

DIREITO E HISTÓRIA: O PROCESSO COMO GARANTIA NA PÓS-MODERNIDADE

*Celso de Oliveira Silva*⁸

*Thais Battibugli*⁹

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo apreender alguns aspectos fundamentais do processo no mundo pós-moderno, mais especificamente no Brasil, enfatizando o discurso histórico e o jurídico. Aborda-se ainda, de maneira ilustrativa, aquilo que o processo penal não deveria perseguir: a encenação midiática em busca de aprovação de métodos destoantes das bases fundantes do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Democracia, processo no pós-modernismo; *lawfare*.

Introdução

O processo no mundo pós-moderno possui inúmeras especificidades históricas e jurídico-filosóficas. Em vista disso, tentou-se traçar um roteiro mínimo para vislumbrar o processo na era do pós-modernismo. Para tanto, enfatizou-se o discurso histórico e o jurídico.

Não se pretendeu, obviamente, esgotar todas as possibilidades de compreensão desses discursos. Todavia,

relacioná-los fez com que se atingisse alguma lógica para entender como historicamente, por exemplo, o processo passou do positivismo jurídico à esfera de parâmetro constitucional. O tema do processo na época atual é candente porque, de uma forma ou de outra, lida com novos direitos e novas garantias que surgiram com a Constituição Federal de 1988.

Na atualidade, não é razoável considerar o processo apenas como “instrumento” da jurisdição; é urgente, pois, que se dissemine a ideia de que ele é garantia constitucional de qualquer cidadão em uma relação jurídica estabelecida com outra pessoa ou em face do Estado. Nesse sentido, abordou-se ainda, de maneira ilustrativa, aquilo que o processo penal não deveria perseguir. Ou seja, a espetacularização, a encenação midiática em busca de aprovação de métodos destoantes das bases fundantes do Estado Democrático de Direito. Em uma palavra, a prática do *lawfare* que não condiz com a plena democracia.

Procurou-se embasar o texto em autores que lidam com a problemática do processo em suas diferentes vertentes. A justificativa para esse tema deriva, fundamentalmente, das observações, desde o ano de 2014, da maneira como o processo

⁸ Bacharel em Direito. Técnico Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – SP.

⁹ Doutora em Ciência Política (USP). Professora da Fadipa/UniAnchieta – Jundiá.

penal foi instrumentalizado pela conhecida Operação Lava Jato. Contudo, o foco principal não é uma análise mais apurada dos métodos da referida Operação, mas, sim, como o processo deveria ser pensado a partir de nossa Carta Magna.

Levou-se em consideração também que, para apontar evidências irrefutáveis da prática de *lawfare* contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, teve-se que aguardar um certo período de tempo para tecer comentários de modo mais embasado acerca do *modus operandi* da Lava Jato. Assim, tendo em vista a opinião de renomados juristas, bem como de uma série de diálogos entre agentes da Operação Lava Jato e o ex-juiz Sérgio Moro, divulgados pelo Portal *The Intercept* em parceria com alguns veículos de comunicação (Jornal Folha de São Paulo e Revista VEJA), pavimentou-se o caminho para apontar que o devido processo legal não foi observado a partir de sua matriz constitucional.

A partir da constatação de que os fins justificam os meios, não é plausível perante a democracia desfigurar nenhum aspecto inerente ao processo para que se alcance qualquer resultado, do ponto de vista processual, que não se coadune com a Constituição da República. Disso resulta a pressuposição de que não há lugar para o juiz boca da lei, assim como para o magistrado que dita a norma segundo a sua

boca. Nenhuma democracia moderna, apesar de suas constantes imperfeições, corrobora um tipo de processo que ataque preceitos elementares, caros ao “processo civilizador” que, segundo Norbert Elias, moldou, de certo modo, a chamada “civilização ocidental”.

O juiz boca da lei

Segundo Moraes (2013, p. 11-30), no limiar do século XXI, eclodiram, no Brasil, inúmeros casos de reparação de danos, “das mais variadas espécies e gêneros, considerados indenizáveis.” Mais adiante, ela ressalta que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, exacerbaram-se os recursos da cláusula geral e do livre arbitramento. Em sua visão, não há critérios elementares a esse respeito, pois “o juiz nessas matérias difíceis” (casos de indenização) pode pautar-se por sua própria consciência. A referida autora também faz alusão ao fato “de que é a jurisprudência quem diz o que é o Direito.”

Diante disso, é surpreendente a manifestação do Min. Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), citado por Moraes (2013, p. 11-30):

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de

Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. [...] Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.

No bojo dessa manifestação do citado ministro do STJ, é preciso enfatizar a dicotomia entre juiz boca da lei e a lei segundo a boca do juiz. Surgida na França, após a Revolução Francesa, a expressão juiz boca da lei denota que os magistrados deveriam se ater unicamente a aplicar, de modo mecânico, as normas jurídicas editadas pela autoridade competente. Naquela época histórica, a codificação teve um papel relevante para unificar o sistema jurídico a partir do Poder Legislativo sob o impulso do positivismo em voga. Nas palavras literais de Montesquieu (2000, p. 175), “os juízes da nação são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor.”

