promotor natural veda a designação arbitrária por parte do Procurador Geral da Justiça ou do Procurador Geral da República para atuar em casos específicos.²⁵

Por fim, a dupla garantia, portanto, pretende impedir a criação de tribunais de exceção e propiciar o julgamento por juízo constituído constitucionalmente. No entanto, o princípio do

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades do processo penal**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.p 45.

²⁴ Idem, p. 43.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P.704.

juiz natural também está alicerçado na imparcialidade do juiz, embora não prevista expressamente no texto constitucional, é a razão de ser do princípio, que será analisada no próximo ponto.

1.1.1 A imparcialidade do juiz

A Declaração Universal de Direitos Humanos preceitua no artigo 10: “todas as pessoas têm direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública julgada por um tribunal independente e imparcial em determinação dos seus direitos e obrigações e de qualquer acusação criminal contra elas.”²⁶ Este artigo assinala a necessidade do julgador independente e imparcial.

Ante a necessidade de um juiz imparcial no exercício da atividade jurisdicional, não se pode olvidar de discutir a independência do juiz, considerando que não é factível um juiz imparcial antes que este seja independente.

Assim, se caminhou na direção de estabelecer uma independência do Poder Judiciário dos demais poderes, quais sejam, do Legislativo e do Executivo, essa independência foi classificada como independência externa. Por outro lado, os juízes também não deveriam ficar sujeitos aos tribunais dos quais fazem parte, sendo necessária a independência do juiz de primeiro grau frente ao tribunal, denominada independência interna.²⁷

Não obstante a isso, a independência judicial não é plena, como bem adverte o professor Aury Lopes Jr.:

“Contudo, a independência não significa uma liberdade plena (arbitrária), pois sua decisão está limitada pela produzida no processo, com plena observância das garantias fundamentais (entre elas a vedação da prova ilícita) e devidamente fundamentada (motivação enquanto fator legitimamente do poder). Não significa a possibilidade de decisionismo”²⁸

²⁶ Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em < <https://unric.org/pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/> > Acesso em: 25 AGO. 2020.

²⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 25.

²⁸ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 63.

Dessa forma, o juiz tem uma faculdade maior na sua liberdade de agir no decurso processual, no entanto devendo decidir em consonância com os autos processos, vinculado às normas processuais. A independência judicial é limitada pelo ordenamento, à medida que as decisões judiciais devem estar de acordo com as provas apresentadas no processo, sob pena do juiz decidir de acordo com valores pessoais. Pode-se dizer então, que a independência é restringida pelo próprio ordenamento jurídico.

Outrossim, há que se falar, que, por vezes, o juiz se encontra independente interna e externamente, mas pretende responder o clamor da opinião pública. Nas palavras do professor Gustavo Badaró:

“Outro problema tem sido apontado como importante questão de independência judicial diz respeito as relações entre a imprensa e a administração da justiça, na medida em que muitos juízes temem a influência da mídia sobre os fatos que julgam e sobre suas decisões. Não se pode negar que há, além dos poderes formalmente instituídos pelos Estados, outros grupos de pressão extremamente fortes e organizados e, um deles, inegavelmente, é a mídia. Não é incomum que a mídia se transforme em um espaço para “julgamentos paralelos”, que podem colocar em risco a serenidade do julgador, na medida em que os resultados de tais julgamentos sejam assimilados pela opinião pública, a partir da opinião publicada nos meios de comunicação”²⁹

Alinha-se no mesmo sentido o professor Aury Lopes Jr.:

“Não que com isso estejamos querendo o impossível – um juiz neutro – senão um juiz independente; alguém que realmente possua condições de formar sua livre convicção. Essa liberdade é em relação a fatores externos, ou seja, não está obrigado a decidir conforme queira a maioria ou tampouco deve ceder a pressões políticas.”³⁰

É indiscutível a necessidade da publicidade dos atos processuais, não somente, como sua garantia também não é questionável. Todavia, a divulgação exacerbada dos processos confere uma pressão popular no juiz, que decide, em algumas situações, de modo a atender a expectativa do povo e não se restringe ao conteúdo dos autos processuais. Torna-se, dessa maneira, dependente da aprovação pública. No entanto, a opinião pública (ainda) não é fundamentação válida para sentença penal condenatória.

²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 29.

³⁰ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 63.

Falando em fundamentação, o sustento da atividade jurisdicional nos moldes constitucionalmente definidos, é atravessado pela importância da motivação das decisões, que vincula o magistrado ao ordenamento, apresentando a fundamentação fática e jurídica de sua decisão. Deste modo, a imparcialidade vai ser dividida objetivamente e subjetivamente. No plano objetivo, é possível visualizar à medida que o magistrado se coloca no ponto médio entre as partes, sem se inclinar para defesa ou para acusação. Quanto ao caráter subjetivo, este é garantido pela inexistência de conceitos preconcebidos por parte do magistrado em relação à lide a ser julgada. Razão pela qual, tanto a acusação quanto a defesa estão incumbidos de analisar as entrelinhas das decisões judiciais, para identificar qualquer sinal de iminente parcialidade.³¹

No que diz respeito à imparcialidade subjetiva, não se pode exigir uma neutralidade judicial, tendo em vista que o juiz é um sujeito que estabelece relações sociais, sendo a neutralidade um objetivo inatingível em qualquer relação social. De acordo com a teoria cognitiva da dissonância cognitiva de Schünemann, à medida que o indivíduo se encontra diante de duas versões antagônicas do mesmo caso ele tende à inércia ou a buscar as informações no processo de forma a atender seu prejulgamento do caso. A figura do juiz das garantias, que separa o juiz da instrução e o juiz julgador se apresenta como uma solução para esse ponto.³²

Desta forma, ao pensar na subjetividade do juiz enquanto indivíduo, pode-se concluir inexistente o juiz como tão somente a boca da lei.

O professor processualista Cândido Dinamarco, preceitua em sua obra sobre teoria geral do processo acerca da responsabilidade do Estado sobre o juiz imparcial:

“Seria absolutamente ilegítimo e repugnante o Estado chamar a si a atribuição de solucionar conflitos, exercendo o poder sobre as partes, mas permitir que seus agentes o fizessem movidos por sentimentos ou interesses próprios, sem o indispensável compromisso com a lei e os valores que ela consubstancia – especialmente com o valor do justo.”³³

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P.578.

³² LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 101

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 57.

Dito de outro modo, na relação triangular processual composta pelo réu, o acusador e o juiz, este último deve se limitar em representar o Estado, não se deve admitir que o juiz trabalhe em comunhão com a acusação. Em que pese a acusação também ser representante do Estado, da pretensão punitiva estatal, o Ministério Público, responsável por essa atividade não é um braço do juiz na investigação, apesar do judiciário brasileiro, por vezes, se comportar dessa maneira.

A superação do sistema processual penal inquisitório, trouxe consigo a imprescindível imparcialidade do juiz, a fim de atingir um julgamento justo, tendo em vista que o acusado é um sujeito de direitos. No sistema atual, acusatório, agora definido expressamente pelo artigo 3-A³⁴ do Código de Processo Penal, não há espaço para atuação que desrespeite a paridade entre as partes. O modelo acusatório pressupõe a imparcialidade judicial, sob pena de transparecer resquícios inquisitoriais já superados.

Com intuito de assegurar o princípio que se discute, a separação do juiz e da acusação é o destaque do modelo acusatório, haja vista o abandono da punição como o verdadeiro ideal do processo penal. Dessa forma, o juiz deve se comportar na relação jurídica processual como “espectador passivo”, mantendo um distanciamento equânime em relação as partes. Estando sujeito à estrita legalidade e submisso à jurisdição, que são requisitos básicos para o Estado de Direito.³⁵ A Constituição no artigo 129, inciso I³⁶, ratifica a separação do acusador e do julgador, tendo em vista que cabe somente ao Ministério Público promover ação pública. Do mesmo modo que, ao acusar o *Parquet* é quem detém o ônus probatório, decorrendo do princípio da presunção de inocência.

No que se refere a investigação, uma análise do sistema acusatório em sua essência impossibilitaria um juiz com capacidade instrutória, de modo que é necessário o afastamento deste da atividade investigativa e instrutória. O juiz-instrutor não dialoga com o modelo

³⁴ Art. 3º-A. Código de Processo Penal. “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 25 AGO. 2020.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

³⁶ Art. 129. Constituição da República Federativa do Brasil. “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;” Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm>> Acesso em: 25 AGO. 2020

acusatório. No entanto, o Código de Processo Penal prevê a produção de provas de ofício³⁷ pelo magistrado. Ao produzir provas, o magistrado perde característica fundamental da atividade jurisdicional, a inércia.³⁸

Posto isso, discutia-se se o sistema penal brasileiro era de fato acusatório, face essa previsão de caráter inquisitorial. Frente à circunstância duvidosa processualmente, ao optar por produzir provas de ofício ao invés de decidir em favor do réu, ocorre o afastamento da presunção de inocência, uma vez desconsiderado o *in dubio pro reo* torna-se evidente o desejo em condenar o acusado, atingindo diretamente o pressuposto da imparcialidade do juiz.³⁹

Após a alteração da legislação penal processual pela Lei 13.964/2019, o que se tem agora é um sistema expressamente acusatório, mas não houve revogação do referido artigo. Deve-se considerar a revogação tácita da capacidade instrutória do juiz, porém não houve tempo hábil para a jurisprudência construir seu entendimento, tendo em vista tratar-se de alteração recente. Logo, a capacidade instrutória judicial se encontra em aberto no ordenamento jurídico brasileiro a depender de elaboração jurisprudencial.

Por sua vez, a Constituição prevê um rol de prerrogativas para os magistrados que asseguram sua atuação imparcial em seu artigo 95, caput: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade. Cabe dizer que tais prerrogativas não devem se confundir com privilégios, estão presentes tão somente para garantir um julgador equânime. A inamovibilidade, por exemplo, garante a permanência no órgão, não cabendo mudanças de comarcas. Alinha-se nesse seguimento também a lei orgânica da magistratura, que dispõe acerca da organização do judiciário nacional.

³⁷ Art. 156. Código de Processo Penal. “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 25 AGO. 2020

³⁸ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

³⁹ SANTORO, Antônio. LUCERO, Natália. **A policização da justiça**: uma análise sobre a hipótese de Foucault no sistema de justiça criminal brasileiro a partir do direito ao contraditório. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. 2019. P. 83-102.

Ainda sobre as disposições referentes à atividade judicial, tem-se o Código de Ética da Magistratura Nacional, que foi instituído em 2008 e ratifica a importância da imparcialidade na atuação jurisdicional, dedicando o Capítulo III ao tratamento desta. O artigo 8 dispõe o que se segue:

“Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.”⁴⁰

O princípio do juiz natural e sua busca pela verdade processual, abordado no trecho acima em destaque, só será atingido se o magistrado se colocar em equidistância das partes, com intuito de propiciar o respeito a outros dois princípios indispensáveis no processo, qual seja, a ampla defesa e o contraditório.

Apesar da ampla defesa e do contraditório, sempre se apresentarem em conjunto não devem ser confundidos e tão pouco carregam o mesmo significado. Enquanto a ampla defesa, como o próprio nome adianta, se dirige apenas para defesa, o contraditório é um direito da defesa e da acusação.

Quanto ao contraditório, este é designado para assegurar o tratamento igualitário das partes ao longo do processo, oportunidade da parte em se colocar diferente do que está posto processualmente, por isso contraditório. O princípio divide-se em duas dimensões. Na primeira dimensão, situa-se o direito de informação, para isso tem-se a citação das partes com o intuito de comunicá-las dos atos processuais. Sendo assim, considerado um atentado ao princípio, delimitado pelo artigo 5º, inciso LV, qualquer comunicação entre o juiz e a parte com o intuito de antecipar conteúdo de futura decisão. No tocante à segunda dimensão, está o direito de participação, que oportuniza às partes a colaboração com o processo, mediante manifestações relativas aos atos praticados, bem como apresentação de contraprovas.⁴¹

⁴⁰ Código de Ética da Magistratura Nacional. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/#:~:text=IMPARCIALIDADE,Art.,refletir%20favoritismo%2C%20predisposi%C3%A7%C3%A3o%20ou%20preconceito.>>> Acesso em: 9 SET. 2020.

⁴¹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, P. 101

Há que se falar do peso do contraditório dentro do processo, uma vez que caso o magistrado atue com proximidade maior com a acusação ou a defesa, o contraditório perde o seu espaço, tornando-o passível de nulidade. Postura essa que também descredibiliza a atividade jurisdicional e o sistema penal se distancia do sistema de garantias ferrajoliano.

É de grande valia a elucubração da imparcialidade do juiz, dado que em cenário de emergência essa é diretamente atingida, ao passo que os direitos coletivos são colocados sobre os direitos individuais. De forma que, não há, nesse contexto, o respeito – que deveria ser – absoluto aos direitos e garantias daqueles que ocupam o banco dos réus. Nos episódios ilustrativos desse trabalho, o discurso de luta contra a corrupção baseia o abandono desses direitos pelo magistrado, que analisa o processo sob a ótica de presunção de culpabilidade do acusado.

Posto isso, como garantir um juiz independente interna e externamente frente ao tribunal, no cenário de emergência, que além disso não ceda às pressões da opinião pública e permaneça ao longo do processo equidistante das partes com processos de tamanhos voluptuosos que carregam consigo forte tensão política? Esse é o desafio atual do judiciário brasileiro.

2. OS MAXIPROCESSOS

Como já se expôs ocorre a mitigação do processo penal constitucional no cenário emergencial, esse, por seu lado, é solo fértil para o surgimento dos maxiprocessos. Definidos assim, por Luigi Ferrajoli, o maxiprocessos apresenta os seguintes aspectos: (a) gigantismo processual, (b) confusão processual, (c) a inovação nos meios instrutórios, (d) exacerbação da cobertura pela mídia e (e) rompimento com o modelo de legalidade penal.⁴²

O conhecimento do maxiprocessos no Brasil não se restringe à proposição doutrinária, dessa forma, as análises de cada ponto serão permeadas por exemplos práticos da judiciário brasileiro, sobretudo com episódios daquela que se tornou a maior investigação sobre corrupção do país, a Operação Lava Jato.

2.1. O que são os maxiprocessos?

Os maxiprocessos ou megaprocessos penais surgem no, agora analisado, contexto cultural emergencial, aquele em que a transposição dos direitos e garantias individuais é justificável com o intuito de resgatar o Estado o seu poder de controle, sob a égide da urgência. O processo penal vem, ao longo do tempo, abandonado sua propositura liberal e dando margem às práticas autoritárias, fomentando a relativização das normas processuais.

Enquanto o processo penal tradicional utiliza da cultura do medo para transpor os direitos fundamentais, na sua concepção emergencial a motivação é a exceção. Nesse cenário que os megaprocessos tomam espaço. A princípio, os maxiprocessos despontaram no processo penal italiano, no início do século XX. O cenário fascista, à época, era o ambiente perfeito para as hipóteses trazidas pelo megaprocessos, como a forçosa conexão processual vinculadas ao

⁴² SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. “**Novos desenhos não democráticos no processo penal brasileiro pós-constituição de 1988: os maxiprocessos como instrumento de lawfare político**”. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza. Editora D’Plácido: Belo Horizonte, 2018.

enfraquecimento probatório.⁴³ Dessa forma, favorecendo o agigantamento do processo e todas as demais características que serão esmiuçadas nesse capítulo.

Como ilustração do que acontece no Brasil nesse aspecto tem-se a Operação Lava Jato, deflagrada em 2014 conduzida na 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba. A denominação, faz referência aos postos de gasolina, localizados em Brasília, que possuíam, para além das bombas de combustíveis, escritórios para lavagem de dinheiro por doleiros, envolvendo a principal e maior estatal brasileira a Petrobras.

A Operação culminou em investigações de âmbito nacional com subsequentes desmembramentos pelos estados brasileiros, como também originou um montante considerável de cooperações internacionais, atingindo mais de 40 países ao redor do globo⁴⁴.

A notoriedade da Operação, ação penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, está para além da magnitude processual, tendo em vista que toda a Operação Lava Jato foi questionada em momentos distintos por esvaziamentos de institutos do Direito Processual Penal, como o uso demasiado da delação premiada, a quantidade excessiva de prisões preventivas e conduções coercitivas.

A relevância da Operação não se restringe aos aspectos processuais, como também sua relevância política razão pela qual é o caso que se encaixa perfeitamente nas nuances dos maxiprocessos apresentadas a seguir.

2.1.1 Gigantismo processual

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁴⁴ Lava Jato completa três anos com mais de 180 pedidos de cooperação internacional. Ministério Público Federal, 17 de março de 2020. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/noticias/noticias-1-1/lava-jato-completa-tres-anos-com-mais-de-180-pedidos-de-cooperacao-internacional>> Acesso em: 22 JUN. 2020.

A definição do gigantismo processual se dá em primeiro lugar neste trabalho, devido ser característica de fácil percepção no processo, como o caráter plurissubjetivo dos acusados e o extenso volume processual.

Segundo Luigi Ferrajoli o gigantismo processual vai se desenvolver em três dimensões, quais sejam: horizontal, vertical e temporal.⁴⁵

No aspecto horizontal, consiste na inauguração processual com a instauração de investigações em face de centenas de suspeitos, soma-se a isso as prisões cautelares com frágil justificação.

Verticalmente, os maxiprocessos são caracterizados por quantidade significativa de imputação penal a cada acusado, por meio de delitos associativos retirados de delitos específicos e vice-versa, ignorando sobremaneira o princípio da consunção.

No que toca a temporalidade, em virtude do volume processual e de sujeitos, esses processos se arrastam no tempo, essencial essa característica para o abuso das prisões preventivas que antecedem o julgamento.⁴⁶ Pode-se observar o claro atentado ao princípio da celeridade que a multiplicação de fases e etapas processuais favorecem.

A configuração pluridimensional do processo, atingirá direitos indispensáveis para o acusado como o direito à defesa. Os processos tornam-se “labirintos intrincados”⁴⁷, de forma que impossibilita a defesa analisar a íntegra dos autos, com todos os desmembramentos dificultando, inclusive o conhecimento de provas que possa ser interessante à parte. Por outro lado, há o comprometimento da defesa técnica, um defensor destinado a atuar em um

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 661.

megaprocesso fica demasiadamente submerso em apenas um caso a fim de realizar uma defesa eficiente e analisar a integralidade do processo, por esse motivo muitos dispensam o cliente.⁴⁸

Dessa forma, cria-se um cenário processual ideal para o arbítrio judicial, que resulta na combinação perversa da dobradinha, excesso de prisão preventiva e colaboração premiada, aponta Ferrajoli. A primeira é utilizada como meio para submeter o acusado a pressão psicológica, que traz a segunda à tona.

Em aspectos práticos no judiciário brasileiro, a Operação Lava Jato, já apontada aqui como caso de megaprocesso criminal, em números até a data de redação deste trabalho, traduz-se em 189 denúncias – só na primeira instância - contra 500 acusados, 130 prisões preventivas e 138 acordos de colaboração.⁴⁹ Uma vez observado esse quantitativo, é indiscutível o gigantismo processual no seu aspecto horizontal na Operação. Quanto ao tempo o início das investigações que é datado de março de 2014 e o processo não terminou, até o presente momento conta com 210 condenados em primeira e segunda instância, restando comprovado seu prolongamento no tempo.

A prolongamento do caso no tempo, a infinita compartimentação em fases investigativas, multiplicidade de acusados e meios de obtenção de prova só carregam este processo pra um caminho – segunda característica dos maxiprocessos a ser tratada – a confusão processual.

2.1.2 Confusão processual

Não se pode olvidar que o quadro circunstancial dos maxiprocessos é o estado de emergência, dessa forma a confusão processual é interessante para o exercício punitivo do

⁴⁸ MALAN, Diogo. **Megaprocessos e direito de defesa**, In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, p. 45-67, 2019.

⁴⁹ BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Resultados. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>> Acesso em: 21 SET. 2020.

Estado, através do malabarismo discursivo, da extensão processual e da complexidade dos meios de provas utilizados nesses processos.

A confusão processual, pode ser dividida em subjetiva e objetiva.⁵⁰ Subjetivamente, é por meio do embaraço entre a atividade judiciária e a atividade policial, de forma que ocorre a atribuição de funções inerentes à atividade policial a magistratura. A polícia exerce função político-administrativa, a atividade policial está pautada no embate contra a criminalidade. A atuação judiciária nos moldes policialescos desvia completamente o objetivo do judiciário e seus princípios, observada a perda da inércia e o caráter investigativo policial, atinge sobremaneira o princípio do juiz natural, convertendo o judiciário em imparcial.⁵¹ Para além disso, a atividade policial é escorada na figura de um inimigo a ser extirpado socialmente, diferentemente da atividade judiciária que *deve ser*, um terceiro desinteressado. Portanto, não é aceitável sob quaisquer justificativas que o judiciário abrevie sua imparcialidade para atuar de modo diverso para o qual foi construído, dado que já compreendemos no capítulo anterior o valor da imparcialidade para a atividade jurisdicional.

Quanto ao aspecto objetivo esse é inseparável dos megaprocessos criminais, a julgar pela extensão processual que é solo fértil para incontáveis desdobramentos em processos que aduzem até mesmo sobre a mesma conduta.⁵² O numerário investigativo também é alarmante. Sendo assim, os maxiprocessos funcionam como processos guarda-chuva, que tenta colocar sob a sua sombra todo e qualquer caso relativo aquela matéria ou circunstância, dando ensejo a sobreposição de acusações. Podemos compará-los a um polvo, sendo sua cabeça o tribunal de origem e os tentáculos, ao invés de oito, quantidade a perder de vista. O resultado é um processo recheado de nulidades e com desprezos aos limites processuais como a conexão e competência.

⁵⁰ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. “**Novos desenhos não democráticos no processo penal brasileiro pós-constituição de 1988: os maxiprocessos como instrumento de lawfare político**”. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza. Editora D’Plácido: Belo Horizonte, 2018.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 663.

⁵² SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. “**Novos desenhos não democráticos no processo penal brasileiro pós-constituição de 1988: os maxiprocessos como instrumento de lawfare político**”. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza. Editora D’Plácido: Belo Horizonte, 2018.

Esse emaranhado processual dificulta a compreensão até dos operadores de Direitos. Levando em conta o que presencia o judiciário brasileiro nos últimos anos e traremos novamente um episódio da Operação Lava Jato como prato feito a fim de demonstrar a conceituação ora apresentada.

A inclusão do ex-presidente, Luiz Inácio Lula da Silva, em setembro de 2016, no rol de acusados da Operação Lava Jato se deu por uma denúncia, com nada menos que 149 páginas, pelo Ministério Público Federal.⁵³ O acusado fora imputado por corrupção passiva em sua forma majorada. A nuance dessa denúncia que conversa de modo direto com o tópico em análise é a competência, os megaprocessos criminais tendem a abarcar fatos que não aconteceram na jurisdição de origem, no caso de Lula e da Operação Lava Jato, Curitiba. Nesse sentido, é determinante para o oferecimento da denúncia a relação da situação fática ao restante do processo, a grande lacuna dessa denúncia.

Cabe esclarecer que os inquéritos da investigação que originou a denúncia não tiveram início na Operação Lava Jato. Tratava-se de suspeita de pertencer ao ex-presidente e Maria Leticia um apartamento tríplice situado no Guarujá, tendo esse sido recebido à título de propina por Luiz Inácio Lula da Silva da empreiteira OAS que estava sob o comando do Ministério Público de São Paulo. A denúncia é frágil, em matéria probatória, na tentativa de declinar a competência para Curitiba, utiliza dezenas de colaborações premiadas como embasamento principal, como previsto pelo professor Ferrajoli característica típica dos maxiprocessos. A complexidade narrativa da denúncia que se inicia em 2003, não é suficiente para estabelecer relação do caso com os desvios da Petrobras e a subsequente declinação da competência.

Em linhas gerais, para a fixação da competência, prevista no artigo 70 e 72 do CPP⁵⁴, é fundamental a compreensão, sendo prioridade o julgamento no local que ocorreu o fato, sendo

⁵³ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Denúncia do processo nº 5046512- 94.2016.6.4.04.7000**. Curitiba: 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/DENUNCIALULA.pdf> Acesso em: 22 SET. 2020.

⁵⁴ Artigo 70. Código de Processo Penal. “Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução. § 1º Se, iniciada a execução no território nacional, a infração se consumar fora dele, a competência será determinada pelo lugar em que tiver sido praticado, no Brasil, o último ato de execução. § 2º Quando o último ato de execução for praticado fora do território nacional, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha

impossível a sua determinação, no lugar onde residir o autor do fato. No presente caso, ausente a relação que conecta o caso do triplex a Lava Jato, pode-se dizer que houve a violação da competência do juízo. O julgamento por autoridade incompetente atinge em cheio a dupla garantia reforçada pelo princípio do juiz natural, que assegura o julgamento por autoridade competente, analisado no primeiro capítulo deste trabalho.

O jurista Nilo Batista que integrou a defesa de Lula em 2015, antes da denúncia pelo MPF também desconsidera a competência da 13ª Vara Federal de Curitiba para julgar o caso do triplex:

“Concluí que nenhuma relação existia entre os fatos e a assim chamada “Operação Lava Jato”, porque nenhum deles era vinculável a qualquer desvio de recursos da Petrobras. A participação do presidente da OAS na negociação do apartamento de Guarujá certamente não tinha condão de atrair a competência curitibana; a primeira regra legal a respeito indica o lugar do suposto delito (art 70 CPP) e quando tal local não for conhecido, a competência se regula pelo domicílio ou residência do réu (art. 72 CPP). Ora, apartamento e sítio situam-se em São Paulo; o domicílio do Presidente da República é Brasília; e a residência do ex-Presidente fica em São Bernardo do Campo. Por que Curitiba?”⁵⁵

A confiabilidade do judiciário diante dessa análise deveria estar em questão, mas a flexibilidade dos direitos em determinados casos, como tem se mostrado a Operação Lava Jato nas breves análises aqui realizadas, parece justificável, pois durante anos foi validada pela opinião pública e teve aval para desconsiderar elemento tão primordial como a competência. A denúncia na sua extensão e elementos probatórios apresentados é a verdadeira confusão processual que os maxiprocessos podem causar, o que enseja o estudo de outro elemento que compõe o cenário ferrajoliano os diferentes meios de obtenção de prova.

produzido ou devia produzir seu resultado. § 3º Quando incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições, ou quando incerta a jurisdição por ter sido a infração consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção.” Artigo 72. Código de Processo Penal. “Não sendo conhecido o lugar da infração, a competência regular-se-á pelo domicílio ou residência do réu. Se o réu não tiver residência certa ou for ignorado o seu paradeiro, será competente o juiz que primeiro tomar conhecimento do fato.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del13689.htm> Acesso em: 25 SET. 2020

⁵⁵ BATISTA, Nilo. “Advocacia em tempos sombrios”. In: ZANIN, Cristiano; TEIXEIRA ZANIN MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael (Coord.) O caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. P 95-105.

2.1.3 A inovação nos meios instrutórios

Não assiste razão àquele que acredita que a denúncia pode prosperar processualmente tão somente com uma boa construção narrativa. Incumbe à acusação a comprovação dos fatos ao acusado imputados por intermédio das provas previamente determinadas pelo Código de Processo Penal. A persuasão da hipótese acusatória, ancorada na construção narrativa não deveria ser ratificada com a aceitação da denúncia em sentença penal condenatória pelo juiz, sabendo que a decisão deve ser motivada com base na verdade processual construída pelas provas nos autos.⁵⁶

O processo não é lugar para se contar histórias, por mais coesas que possam parecer, e o juiz, como bom árbitro, deve estar atento para não corroborar com essa prática. Todavia, em circunstâncias emergenciais, o magistrado enfrenta maior dificuldade para se descolar de suas convicções, de forma que, por vezes, admite inovação no âmbito probatório ou até mesmo ratifica por meio de decisões condenatórias a hipótese acusatória, apesar da fragilidade instrutória.

A inovação nos meios de obtenção de prova é desdobramento natural da confusão processual, em razão da segunda a primeira poderia passar despercebida, se não fosse a previsão doutrinária a respeito. A confusão processual maquia os meios instrutórios escusos, tendo em vista a perda dos atos em meio ao grande emaranhado que são os maxiprocessos. Mais uma vez, Ferrajoli alerta pra tendência inquisitorial que se apresenta desde a investigação nos maxiprocessos. Com a fixação do estado emergencial e a determinação daquele tido como inimigo, a construção da investigação no processo penal aponta para o viés inquisitorial, sobretudo pela enormidade de prisões preventivas, que resultam na colaboração premiada.⁵⁷ Nesse ínterim colaboração premiada é colocada como a “rainha das provas”.⁵⁸

⁵⁶ MATIDA, Janaína Roland. **O problema da verdade no processo**: a relação entre fato e prova. Rio de Janeiro, 2009, 111p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁵⁸ MALAN, Diogo. **Megaprocessos e direito de defesa**, In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, p. 45-67, 2019.

A colaboração premiada nada mais é que um desdobramento das prisões preventivas, à medida que a segunda é efetivada o acusado em virtude da pressão psicológica sofrida, encontra a necessidade de confessar ou imputar fato conferido a ele a outrem, de outro modo não poderia ser já que a colaboração se torna inevitável. A consequência prática do uso desse instituto é a mutação da acusação agora recheada de mecanismos negociais, nem sempre atendendo a estrita legalidade.⁵⁹ O centro da investigação que deveria ser a atividade investigativa, realizada pelo Estado e seu poder punitivo que é exercido através do Ministério Público, é deslocado para o conteúdo obtido nas dezenas de acordo de delação.

Há ainda a condução coercitiva, outro instituto que corrobora para a adesão ao acordo de colaboração, malgrado o fim do instituto seja diverso. O efeito desses institutos no processo acaba por substituir a sanção penal condenatória, tendo em vista que pela forma que são aplicados atingem de forma irreversível os direitos dos acusados.⁶⁰ Não é pacífico que o sistema processual penal brasileiro seja na prática acusatório, no entanto o uso demasiado da colaboração promove o descarte do princípio da presunção de inocência essencial ao sistema acusatório.

Por outro lado, encontra-se a produção de prova extraprocessual, sobretudo na fase investigatória, em que as partes não estão presentes, mas com o juiz, que no sistema acusatório deveria estar distante desse processo⁶¹, em dissonância da paridade entre as partes. A produção de provas nesses moldes viola a atuação imparcial do magistrado, perquirida no sistema acusatório. Soma-se a isso, a admissão de prova ilícita, que por óbvio não pode ser lida como meio de inovação probatória, contudo, no cenário emergencial, com a justificativa de que os fins justificam os meios, o respeito à estrita legalidade é descartado. A magnitude processual também possibilita a admissão de prova ilícita, uma vez que a determinação da sua origem fica nebulosa.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁶⁰ PRADO, Geraldo. **Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato**: para além da iniciativa probatória do juiz. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, p. 135- 169, 2016.

⁶¹ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. **“Novos desenhos não democráticos no processo penal brasileiro pós-constituição de 1988**: os maxiprocessos como instrumento de lawfare político”. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza. Editora D’Plácido: Belo Horizonte, 2018.

Como não poderia ser diferente, atendendo a sua característica maxiprocessual, a Operação Lava Jato se mostra pano de fundo perfeito para análise dos novos meios de obtenção de prova.

O procurador da República e então chefe da força-tarefa da Operação, Deltan Dallagnol, em seu livro intitulado “A luta contra a corrupção”, em que relata como se deu parte da Operação, orgulha-se de todos os acordos para colaboração, referentes à Lava jato, terem sido propostos pela defesa e não pelo Ministério Público Federal. Entretanto, o que se demonstrou com a exposição doutrinária dos desdobramentos dos maxiprocessos é que, nesses casos, o acusado não tem outra saída, senão delatar.

Em outro momento, após apresentar a denúncia ao ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, já citada nesse trabalho, o procurador Henrique Pozzobon em coletiva de imprensa fez a seguinte declaração: “não teremos aqui provas cabais de que Lula é o efetivo proprietário no papel do apartamento, pois justamente o fato de ele não figurar como proprietário do tríplice, da cobertura em Guarujá é uma forma de ocultação, dissimulação da verdadeira propriedade” por outro lado, Deltan Dallagnol “as investigações continuam e se nós formarmos a convicção de que eles são responsáveis por esses crimes eles serão igualmente acusados”.⁶² Posteriormente traduzidas como “Não temos provas, mas tem convicção.”

Contudo, convicção frágil se comparada as mensagens do grupo dos procuradores dias antes do oferecimento da denúncia pelo MPF, em que o procurador chefe da força-tarefa afirma ter receio dos apontamentos que viriam acerca da denúncia, alguns dias depois o procurador ofereceria a denúncia com o famoso esquema em *PowerPoint*. O site jornalístico *The Intercept*, em junho de 2019 divulgou as mensagens trocadas pelos procuradores da Operação e também pelo juiz condutor do caso Sergio Fernando Moro.⁶³

⁶² “**Afinal, procurador da Lava Jato disse 'não temos prova, temos convicção'?**”. G1, 15 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/09/afinal-procurador-da-lava-jato-disse-nao-temos-prova-temos-conviccao.html>> Acesso em: 26 SET. 2020

⁶³ “**Até agora tenho receio**”. *The Intercept*, 9 de junho de 2019. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/06/09/dallagnol-duvidas-triplex-lula-telegram-petrobras/>> Acesso em: 26 SET. 2020

Já era tarde, a Operação Lava Jato se tornou símbolo nacional de combate a corrupção, apesar de ter sua legitimidade contestada em alguns momentos. Não é por menos, a Corte Especial do TRF4, Tribunal sob a qual jurisdição se encontrava a Operação ora analisada, se posicionou favorável a novos procedimentos, uma vez que “as investigações e processos criminais da chamada "Operação Lava-Jato" constituem caso inédito, trazem problemas inéditos e exigem soluções inéditas”⁶⁴. O referido trecho é oriundo da decisão que arquivou o recurso contra o juiz Sergio Moro, após a divulgação de conversa telefônica de Luiz Inácio Lula da Silva com a então presidente Dilma Rouseff no Jornal Nacional.

Nessa ocasião, o juiz Sergio Moro havia determinado o grampo telefônico do ex-presidente, contudo a autorização judicial se encerrava às 11h e a ligação, que fora divulgada no jornal, havia sido realizada por volta das 13h do mesmo dia. Dessa forma, a permanência do grampo telefônico, para além do horário permitido pela Justiça ultrapassa a legalidade, como também a divulgação de conversa da presidente que possui foro privilegiado. O teor da decisão do TRF4 que endossa a atitude do juiz Sergio Moro deixa um questionamento: as novas soluções apontadas pelo TRF4 também não deveriam respeitar os limites do exercício de poder?

Em que pese o diálogo do ex-presidente ter sido realizado com a então presidente da República, o juiz não considerou a prerrogativa de foro do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido decidiu Teori Zavascki, relator da reclamação em face da divulgado do diálogo, ministro do STF à época, determinando a nulidade do conteúdo da interceptação telefônica.

O professor Geraldo Prado em análise acerca desse episódio da interceptação telefônica e a sua divulgação ratifica:

“O juiz Sergio Moro, mais do que o comum dos mortais, que está influenciado pelo teor das conversas, tem pleno conhecimento de seus limites de competência e sabe que os viola quando ordena ou preserva interceptações de investigado com Deputados, advogados ou Presidente da República. O magistrado tem plena consciência de que não podia gravar estas conversas, tampouco divulgá-las, por causa de sua origem ilícita, na medida em que houve

⁶⁴ **"Lava jato" não precisa seguir regras de casos comuns, decide TRF-4.** Revista Consultor Jurídico, 23 de setembro de 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-set23/lava-jato-nao-seguir-regras-casos-comuns-trf>> Acesso em: 14 JUN. 2020.

invasão da competência do Supremo Tribunal Federal (STF). Se o real motivo para a divulgação houvesse consistido em evitar obstrução à justiça – que em seu despacho, sem sinceridade alguma da parte do juiz, este afirmou não ser seduzível por iniciativas antirrepublicanas – bastaria encaminhar os autos ao STF.”⁶⁵

O conteúdo da interceptação telefônica, de acordo com o juiz, sugeria tentativa de obstrução da justiça, no entanto a ilicitude da gravação e posterior divulgação não é objeto de questão pra boa parte dos juristas.

Pode-se observar ainda, no que se refere ao grampo telefônico a confusão processual subjetiva, uma vez que o afastamento do sigilo foi determinado pelo juiz da investigação, sob a escusa do interesse público, ação de caráter investigativo, violando a imparcialidade do juiz.⁶⁶

Atendendo aos fatos representados e a indiscutível violação do processo penal, da imparcialidade do juiz surge o questionamento: qual é a emergência que enfrenta o processo penal brasileiro para abandonar sua capa constitucional?

Há uma polarização política brasileira, que se encontra estabelecida, antes mesmo do processo responsável pelo impedimento da presidente Dilma Roussef, baseada – sobretudo – nos consecutivos escândalos envolvendo crimes contra a administração pública, descredibilizando dessa maneira os agentes políticos. Sendo assim, os inimigos dessa situação emergencial são as organizações criminosas no âmbito político, que na circunstância da emergência devem ser extirpadas da sociedade respeitando os limites constitucionais ou não.

No caso em tela, Sergio Moro buscou através da opinião pública a legalidade inexistente na interceptação, cabendo aqui uma reflexão de como a publicidade dos atos processuais funciona nos maxiprocessos. A Operação Lava Jato apenas ratifica que é indubitável como a publicidade

⁶⁵ PRADO, Geraldo. “**Moro constrange e apequena o Supremo Tribunal Federal**”. In: ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIM MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael (Coord.). O Caso Lula: a luta pela reafirmação dos direitos fundamentais no Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, pp. 61-69.

⁶⁶ SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. “**Do levantamento do sigilo das interceptações telefônicas à perda da imparcialidade objetiva.**” In: PRONER, Carol et al. (orgs.) Comentários a uma sentença anunciada: o Processo Lula. São Paulo: Editora Canal 6, 2017, pp. 51-55.

exacerbada midiaticamente tem capacidade de influenciar o processo e determinar a culpabilidade dos acusados através da condenação pública. Por esta razão, o próximo ponto de análise é a exacerbção da cobertura midiática nos maxiprocessos.

2.1.4 Exacerbação da cobertura pela mídia

A mitigação da formalidade jurídica no cenário emergencial, principalmente nos maxiprocessos, não é uma novidade após a elucidação desses institutos. Contudo, para a perpetuação e validação do uso da norma de forma escusa, se faz necessária a ratificação da atuação do judiciário pelo público, é nesse momento que a mídia aparece.

O processo penal liberal é conduzido pela sensação de medo, o que é criminalizado é aquilo que desperta essa sensação na população, a mídia é uma ferramenta de controle desse sentimento.⁶⁷ Dessa forma, nos casos de megaprocessos criminais, não ocorre o estímulo a sensação de medo, todavia há o endosso do discurso de impunidade, concomitantemente reforça o estado emergencial e a cobertura midiática ratifica a necessidade da atuação punitiva estatal.

A publicidade opressiva dos julgamentos criminais⁶⁸ e a liberdade expressão estão em conflito faz tempo na justiça criminal brasileira, a necessária transparência da atividade judiciária, ao passo que garante o princípio da publicidade, pode apresentar certa nocividade aquele que está sendo julgado. Isso ocorre à medida que há a valoração da hipótese acusatória pela mídia, resultando na condenação social do acusado, que na prática rompe com o princípio da presunção de inocência, uma vez denunciado o imputado carregará a estirpe de criminoso, sendo posteriormente condenado ou não.

A influência dos meios de comunicação em massa é tamanha que o judiciário abandona a sua agenda, para atender a expectativa do público, fenômeno este denominado como *agenda-*

⁶⁷ CASARA, Rubens. **A espetacularização do processo penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 122, 2016. p. 309-318.

⁶⁸ SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva dos julgamentos criminais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 86, v. 18, 2010. p. 336-379.

*sitting*⁶⁹. Sendo assim, a cobertura midiática confere certa celeridade ao processo, se observado o inchaço que assola a justiça criminal brasileira, os casos que ganham espaço na mídia seguem um calendário próprio. Por outro lado, quando o objetivo – a punição – não é atendida de pronto pelo judiciário, acontece o ratificação do discurso da impunidade, dado que o “tempo do jornal” é um e o “tempo da justiça” é outro, a imediatidade das notícias acaba por colocar a justiça no lugar de morosidade.⁷⁰ O espetáculo processual, assim como qualquer produção novelística, para segurar a audiência necessita da maior quantidade possível de episódios no menor lapso temporal. É nesse sentido, que a publicização processual excessiva dita a agenda do judiciário.

Nos megaprocessos criminais, o tempo é essencial para a construção da defesa pela parte acusada, como também para o julgamento justo, como já observado as formas processuais são defasadas nesses modelos, de forma que atender a celeridade exigida pelos meios de comunicação é ainda mais danoso ao julgamento justo nesses casos.

A garantia do devido processo legal é colocada em questão quando se trata de processo penal de emergência e maxiprocessos, como pudemos observar até então. A espetacularização do processo pela mídia é a validação da exceção, assume papel essencial no processo penal e emergência, sobretudo para justificar a atuação judiciária as margens do texto constitucional e o abandono às garantias fundamentais.

Por meio da mídia, o processo perde sua finalidade e torna-se entretenimento. Dessa forma, constrói-se um enredo, em que as partes são os atores e o juiz é o diretor de todas as cenas, com o roteiro definido pela hipótese acusatória. Após conseguir relevada audiência, o juiz – na direção – passa então a não mais buscar a verdade processual, mas responder as expectativas do seu público, esse último muito pouco interessado na estrita legalidade, o interesse está todo voltado para o ato final, a punição. As formas processuais não têm espaço nem nos bastidores.⁷¹

⁶⁹ MCCOMBS, Maxwell E., SHAW, Donald L. **The agenda-setting function of mass media**. Chicago: University of Chicago Press, 1972.

⁷⁰ SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva dos julgamentos criminais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 86, v. 18, 2010. p. 336-379.

⁷¹ CASARA, Rubens. **A espetacularização do processo penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 122, 2016. p. 309-318.

Nesse sentido, a hipótese acusatória, ainda que dissonante da realidade, encontra eco na opinião pública que aderiu ao caso como entretenimento. Nessas ocasiões, os juízes e promotores ganham protagonismo e constroem-se como heróis para a população em mais uma empreitada contra a impunidade. Logo, a imparcialidade judicial é afetada, enquanto o juiz busca suprir as expectativas de sua audiência, em casos como esse a independência do juiz fica comprometida. Por outro lado, o público é utilizado como instrumento para a legitimação de qualquer atuação divergente da legalidade. O forte apelo midiático é um braço da confusão processual subjetiva, conforme os juízes tentam responder a vontade da opinião pública, as atividades da justiça e da polícia se confundem.

O descaso com as formas processuais não passa despercebido e a alegação encontrada, por aqueles que não se vinculam às normas, é o respeito à vontade da maioria retirada da audiência que os meios de comunicação em massa proporcionam, um pretexto democrático. No entanto, a perpetuação da vontade da maioria no processo penal não se relaciona com o Estado Democrático. Sobretudo, porque essa vontade é embasada no marketing do judiciário através do fortalecimento de narrativa que, em sua maioria, não representa a realidade.⁷²

No tocante aos maxiprocessos na justiça criminal brasileira, eles não são regra e sim exceção, mas apesar de excepcionais possuem muito destaque no âmbito jurídico e nacional, pois, em geral, os acusados são grandes personalidades do corpo político e empresariado brasileiro. O discurso de que há impunidade latente no Brasil é pautado pela não incriminação dessas figuras, no entanto os números são divergentes, já que o Brasil apresenta a terceira maior população carcerária do mundo.

No cenário brasileiro, a Operação Lava Jato apresenta relação íntima com os meios de comunicação de massa, há mais de seis anos que os holofotes estão virados para as centenas de fases da investigação, condução coercitivas e prisões. Como sinal indiscutível dessa relação, teve o reconhecimento do agente da Polícia Federal, Newton Ishi, que ficou conhecido como “japonês da Federal”, devido sua origem asiática, por aparecer nos noticiários ao lado dos

⁷² CASARA, Rubens. **A espetacularização do processo penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 122, 2016. p. 309-318.

notáveis acusados da Operação em dezenas de procedimentos de condução coercitiva e também de busca e apreensão.

Não se pode olvidar da divulgação da interceptação telefônica entre o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e a então presidente Dilma Roussef, em 2016, numa tentativa de legitimação da prova, indubitavelmente ilícita, pela opinião pública, o juiz Sergio Moro, condutor da Operação Lava Jato, forneceu o conteúdo do grampo ao Jornal Nacional. Não há o que se discutir quanto ao impacto do vazamento da ligação, o país, que à época enfrentava forte tensão política, inflamou com a divulgação, que teve parte do seu trecho como slogan das manifestações pró-impeachment da presidente.

Após a publicação do *The Intercept* das conversas dos procuradores e juiz da Lava Jato, que demonstrava relação próxima entre a acusação e o julgador, Sergio Moro e Deltan Dallagnol não podem alegar desconhecimento dos reflexos que a divulgação da conversa entre o ex-presidente e Dilma causaria, tampouco arguir desinteresse em tensionar, ainda mais, o país politicamente. Nesse sentido, as conversas dos procuradores da República que compunham a força-tarefa da Operação são esclarecedoras. Alertado pelo procurador Andrey Borges de Mendonça sobre a legalidade da interceptação Deltan coloca: “Andrey No mundo jurídico concordo com Vc, é relevante. Mas a questão jurídica é filigrana dentro do contexto maior que é político.” Em apontamento anterior, preocupados com os questionamentos que recairiam sob o juiz Sergio Moro, em virtude da omissão da prerrogativa do STF para análise do grampo, a procuradora Laura Tessler defendeu “Acho que não...já chagaram ao limite da bizarrice...a população está do nosso lado...qualquer tentativa de intimidação irá se voltar contra eles”.⁷³

Nesses trechos, que até a presente data jamais tiveram sua veracidade questionadas, os procuradores indicam a essencialidade da opinião pública em comunhão com os atos de uma investigação processual, mesmo que essa nada se adeque à estrita legalidade. Cabe ressaltar ainda que, o contexto emergencial brasileiro enfrentado é político e ratificado pelo procurador da República, chefe da força-tarefa da Operação Lava Jato, que reduz a importância da

⁷³ “**Leia diálogos da Lava Jato sobre escutas telefônicas do ex-presidente Lula**”. Folha de São Paulo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/09/leia-dialogos-da-lava-jato-sobre-escutas-telefonicas-do-ex-presidente-lula.shtml>> Acesso em: 8 OUT. 2020.

legislação em prol do contexto político, esse que precedeu o impeachment da presidente Dilma Rouseff.

A divulgação da interceptação telefônica foi considerada, pelo jurista Rubens Casara, que se debruça sobre o estudo da espetacularização do processo penal, flagrante violação ao princípio do juiz natural, se observado que ao utilizar da audiência para validar ato ilegal o magistrado se mostrou consideravelmente imparcial, como se segue:

“No processo penal do espetáculo não há espaço para o princípio do juiz natural. Isso porque o respeito aos direitos e garantias fundamentais, inclusive às regras de competência que asseguram um julgamento imparcial, revelam-se obstáculos aos fins midiáticos e políticos típicos de uma era pós-democrática em que o processo penal tornou-se uma mercadoria para ser consumida por um público autoritário.”⁷⁴

É apenas a ratificação da impossibilidade de coexistir o princípio do juiz natural em cenário emergencial, assim como nos maxiprocessos, não somente pela confusão processual que corrobora para desmantelar a competência, ferindo a dupla garantia, como pela influência midiática que sanciona atuações ilegais do magistrado.

É sabido que a realidade da justiça brasileira é a infinitude processual e a celeridade é demasiadamente comprometida em virtude disso, diferentemente do que ocorre na justiça criminal a denúncia de Lula foi julgada e ratificada na segunda instância em menos de um ano, uma demonstração da *agenda-sitting*. A agenda do judiciário seguindo a pauta e as expectativas da mídia e do público, convergindo também com a agenda política nacional que se organizava em 2018 para a eleição do chefe do Poder Executivo em que concorreria o ex-presidente.

Não somente, os procuradores responsáveis pelo oferecimento da denúncia ao ex-presidente Lula, aquela já citada outrora nesse trabalho em que os denunciantes não possuíam segurança a respeito das provas sobre as quais se firmava a denúncia. A denúncia fora oferecida,

⁷⁴ CASARA, Rubens. “**Juiz natural à luz do processo penal do espetáculo: os casos ‘Operação Lava Jato’ e ‘Mensalão’**”. In: In: ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael (Coord.). O Caso Lula: a luta pela reafirmação dos direitos fundamentais no Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, pp. 193-210.

meses após o vazamento da interceptação telefônica, e posteriormente houve apresentação, em entrevista coletiva, de nada menos que 82 slides de *PowerPoint*, que ligavam por meio de setas o ex-presidente ao triplex do Guarujá, episódio esse definido pelo professor Lenio Streck como um show.⁷⁵

Como todo show tem uma estrela e toda guerra tem um herói, não seria diferente com a Operação Lava Jato, o escolhido da vez: Sergio Fernando Moro, o juiz da Operação, que se transfigurou, com o apoio da divulgação exacerbada da mídia, no herói nacional, que retiraria o Brasil das entranhas da corrupção, no entanto não carregou consigo peça relevante para o Estado de Direito, o respeito à estrita legalidade.

O protagonismo do magistrado é característica propiciada pela publicidade excessiva, especialmente nos maxiprocessos e tratando-se de estado emergencial, não é solo fértil para se discutir as ilegalidades processuais, pois a superação do estado emergencial deve ser imediata. Dessa forma, o ordenamento jurídico perde sua forma original, a fim de atender a finalidade punitiva do Estado, por esta razão a perseguição jurídica aquele tido como inimigo converte-se na alteração da modalidade de legalidade penal, que será avaliada melhor no próximo ponto.

2.1.5 Rompimento com a modalidade legalidade penal

No processo penal de emergência o devido processo legal como está posto se torna inexecutável, de forma que ocorre a superação da modalidade legal penal para o exercício do poder punitivo do Estado. Ante a necessidade de combater o inimigo, rompe-se com a legalidade penal imposta.⁷⁶

⁷⁵ STRECK, Lenio. “**Luz, câmera, ação: a espetacularização da Operação Lava Jato no caso Lula ou de como o direito foi predado pela moral.**” In: In: ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIM MARTNS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael (Coord.). O Caso Lula: a luta pela reafirmação dos direitos fundamentais no Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, pp. 31-49.

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 659

Nesse sentido, ocorre uma alteração ao passo que o processo penal se afasta do crime e se aproxima do direito penal do autor, sendo assim a investigação é guiada pelo acusado e não pelas condutas delituosas, transforma-se então num direito penal personalizado. Essa mudança de paradigma é oportunizada nos maxiprocessos pela extensa imputação de crimes associativos, nas quais a construção narrativa e a denúncia recheada de subjetividade e valoração moral.⁷⁷

Os tipos normativos acompanhados da hipótese acusatória que determina o sujeito como culpado, antes mesmo da verificação probatória e pouco perceptível por meio delas. Conseqüentemente, as condutas ficam em segundo plano e o réu torna-se mais importante que o crime, Ferrajoli traduz: “(...) a ideia que se deva punir não apenas por aquilo que se fez mas por aquilo que se é.”⁷⁸

De menor importância também se torna a verdade processual, ao passo que se trava a luta contra impunidade, ao definir determinado grupo como impune, o juiz perde seu papel de espectador no processo e coloca-se ao lado da acusação, as provas servirão tão somente para atestar suas próprias convicções. Observa-se então o enfraquecimento do sistema acusatório e o princípio do juiz natural esgota-se. Por outro lado, “ não apenas se o imputado tenha cometido um ato terrorista e portanto criminal mas se o imputado foi e sobretudo se é atualmente um terrorista ou um criminoso.”⁷⁹ A transformação em direito penal do réu privilegia a inovação probatória, aumentando consideravelmente os acordos de colaboração, e a atividade policiaesca por parte do judiciário que abusa das interceptações telefônicas e busca e apreensão.⁸⁰

A base do sistema acusatório é a gestão de provas, realizada pela acusação e não pelo julgador. Outro aspecto relevante no quesito probatório é o ônus da prova pertencer a acusação, o denunciante que deve nutrir a acusação com elementos probatórios a fim de garantir a

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 659

⁷⁸ Idem, ibidem. P. 660.

⁷⁹ Idem, ibidem.

⁸⁰ SANTORO, Antônio. LUCERO, Natália. **A policização da justiça**: uma análise sobre a hipótese de Foucault no sistema de justiça criminal brasileiro a partir do direito ao contraditório. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. 2019. P. 83-102.

aceitação da denúncia. Em outras palavras, quando o direito penal se transforma em direito penal do réu e o juiz aceita a denúncia, mesmo que desamparada de provas, o julgador está invertendo o ônus probatório para o réu, dirimindo o princípio da presunção de inocência. Nesses moldes, o ônus da prova torna-se responsabilidade do acusado para comprovar sua inocência, essa já garantida pela legislação criminal.

Toda essa chaga enfrentada pelo judiciário tem origem no direito penal de emergência e direito penal do réu fomentada, em especial, nos maxiprocessos. A figura do amigo e do inimigo do Estado é reforçada com as colaborações premiadas, aquele que dispõe a realizar acordo encontra-se do lado do Estado, enquanto quem opta pelo seu direito ao silêncio se firma na oposição.⁸¹

Todos esses aspectos puderam ser observados na Operação Lava Jato, caso escolhido para exemplificação dos maxiprocessos no judiciário brasileiro. Principalmente porque esse último ponto corresponde a soma de todas as outras características, uma vez que é impossível prevalecer a modalidade de legalidade penal anterior enquanto transforma-se os pilares do sistema penal adotado.

Por fim, a personalização da justiça que traz o acusado para o centro do processo, desconsiderando o tratamento igualitário sem a preocupação de garantir o contraditório, se sustenta na posição de inimigo que agora ocupa o réu. O processo penal resta acompanhado de mecanismos que não são passíveis de serem analisados convencionalmente pelo Direito, elementos metajurídicos, políticos e ideológicos.⁸² A determinação de um inimigo político que motiva a sua perseguição política tem nome, chama-se lawfare e o maxiprocessos, que é o instrumento escolhido para colocar esse fenômeno em prática. O estudo realizado sobre os maxiprocessos até aqui, nos coloca aptos para analisar o que é o lawfare e como ele se utiliza dos maxiprocessos, objeto de estudo do próximo capítulo.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁸² MALAN, Diogo. **Megaprocessos e direito de defesa**, In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, p. 45-67, 2019.

3. LAWFARE POLÍTICO

Consolidado o processo penal de emergência, o contexto do surgimento dos megaprocessos criminais, e as principais características que apresentam os maxiprocessos, estamos prontos para analisar nesse capítulo o fenômeno do *lawfare* que tem os maxiprocessos como instrumento para a sua efetivação.

Em primeira mão, como o neologismo denota, trata-se de conceito cunhado por um estadunidense, logo o estudo do surgimento deve-se dá por análise preferencialmente de bibliografia estrangeira, em que pese estar em debate a incidência do fenômeno na realidade brasileira, a construção acadêmica e doutrinária brasileira acerca do tema é enxuta.

O que se pretende analisar no capítulo final é o conceito do *lawfare* e suas principais estratégias e táticas de efetivação, bem como de que forma o *lawfare* se utiliza dos maxiprocessos para sua consumação e a possibilidade de existência no cenário jurídico e político brasileiro.

3.1 Lawfare político

3.1.1 O que é o lawfare?

A partir de uma análise etimológica, *lawfare* corresponde a junção das palavras *law* – lei – com a palavra *warfare* – guerra, podendo-se traduzir como uma guerra travada no âmbito jurídico. A primeira referência que se tem ao termo é datada de 1975, o artigo de John Carlson e Neville Yeomans, publicado pela faculdade de Yale em que se discutia o caminho a ser

perseguido pelo Direito, fizeram a introdução do termo, a lei como substitutiva da guerra que agora é com as palavras.⁸³

A popularização do termo, no entanto, se deu apenas em 2001 com Charles Dunlap, à época, Major General da Força Aérea dos Estados Unidos. De plano, Charles apresenta em seu artigo a concepção de *lawfare*, como a estratégia do uso do Direito sendo um substitutivo do aparato militar para alcançar fins operacionais. O autor coloca que não é necessário que haja reflexo negativo para que se constitua o *lawfare*, podendo esse ter propósito bons e ruins, o benefício da utilização desse fenômeno se daria quando a disputa no tribunal substituísse a guerra armada e conflitos militares que, indiscutivelmente, geram muito mais danos.⁸⁴

A princípio o *lawfare* consistia na manipulação da lei para alcançar fins militares, para a legitimação da guerra ou para definição de estratégias no âmbito dos conflitos militares. Dessa forma, a lei alterava a guerra ou o modo de encarar os conflitos. Como exemplo, tem-se em meio aos conflitos entre os Estados Unidos e o Iraque, houve a utilização de templos religiosos – as mesquitas – para a instalação do centro de controle e comando de operação iraquiano, para o usufruto da proteção que esses gozam em virtude dos acordos religiosos determinados pelas leis de conflitos militares. A lei sendo utilizada, nesse caso, como tática geográfica de guerra, que serão analisadas em pormenores mais à frente. A dimensão geográfica é de extrema importância nos conflitos armados, uma vez cercados de civis os militares também não podem ser combatidos, tendo em vista a proteção legal da sociedade civil, aproveitam aqueles que se escondem em meio ao povo.⁸⁵

Os advogados militares americanos não enxergavam na legislação um limite do exercício do poder estatal, mas sim as lacunas para atuação em consonância com o Direito.⁸⁶ Nota-se então um relacionamento entre a lei e a guerra. O 11 de setembro de 2001 foi um marcador para os Estados Unidos do uso de métodos não convencionais de guerra, não se pode falar do

⁸³ CARLSON, John; YEOMANS, Neville. “**Whither Goeth the Law: Humanity ou Barbarity**”. In: SMITH, Margareth; CROSSLEY, David. *The way out: Radical alternatives in Australia*, Melbourne: Landsdowne Press, 1975. Disponível em: <<http://www.laceweb.org.au/whi.htm>> Acesso em: 10 OUT. 2020.

⁸⁴ DUNLAP, Charles J. **Lawfare Today**: a perspective. In: *Yale Journal of International Affairs*. Winter. 2008.

⁸⁵ Idem, *ibidem*.

⁸⁶ Idem, *ibidem*.

abandono do conflito armado, trata-se apenas de um aditamento ao modelo anterior, que aconteceu pelo *lawfare*. Deste modo, o *lawfare* se coloca como a continuação da guerra por vias políticas e legais.⁸⁷

Philip Carter ressalta a sujeição de todos – cidadãos e governantes - ao Estado de Direito, ratificando que até mesmo o presidente pode ser acusado, desta maneira os processos são grandes aliados a depender da guerra.⁸⁸ Tendo em vista que os conflitos armados não possuem boa aderência da população, por mais dignos que possa se propor seu objetivo, são uma ameaça à segurança dos civis e militares. No entanto, os conflitos travados nas cortes não enfrentam tanta objeção da opinião pública.

Sob a ótica de Dunlap, a manipulação da lei para fins de guerra é o novo modelo de combate do século XXI.⁸⁹ Com a evolução das democracias ao redor do globo e o progresso desse modelo ocorreu a adoção da regulamentação dos conflitos armados pelas legislações internacionais. Ao contrário de Dunlap, o *Lawfare Project* coloca o *lawfare* apenas no lugar de “empreendimento negativo”, a busca da lei não acontece para efetivação da justiça, senão utilizada para o abuso do direito, sendo dificultoso definir o real objetivo da invocação legislativa. Não se deve admitir que a substituição dos conflitos armados pela lei passe pela desvalorização dos ideais democráticos, traduzindo-se numa substituição contraproducente.⁹⁰

Pois bem. O resultado de todo esse processo é a transferência do *lawfare* das trincheiras dos campos de guerra para os tribunais, que será a nuance analisada por esse capítulo. Acrescenta-se o aspecto político desse movimento de ruptura com a destrutividade dos conflitos armados, sendo agora o fenômeno do *lawfare* nas guerras enfrentadas nos tribunais, a partir da definição de um inimigo – essencialmente – político.

⁸⁷ CARTER, Phillip. “**Legal combat: are enemies wagig war in our court?**”. 2005. Disponível em: <<https://slate.com/news-and-politics/2005/04/legal-combat.html>> Acesso em : 11 OUT. 2020.

⁸⁸ Idem, ibidem.

⁸⁹ DUNLAP, Charles J. **Lawfare Today**: a perspective. In: Yale Journal of International Affairs. Winter. 2008.

⁹⁰ “**Lawfare: Real Threat or Illusion?**”. Lawfare Project. 2010. Disponível em: <<https://www.thelawfareproject.org/analysis/2010/11/5/ilawfare-real-threat-or-illusionibrthe-lawfare-project?rq=what%20is%20lawfare>> Acesso em: 11 OUT. 2020.

Deve-se entender essa outra concepção de *lawfare* diferentemente dos conflitos armados, nesse momento o conflito que a lei adquire função instrumentalizada será demarcado por fatores políticos, a estratégia do uso do manejo legislativo será definida a partir do conflito político. Podemos sedimentar o conceito de *lawfare* com a definição trazida na obra brasileira “Lawfare: uma introdução” – “o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar prejudicar ou aniquilar um inimigo.”⁹¹

A transferência da incidência do *lawfare* para a América Latina aconteceu em 2016 com os advogados do ex-presidente Lula, em 2016 à época Cristiano Zanin, Valeska Teixeira Z. Martins e Roberto Teixeira que se manifestaram apresentando a conceituação do termo, bem como a provável incidência no caso do tríplex. Posteriormente, em 2019 o Papa Francisco em seu discurso na Cúpula Pan-americana de Juízes sobre Direitos Sociais e Doutrina Franciscana demonstrou preocupação com confluência do *lawfare* e o risco aos regimes democráticos, como se segue:

“Aproveito esta oportunidade de me reunir com vocês para manifestar-lhes minha preocupação por uma nova forma de intervenção exógena nos cenários políticos dos países por meio do uso indevido de procedimentos legais e tipificações jurídicas. O *lawfare*, além de pôr em sério risco a democracia dos países, geralmente é utilizado para minar os processos políticos emergentes e tende à violação sistemática dos Direitos sociais. Para garantir a qualidade institucional dos Estados é fundamental detectar e neutralizar este tipo de práticas que resultam da imprópria atividade judicial em combinação com operações midiáticas paralelas. Sobre isso não me detenho, mas o julgamento midiático prévio nós todos conhecemos.”⁹²

A justificativa para qual se encaminha a relevância de estudar o *lawfare* são as consequências que o fenômeno para causar, sob o pretexto da legalidade e com o apoio popular estimulado pela mídia, atinge sobremaneira o Estado de Direito, os direitos fundamentais e garantias processuais. Para entender como se dá a agência do *lawfare* deve-se analisar suas táticas, estratégias e categorias contíguas, para que não incorra em confusão conceitual.

⁹¹ ZANIM MARTINS, Cristiano; ZANIM MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. P. 26.

⁹² “**Papa Francisco diz estar preocupado com Lawfare e perseguição política**”. Disponível em: <<https://jornalggn.com.br/justica/papa-francisco-diz-estar-preocupado-com-lawfare-e-perseguiacao-politica/>> Acesso em: 12 OUT. 2020

Primeiramente, podemos destacar aquilo com que o *lawfare* não deve ser confundido, não se trata de ativismo judicial, judicialização da política ou guerras híbridas. O ativismo judicial que se define como a atuação do julgador pautado nas suas convicções pessoais rompendo com os critérios jurídico, enquanto o *lawfare* versa sobre a instrumentalização do Direito, apenas um meio de externalização do ativismo judicial. Por outro lado, a judicialização da política perpassa pela interferência do judiciário nos outros poderes, quebrando a valiosa regra da separação. Por fim, as guerras híbridas, que também se apresentam como um método não convencional de guerra, se utilizam dos “conhecimentos militares, comunicacionais, jurídicos e psicológicos”, sendo então o *lawfare* apenas um braço da guerra híbrida.⁹³

Desse modo, após a compreensão do conceito é necessário analisar como ele se materializa na prática, o *lawfare* é regido pelas estratégias e táticas. A diferença entre elas se encontra na magnitude, as táticas são elaboradas para vencer apenas uma etapa da guerra, enquanto a estratégia é adotada durante todo o processo para atingir o objetivo final. As estratégias são divididas em três dimensões: geográfica, armamento e externalidades. Em cada dimensão estratégica podem ser observadas tática de atuação.⁹⁴

Quanto a primeira dimensão, se partimos da análise da estratégia geográfica de uma guerra por meio de conflitos militares, a vitória num campo de batalha pressupõe o conhecimento prévio do território onde se dará a disputa, o desconhecimento do terreno é vantagem para o inimigo. Transferindo a guerra para o campo jurídico, temos como território a competência determinada para a atuação jurisdicional, resguardada pelo princípio do juiz natural. A tática de execução da estratégia geográfica do *lawfare* é a subversão da competência, as regras para determinação da competência não são respeitadas, dessa forma a autoridade judicial que comanda o caso não é a autoridade competente. A manipulação da competência se faz necessária, dado que se o julgamento do caso na competência correta haveria comprometimento do resultado pretendido. Logo presume-se que a atuação imparcial do magistrado e/ou dos membros do órgão de acusação.⁹⁵

⁹³ ZANIM MARTINS, Cristiano; ZANIM MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. **Lawfare**: uma introdução. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. P. 33

⁹⁴ Idem, ibidem.

⁹⁵ Idem, ibidem.

Na segunda dimensão estratégica o que se discute é o armamento escolhido para aniquilação do inimigo, no contexto militar, por óbvio, são as armas. A alteração promovida pelo *lawfare* é o armamento utilizado são as leis. Assim aduz a obra “Lawfare: uma introdução”:

“o armamento é representado pelo ato normativo escolhido para vulnerar o inimigo eleito – ou, ainda, pela norma jurídica indevidamente extraída pelo intérprete do texto legal. (...) Isso porque, em regra, veiculam conceitos vagos – manipuláveis facilmente, ostentam violentas medidas cautelares e investigatórias e vulneram gravemente a imagem do inimigo.”⁹⁶

No que concerne às guerras travadas no campo jurídico, se faz necessária a construção da figura do inimigo, a ser tratada prioritariamente pela terceira dimensão estratégica. No entanto, para a ratificação desse imaginário ocorre, por sua vez, a construção normativa, o armamento. As modificações legislativas úteis ao *lawfare* que puderam ser observados no Brasil se deram com as propostas anticorrupção, com promulgação da lei que determinou os crimes das organizações criminosas, obstrução de justiça e autorizou o uso da colaboração premiada para favorecer a investigação dos casos que nesse rol se enquadrem.⁹⁷ Cabe ressaltar que o texto da Lei 12.850/2013 é demasiadamente vago, a perpetuação desse tipo de legislação só é possível devido a terceira dimensão estratégica que versa sobre as externalidades e consequentemente a legitimação do *lawfare* através do apoio popular.

As táticas que sustentam a segunda dimensão estratégica para além da edição de texto normativo se encontram: a denúncia com frágil materialidade, excesso de imputação sobre um acusado, decretação de prisões preventivas demasiadamente e abuso das colaborações premiadas.⁹⁸ Para a aceitação de uma denúncia oferecida pelo Ministério Público ou pelo querelante exige-se comprovações mínimas da materialidade do fato, como também indício de autoria pelo imputado, nenhum desse aspectos se sustentam quando se trata de *lawfare*. Recebida a denúncia infundada colocam-se em campo as armas, as dezenas de imputação sobre o acusado. Sob a justificativa de comprometimento da investigação ganham espaço as prisões cautelares, que nada mais são do que meios escusos para a obtenção de acordo de delação

⁹⁶ ZANIM MARTINS, Cristiano; ZANIM MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

⁹⁷ Idem, ibidem.

⁹⁸ Idem, ibidem.

premiada, procedimento muito semelhante como o abordado do segundo capítulo dos maxiprocessos. Adianta-se então a relação do umbilical do *lawfare* com os maxiprocessos.

Por fim, a terceira dimensão estratégica do *lawfare*, a externalidade. O uso estratégico do Direito não passa despercebido, se não trabalhos como esse não seriam possíveis, entretanto apesar de notórias a extensão das irregularidades processuais do *lawfare*, a manipulação da informação assegura sua prática. Nesse cenário, o manuseio informativo reconstrói a figura do inimigo pela perspectiva do processo, ao passo que ao se tornar réu é considerado automaticamente culpado, na contramão do princípio da presunção de inocência. Assim sendo, fala-se então de presunção de culpa.⁹⁹ Essa construção seria inexequível se não fosse o forte apelo midiático, observamos no capítulo anterior o efeito da mídia no processo penal e no *lawfare* ele se repete. Conforme o processo avança nos seus atos, a opinião pública prossegue com as suas exigências, em sua maioria, incitando a condenação. A propaganda estimula o ambiente ideal para aniquilação do inimigo na guerra jurídica.

Pois bem. Isso é o que se entende como *lawfare* e essas são as estratégias e algumas das táticas utilizadas para sua efetivação. É nítido ao apresentar como o *lawfare* opera a relação de suas características com os maxiprocessos trabalhados no capítulo anterior. Desta maneira, no próximo será analisado como essa relação se dá.

3.1.2 Lawfare e os maxiprocessos

Uma vez exposta a conceituação dos maxiprocessos e do *lawfare* observa-se o quanto os seus aspectos conversam. Em vista disso, temos que para a exteriorização do uso estratégico do Direito – *lawfare* – é primordial um meio processual. Dessa forma o plano pelo qual esse

⁹⁹ ZANIM MARTINS, Cristiano; ZANIM MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. **Lawfare**: uma introdução. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

fenômeno irá se materializar no ordenamento jurídico são os maxiprocessos, esses que aparecem como instrumento do *lawfare*.¹⁰⁰

Malgrado Luigi Ferrajoli ter sido o responsável pela definição dos maxiprocessos, o professor italiano não abordou a fenomenologia do *lawfare*, mas ao apresentar a razão do Estado, o autor discute a possibilidade de atuação da atividade jurisdicional com finalidade política¹⁰¹, que converge com a definição do inimigo do *lawfare* que, por sua vez, se escora em objetivos políticos.

Compete, para melhor visualização dos maxiprocessos como instrumento, salientar a relação das características dos maxiprocessos com o *lawfare*. Seguiremos a mesma ordem de análise do capítulo anterior partindo do gigantismo processual.

O gigantismo processual que pode ser horizontal, vertical e temporal. Na relação de instrumentalidade do maxiprocessos com o *lawfare* a nuance vertical é de clara percepção, tendo em vista que o *lawfare*, assim como o maxiprocessos também pressupõe a excessividade de acusação sobre os seus acusados.

A confusão processual é possível por meio da manipulação da informação no *lawfare*, promovendo a perda de valor das regras de competência, o que favorece, desta maneira, a confusão processual. Na sua proposta de aniquilação do inimigo, o respeito a estrita legalidade não tem relevância, logo o território em que se dará a disputa deve ser aquele onde derrota do inimigo é garantida. Destarte, não há preocupação com o devido processo legal. Sendo esse aspecto referente a confusão processual objetiva outrora abordada.

¹⁰⁰ SANTORO, Antonio E. R. **A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada:** o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 81-116, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.333>

¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Observa-se também a inovação nos meios de obtenção de prova, sobretudo no uso da prisão preventiva como instrumento de pressão psicológica no acusado para estimulá-lo a realizar o acordo de colaboração premiada. A colaboração premiada não deve ser demonizada, uma vez que também pode ser utilizada como elemento de defesa, no entanto não deveria ser o centro da investigação. A depender do caso esses acordos são ideais para apontar um norte investigatório, contudo, o que se observa é a construção das hipóteses acusatórias no entorno das delações. Dessa forma, por vezes, a materialidade da acusação não é contestada e a denúncia é reforçada apenas com os elementos oriundos da colaboração, razão pela qual sua utilização em excesso descredibiliza o processo.

A modificação dos pilares do processo penal e a sua confirmação nas sentenças penais condenatórias seria impossibilitada senão fosse a dobradinha da situação emergencial respaldada pelo apoio da mídia. Para além da espetacularização processual práxis da teoria do maxiprocessos de Luigi Ferrajoli, no *lawfare* a mídia assume a função de manipular a informação e moldar a figura do inimigo. Desta maneira, não enfrenta apontamentos contrários do público, pelo contrário, se não encontra respaldo na legalidade, utiliza da manifestação popular para justificar sua atuação.

Por óbvio, torna-se impossível a manutenção do modelo de legalidade anterior com o rompimento da atuação jurisdicional de acordo com processo penal constitucional, o resultado do *lawfare* em comunhão com a prática maxiprocessual é um marco para o processo penal do ordenamento que esse fenômeno incide. Isto posto, devemos então analisar como esse fenômeno em coligação com o maxiprocessos pode estar dando as caras no judiciário brasileiro.

3.1.3 Como o Brasil tem experimentado o *lawfare* político?

O pano de fundo, para análise dos maxiprocessos, foi a Operação Lava Jato, sendo o maxiprocessos apenas o meio pelo qual se derrota o inimigo, vamos analisar agora se a Operação Lava Jato foi construída alicerçada na figura de um inimigo a ser combatido e se o Direito foi utilizado de maneira estratégica a atingir esse inimigo de forma a aniquilá-lo politicamente.

Primeiramente, devemos lembrar em quais circunstâncias que se iniciaram as investigações da referida Operação. Discute-se faz tempo no Brasil a prevalência da impunidade no judiciário, discurso esse entoado por aqueles que apontam pouca efetividade da justiça criminal brasileira. Trata-se de manobra discursiva, que não encontra assento nas ciências exatas, uma vez que em números absolutos possuímos a terceira maior população carcerária do mundo. Existe um perfil daquele corpo que não é indigno de estar no cárcere no Brasil e essas figuras nada se assemelham com aquelas que se encontram no poder. Deve-se falar na seletividade do sistema e não em impunidade.

Resulta dessa perspectiva o rótulo de país corrupto, por óbvio, aquele que não pune quem desvirtua das suas leis corrobora para a corrupção. Acrescenta-se a isso, a instabilidade política que atravessa este país, de democracia recente, por conta dos crimes contra a administração pública como a corrupção e lavagem de dinheiro. É o conjunto ideal para a demarcação do estado emergencial brasileiro, dado que os atores desse cenário, por vezes, escapam do sistema penitenciário. É nesse quadro que o discurso contra a impunidade e corrupção ganham destaque.

A Operação Lava Jato teve início com os resquícios do Mensalão. Deltan Dallagnol, procurador da República e chefe da investigação, em seu livro aponta que o Mensalão havia deixado uma mensagem aos políticos e empresários, a possibilidade real de prisão dos atores dos crimes de colarinho branco. Pela primeira vez o país acompanhou um caso que envolvia personagens importantes da política e do empresariado brasileiro que haviam sido presos. A possibilidade de um novo caso como o Mensalão era tentadora, foi por esse motivo que o procurador aceitou integrar e, posteriormente, chefiar a força-tarefa da Operação Lava Jato.¹⁰²

As investigações, que deram origem a Operação Lava Jato, tiveram início em fevereiro de 2014, a princípio investigava uma organização criminosa composta por doleiros. Muito falados em processos que envolvem corrupção e lavagem de dinheiro, doleiros são aqueles responsáveis pela compra e venda de moeda estrangeira no mercado paralelo.

¹⁰² DALLAGNOL, Deltan. **A luta contra a corrupção**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa. 2017.

O marco inicial das investigações se deu ainda sob os resquícios do Mensalão, José Janene, ex-líder do PP na Câmara dos Deputados, havia realizado um investimento, de valor considerável, na empresa Dunel, localizada no Paraná. De forma que, o foro correspondente para as investigações seria Curitiba, mais precisamente a 13ª Vara Criminal Federal, comandada pelo então juiz Sergio Fernando Moro. Através da análise do caminho percorrido por esses valores, tem-se como origem a empresa CSA, dirigida por Albert Youseef, e um posto de combustível, localizada em Brasília e responsável pelo nome da Operação.

O fluxo financeiro foi determinante para se traçar o trajeto e delimitar os envolvidos no caso. Nesse sentido, não foi muito demorado que as investigações alcançaram o ex-diretor da Petrobras, Paulo Roberto Costa, que esteve sob o comando da direção de Abastecimento por quase oito anos. Sendo assim, na primeira fase da Lava Jato, os holofotes da investigação já haviam se voltado para a maior estatal brasileira.

As diligências das investigações contaram com um norteador importante, quase como uma bússola, funcionaram as colaborações premiadas dos acusados. O primeiro delator foi Paulo Roberto Costa, que colocou Albert Youssef como o encarregado pelas distribuições financeiras na diretoria da Petrobras sob sua chefia. Por consequência, as maiores empreiteiras nacionais, que participaram de procedimentos licitatórios e prestavam serviços à estatal foram sendo somadas às investigações, como por exemplo: Odebrecht, Consórcio Camargo Corrêa- CNEC e a OAS.

Nesse sentido, Deltan classifica o efeito de um colaborador como efeito dominó, em razão das informações trazidas pelos delatores, ocorre um aumento exponencial do caso a ser investigado como, não poderia ser diferente, aconteceu na Lava Jato, fazendo o processo tomar formas que seriam inatingíveis apenas com o trabalho dos procuradores.¹⁰³

Dos personagens com maior notoriedade no processo encontra-se o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, condenado pela 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba e posteriormente

¹⁰³ DALLAGNOL, Deltan. **A luta contra a corrupção**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa. 2017.

pelo Tribunal Regional Federal da 4ª região por corrupção passiva, em virtude de suposta propriedade de um apartamento tríplice na cidade do Guarujá, litoral paulista. Lula foi o primeiro ex-presidente preso, havia deixado a presidência em 2010, com honrosa aprovação popular, não somente, havia eleito sua sucessora, Dilma Roussef. Naquele momento, não era possível imaginar o que viveria a política e o judiciário brasileiro. Em 2018, Lula seria preso após condenação por corrupção durante a corrida presidencial a qual liderava¹⁰⁴ até então, sendo o segundo colocado eleito em outubro, Jair Messias Bolsonaro.

Em que pese, acusações de atuação imparcial, politicamente interessada, dos investigadores e do juiz da Operação, as declarações dos acusados sempre foram negativas, buscando transparecer uma idoneidade na investigação e no julgamento. Em outro sentido falam as conversas divulgadas pelo site jornalístico *The Intercept*, em que o juiz mantinha contado direto com o procurador chefe da força-tarefa da Operação, Deltan Dellagnol. A divulgação das conversas dos investigadores e do juiz, ficou conhecida como Vaza Jato, as mensagens trocadas através do aplicativo *Telegram* não deixam brecha não restou qualquer imparcialidade judicial no processo.

O conteúdo aponta, dentre outras irregularidades, a relação de parceria entre o magistrado e o procurador; “não é muito tempo sem operação?”¹⁰⁵ questionava Sergio Moro à Dallagnol após quatro semanas sem novas fases de investigação. É sabido, bem como foi analisado no presente trabalho, que a paridade entre armas, ou seja, o contraditório só é possível quando o juiz se encontra equidistante das partes. O juiz como espectador passivo, no exercício da sua função, não deve manter contato estreito com o investigador, assim como não fomenta atos da investigação. Em caso de dúvida, que decida de acordo com o *in dubio pro reo* e o princípio da presunção de inocência.

No referente ao ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, foi um processo permeado de vícios e nulidades, desde a fixação da competência, abordada no capítulo anterior, identificada

¹⁰⁴ “**Lula lidera intenção de voto; sem petista, Bolsonaro assume liderança.**” Data Folha. 31 de janeiro de 2018. Disponível em: < <http://datafolha.folha.uol.com.br/eleicoes/2018/01/1954686-lula-lidera-intencao-de-voto-sem-petista-bolsonaro-assume-lideranca.shtm>> Acesso em: 7 JUL. 2020

¹⁰⁵ “**Não é muito tempo sem operação?**”. *The Intercept*. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>>. Acesso em: 17 OUT. 2020.

no *lawfare* como a estratégia geográfica para o alcance do fim perseguido, qual seja, a escolha do campo que contribuiria sobremaneira para a derrota do inimigo. Posteriormente com o oferecimento da denúncia infundada, questionada pelo próprio procurador, que não apresentava materialidade do fato tampouco indício de autoria, mas contava com um apêndice relevante para a efetivação do *lawfare*, a mídia, correspondente à estratégia de terceira dimensão do *lawfare*.

A mídia à medida que contribui para instauração do processo penal de emergência, sedimenta a figura daquele que deve ser extirpado socialmente. No caso, com a corrida eleitoral em curso e um líder político nos holofotes não apenas da política, como também da justiça criminal a espetacularização desse processo e a agenda política cooperaram para a condenação e a ratificação pelo Tribunal em menos de 1 ano. O ex-presidente foi preso em meio a corrida eleitoral em 2018.

O juiz do caso era então o herói nacional, aplaudido pela audiência. No entanto, a carreira de Sergio Moro como magistrado estaria próxima ao fim. Esse que se apresentava como um especialista das Operação Mãos Limpas, que ocorreu com o intuito de exterminar a corrupção política e a máfia italiana, viria a ser o ministro da Justiça e da Segurança Pública em 2019 do governo de Jair Bolsonaro, abandonando a carreira de mais de 20 anos de magistratura. Curioso é observar como se deu o afastamento de Luiz Inácio Lula da Silva da disputa eleitoral em 2018, a consequente eleição de Jair Messias Bolsonaro em outubro do mesmo ano, e por fim o ingresso de Moro na carreira política como ministro da Justiça.

A breve síntese do que aconteceu em 2018, encaixa quase como uma luva no conceito do *lawfare* político, que nada mais é que o uso do Direito para derrotar um inimigo unicamente definido pela política. Trata-se da perseguição jurídica do ex-presidente para afastá-lo da eleição, a fim de possibilitar eleição do segundo colocado nas pesquisas, concomitantemente promover o juiz a Ministro da Segurança Pública e da Justiça. A escolha por enquadrar análise do *lawfare* no caso do ex-presidente Lula, baseia-se no impacto da sua condenação no cenário político, tendo em vista que até o momento de sua prisão em 2018, o ex-presidente liderava a corrida eleitoral, para o primeiro e segundo turno, em direção ao maior cargo do Poder

Executivo. Dessa forma, a possível nulidade do processo em tela por parcialidade do judiciário ocasiona danos irreversíveis ao Estado de Direito, especialmente ao regime democrático.

O jurista Ricardo Lodi Ribeiro apresenta em seu artigo “A condenação de Lula: o maior caso de *lawfare* do Brasil” as incongruências da hipótese acusatório e, sobretudo, a impossibilidade de confirmação das imputações quando oportunizado em sede instrutória. Apesar de apresentarem Lula como o chefe do esquema de desvio de verbas não houve a capitulação da formação de quadrilha, por exemplo. A resolução encontrada para a condenação do ex-presidente pelo juiz foi razão distinta daquela imputada pelo Ministério Público Federal, não comprovada a posse do apartamento pela ex-presidente e sua esposa, determinou a “propriedade de fato”, bem como o condenou por lavagem de dinheiro.¹⁰⁶ Desde a fixação da competência a sentença estava prevista antes mesmo do seu proferimento.

Resta então indissociável a persecução penal sofrida por Luiz Inácio Lula da Silva do fenômeno do *lawfare*. O uso abusivo dos meios jurídicos para perseguir um inimigo político, nesse caso, sob o pretexto de combate à corrupção, que no âmbito formal e de estrita legalidade não se restou comprovada. Ainda que apresente motivo considerado forte o bastante para parcela da população, o rompimento com os direitos e garantias dos acusados não deve ser acolhido pelo judiciário. A máxima de que os fins justificam os meios não é útil ao Estado de Direito.

A tutela dos direitos fundamentais não são negociáveis conforme a definição de um pretense inimigo do Estado, são direitos de toda e qualquer pessoa, uma vez que indisponíveis. O Estado de Direito é um modelo ideológico que apresenta limites para a atuação estatal, ao passo que determina o que cabe a discricionariedade e a arbitrariedade. O Estado de Direito fundamenta a democracia e o sistema constitucional, o desrespeito aos seus moldes coloca a democracia em risco.¹⁰⁷

¹⁰⁶ RIBEIRO, Ricardo Lodi. “A condenação de Lula: o maior caso de *lawfare* do Brasil.” In: PRONER, Carol et al. (orgs.). Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula. Bauru: Canal 6. 2017. pp. 389-392.

¹⁰⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Edições Almedina, 2006.

A Operação Lava Jato, que não se encerrou e caminha agora distante dos holofotes, é uma referência na justiça criminal brasileira e no quadro político. Promovendo uma ruptura com o processo penal liberal e mais afastada ainda do processo penal constitucional. Assim como previu a decisão do TRF-4 a Lava Jato na sua excepcionalidade adotou um novo modelo processo penal, conhecido doutrinariamente, mas que ainda não havia sido experimentado em sua prática, que nada tem a ver com o Estado de Direito.

Em 2019, após a eleição o presidente Jair Messias Bolsonaro e a posse do juiz Sergio Moro, como Ministro da Justiça e da Segurança Pública, foi editado o Projeto de Lei 13.964/2019, também conhecido como Pacote Anticrime. A intenção do Projeto à princípio era a reformulação da segurança pública, carregando alterações em leis penais especiais, como também no Código Penal e no Código de Processo Penal. As medidas de alterações propostas conversavam mais com as pretensões ideológicas do governo do que com os operadores de Direito, resumindo-se em populismo penal, buscava tornar os métodos utilizados na Lava Jato norma.

Pode-se afirmar que o Brasil, já experimentou os efeitos do *lawfare* no campo político e judiciário, e o maxiprocesso é um excelente instrumento para sua efetivação, se observado como as suas características coincidem com o *lawfare*, principalmente para transvestir o processo de legalidade, ainda que repleto de vícios e imparcial.

O que se observa no Brasil e o no mundo, atualmente, é o enfraquecimento do Estado de Direito e dos regimes democráticos, ao passo que os direitos e garantias fundamentais ocupam o lugar de empecilho para o exercício do poder punitivo estatal. Todavia, tal narrativa pouco condiz a realidade o Estado de Direito somente limita a atuação dos agentes públicos a fim de que não incorra em autoritarismo, devendo seguir a estrita legalidade. Os maxiprocessos na forma e o *lawfare* no conteúdo transmitem a mensagem do desrespeito a legalidade sob a égide da superação do estado emergencial, fixado por meio da manipulação da situação fática. Essa prática faz o Estado de Direito Democrático brasileiro caminhar de encontro a pós-democracia, a política e a justiça criminal brasileira devem trabalhar juntas para que não cruzemos essa fronteira.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, pudemos observar que a condição circunstancial, necessária para o fenômeno do *lawfare*, deriva da instauração do estado emergencial que, por sua vez, dá origem ao processo penal de emergência. Nessa perspectiva, o processo penal não se preocupa mais com as limitações colocadas pelo Estado de Direito, se no processo penal constitucional a interpretação conforme a Carta Magna e o respeito à estrita legalidade são prioridade, no processo penal de emergência a superação dessa condição é a preferência, pouco importando se direitos dos acusados serão desprezados para que isso ocorra. O sistema penal que se desenha não dialoga com o sistema acusatório, adotado pela justiça criminal brasileira.

Todavia, o que ficou demonstrado que com o intuito de atravessar o estado emergencial, o Direito perde sua forma, a começar pela imparcialidade judicial, o juiz que pretende atuar a fim de combater a corrupção, por exemplo, desloca-se para a atividade polícial, desconstituindo a característica inerte da atividade jurisdicional. Por outro lado, na tentativa de atender às expectativas da audiência, que se inflama no cenário da emergência, compromete sua independência, conforme se submete à opinião pública.

Como resultado, temos o maxiprocessos, com as suas nuances bem características apontadas por Luigi Ferrajoli, tais como: gigantismo processual, confusão processual, a inovação nos meios instrutórios, exacerbação da cobertura pela mídia e rompimento com o modelo de legalidade penal, que nada coadunam com o Estado de Direito e tampouco com o garantismo penal fixado pelo autor. Em contrapartida, é solo fértil para a materialização do fenômeno do *lawfare* no âmbito processual.

Concluimos que o manejo do Direito para aniquilar um inimigo definido pela política, caracteriza o *lawfare*, e a sua externalização passa por um trabalho conjunto com os maxiprocessos do professor Luigi Ferrajoli, não resistindo qualquer sinal da imparcialidade judicial. Ao passo que todo o processo é gerido para a derrubada do réu que é tido como inimigo.

Para o melhor entendimento desse processo de definição e externalização do fenômeno do *lawfare* por intermédio das suas táticas e estratégias em parceria com os maxiprocessos, utilizamos a notória Operação Lava Jato, conferindo maior destaque aos episódios referentes ao ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Assim, pudemos notar de que forma o Brasil vem experienciando a fenomenologia do *lawfare*.

Dessa forma, a prática do *lawfare* político nos maxiprocessos torna-se possível apenas com a atuação imparcial do magistrado, na empreitada pela derrota do inimigo, as formas processuais não mais importam e o juiz manipula o Direito e se transforma em parte interessada no processo. Sendo assim, é indispensável para o uso estratégico do Direito a violação do princípio do juiz natural e a instauração de um estado emergencial, esse último carrega consigo, em sua maioria, a pretensão de satisfazer o desejo do público.

É sob o pretexto de solucionar os anseios da opinião pública que o Estado de Direito perde força. O sistema democrático não é o puro atendimento da vontade de uma maioria, que nesse projeto de manipulação da informação, corresponde às expectativas táticas do *lawfare*. O interesse popular não é justificativa para o rompimento com os direitos e garantias fundamentais. O sistema judiciário é independente e assim deve atuar, para não restar o Estado de Direito e o regime democrático num lugar de vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 25 SET. 2020

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 25 SET. 2020

“**Até agora tenho receio**”. *The Intercept*, 9 de junho de 2019. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/06/09/dallagnol-duvidas-triplex-lula-telegram-petrobras/>> Acesso em: 26 SET. 2020

Afinal, procurador da Lava Jato disse 'não temos prova, temos convicção'?”. G1, 15 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/09/afinal-procurador-da-lava-jato-disse-nao-temos-prova-temos-conviccao.html>> Acesso em: 26 SET. 2020

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BATISTA, Nilo. “**Advocacia em tempos sombrios**”. In: ZANIN, Cristiano; TEIXEIRA ZANIN MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael (Coord.) O caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. P 95-105.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: CL EDIJUR, 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Resultados. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>> Acesso em: 21 SET. 2020.

“**Brasil é o paraíso da impunidade para réus do colarinho branco**”. Disponível em: <<<https://noticias.uol.com.br/opiniaao/coluna/2015/10/01/brasil-e-o-paraiso-da-impunidade-para-reus-do-colarinho-branco.htm>>> Acesso em: 9 SET. 2020.

CARLSON, John; YEOMANS, Neville. **“Whither Goeth the Law: Humanity ou Barbarity”**. In: SMITH, Margareth; CROSSLEY, David. *The way out: Radical alternatives in Australia*, Melbourne: Landsdowne Press, 1975. Disponível em: <<http://www.laceweb.org.au/whi.htm>> Acesso em: 10 OUT. 2020.

CARTER, Phillip. **“Legal combat: are enemies wagig war in our court?”**. 2005. Disponível em: < <https://slate.com/news-and-politics/2005/04/legal-combat.html>> Acesso em : 11 OUT. 2020.

CASARA, Rubens. **A espetacularização do processo penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 122, 2016. p. 309-318.

CASARA, Rubens. **“Juiz natural à luz do processo penal do espetáculo: os casos ‘Operação Lava Jato’ e ‘Mensalão’”**. In: In: ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIM MARTNS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael (Coord.). *O Caso Lula: a luta pela reafirmação dos direitos fundamentais no Brasil*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, pp. 193-210.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **“Processo Penal de Emergência: avaliação nos 20 anos de vigência da Constituição de 1988”**. In PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Editora Lamem Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 209-225

Código de Ética da Magistratura Nacional. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-damagistratura/#:~:text=IMPARCIALIDADE,Art.,refletir%20favoritismo%2C%20predisposi%C3%A7%C3%A3o%20ou%20preconceito.>> Acesso em: 9 de set. de 2020.

DALLAGNOL, Deltan. **A luta contra a corrupção**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

DUNLAP, Charles J. **Lawfare Today: a perspective**. In: *Yale Journal of International Affairs*. Winter. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades do processo penal**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.

Lava Jato completa três anos com mais de 180 pedidos de cooperação internacional. Ministério Público Federal, 17 de março de 2020. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/noticias/noticias-1-1/lava-jato-completa-tres-anos-com-mais-de-180-pedidos-de-cooperacao-internacional>> Acesso em: 22 JUN. 2020.

“Lava jato” não precisa seguir regras de casos comuns, decide TRF-4. Revista Consultor Jurídico, 23 de setembro de 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-set23/lava-jato-nao-seguir-regras-casos-comuns-trf>> Acesso em: 14 JUN. 2020.

“Lawfare: Real Threat or Illusion?”. Lawfare Project. 2010. Disponível em: <<https://www.thelawfareproject.org/analysis/2010/11/5/ilawfare-real-threat-or-illusionibrthelawfare-project?rq=what%20is%20lawfare>> Acesso em: 11 OUT. 2020.

“Leia diálogos da Lava Jato sobre escutas telefônicas do ex-presidente Lula”. Folha de São Paulo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/09/leia-dialogos-da-lava-jato-sobre-escutas-telefonicas-do-ex-presidente-lula.shtml>> Acesso em: 8 OUT. 2020.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

“Lula lidera intenção de voto; sem petista, Bolsonaro assume liderança.” Data Folha. 31 de janeiro de 2018. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/eleicoes/2018/01/1954686-lula-lidera-intencao-de-voto-sem-petista-bolsonaro-assume-lideranca.shtm>> Acesso em: 7 JUL. 2020

MALAN, Diogo. **Megaprocessos e direito de defesa**, In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, p. 45-67, 2019.

MATIDA, Janaína Roland. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova**. Rio de Janeiro, 2009, 111p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

MCCOMBS, Maxwell E., SHAW, Donald L. **The agenda-setting function of mass media**. Chicago: University of Chicago Press, 1972

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Denúncia do processo nº 5046512-94.2016.6.4.04.7000**. Curitiba: 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/DENUNCIALULA.pdf> Acesso em: 22 SET. 2020.

“**Não é muito tempo sem operação?**”. The Intercept. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/> >. Acesso em: 17 OUT. 2020.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Edições Almedina, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

“**Papa Francisco diz estar preocupado com Lawfare e perseguição política**”. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/justica/papa-francisco-diz-estar-preocupado-com-lawfare-e-perseguiacao-politica/> > Acesso em: 12 OUT. 2020

PRADO, Geraldo. **Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato**: para além da iniciativa probatória do juiz. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, p. 135- 169, 2016.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Geraldo. “**Moro constrange e apequena o Supremo Tribunal Federal**”. In: ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIM MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael (Coord.). O Caso Lula: a luta pela reafirmação dos direitos fundamentais no Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, pp. 61-69.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. “**A condenação de Lula: o maior caso de lawfare do Brasil.**” In: PRONER, Carol et al. (orgs.). Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula. Bauru: Canal 6. 2017. pp. 389-392.

SANTORO, Antonio E. R. **A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada**: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 81-116, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.333>

SANTORO, Antônio. LUCERO, Natália. **A policização da justiça**: uma análise sobre a hipótese de Foucault no sistema de justiça criminal brasileiro a partir do direito ao contraditório. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. 2019. P. 83-102.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. “**Novos desenhos não democráticos no processo penal brasileiro pós-constituição de 1988**: os maxiprocessos como instrumento de lawfare político”. *In*: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza. Editora D’Plácido: Belo Horizonte, 2018.

SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva dos julgamentos criminais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 86, v. 18, 2010. p. 336-379.

STRECK, Lenio. “**Luz, câmera, ação: a espetacularização da Operação Lava Jato no caso Lula ou de como o direito foi predado pela moral**.” *In*: ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIM MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael (Coord.). O Caso Lula: a luta pela reafirmação dos direitos fundamentais no Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, pp. 31-49.

SUTHERLAND, Edwin H. **White Collar Criminality**. American Sociological Association – volume 5. 1940. P 1-12

ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIM MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. **Lawfare**: uma introdução. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.