A percepção do filósofo francês sobre a ideia de que o juiz seria necessariamente a boca emissora das palavras da lei (*la bouche de la loi*), sem exercer a sua interpretação ou valoração, encontra-se totalmente superada. Claro está que o juiz boca da lei era a expressão que se coadunava com o sistema positivista do direito. Por outro lado, a título de exemplo,

não é razoável que um ministro de Tribunal Superior evoque a lei segundo a boca do juiz, conforme a exposição do Min. Humberto Gomes de Barros em relação à doutrina pátria.

Poder-se-iam elencar casos variados e elucidativos do pensamento dicotômico entre o juiz boca da lei e a lei segundo a boca do juiz, porém, para a análise do processo, considerando-se a ótica restrita deste trabalho, basta um exemplo como o do ex-juiz Sérgio Moro. Mais adiante, em capítulo específico, trataremos de como o processo penal, no âmbito da Operação Lava Jato, foi maculado por não levar em consideração princípios basilares da Carta Magna. Por isso, convém trazer à tona o célebre questionamento de Piero Calamandrei (2017, p. 38):

Agora, qual é no processo a função do juiz? Digo qual é hoje, segundo a noção abstrata que lhe concedem as leis, mas também segundo a concreta realidade histórica, a função do juiz colocada no sistema jurídico de uma constituição democrática?

Tomando-se a dicotomia aludida no parágrafo anterior, deve-se partir do parâmetro constitucional, e não da lei infraconstitucional, pois se considera o ponto de partida, para a conformação do devido processo legal, o princípio da legalidade. Tendo em vista esse aspecto

legal, a Constituição Federal é que deve, através de sua força normativa, nortear o aplicador da lei em geral. Assim, ele não deve agir mecanicamente como *la bouche de la loi*, muito menos aplicar a lei segundo a boca do juiz. A partir dessa constatação, o aplicador da lei deve exercer seu protagonismo tendo como fundamento de ação a Lei Maior.

Em relação às grandes codificações que surgiram em decorrência das grandes revoluções dos séculos XVIII e XIX, Moacyr Amaral Santos (2012, p. 70) afirma que “o Código de Processo Civil francês serviu de modelo aos da Bélgica, da Holanda, da Grécia, da Rússia, e de outros povos, ou de fonte aos de outros, como o da Itália, de 1865.” Nesse tipo de direito codificado, consolidaram-se valores individualistas e patrimoniais da burguesia emergente. E o direito natural, que era comum até então, foi considerado uma ameaça de retorno à sociedade de castas anterior.

Para Moraes (2013, p. 4), tal época de efervescência revolucionária, na história, põe em relevo o papel da codificação como um “elemento central” na unificação do sistema. Desse modo, configurado a partir de uma ótica legislativa autônoma, o código passou a ser visto não mais como um “direito contingente”, mas, sim, como um “direito perpétuo”. Neste tipo peculiar de

direito codificado, consolidaram-se os valores individualistas e patrimonialistas da burguesia. E a antiga referência ao direito natural, que era recorrente, tornou-se uma possível volta à sociedade do Antigo Regime. Por conseguinte, diante do direito positivo recém-criado e padronizado aos anseios da classe burguesa, “o positivismo jurídico se tornou a metodologia dominante” no campo do direito.

A partir daí, os juízes deveriam ser bocas da lei, sobretudo porque poderiam, também, ser uma “espécie de ameaça” à nova ordem política instituída. Tanto é assim que monarquistas e revolucionários consideravam os magistrados como “perigosos”. A esse respeito, menciona Antonio Padoa Schioppa (2014, p. 386) que “a história da magistratura na França do século XIX esteve estreitamente ligada aos acontecimentos e às reviravoltas da vida política”.

Tal postura foi justificada, principalmente, pelo fato de os juízes franceses, daquele momento histórico, extrapolarem suas atribuições legais ao assumir atitudes questionadoras diante do Rei Luís XVI. O que provavelmente preocupava uns e outros, na disputa pelo poder político, era a constatação de que os juízes seriam pessoas mais esclarecidas e, até mesmo, menos manipuláveis. Sobre isso, o professor da Universidade Paris 1

Panthéon-Sorbonne, Dominique Rousseau (2018), assim se expressou num artigo:

O Poder Judiciário é um poder nulo, escrevia Montesquieu, pois o juiz é a boca da lei. Em resposta, Robespierre exclamava que com o reinado da lei, expressão da vontade geral, já não havia jurisprudência na França. Além disso, antes de cortar a cabeça do Rei, os revolucionários haviam cortado a cabeça dos juízes, proibindo-os de interferirem nas decisões dos poderes legislativo e executivo.

Percebe-se então no idealismo de Montesquieu que o juiz seria meramente um aplicador fidedigno do texto legal sem sequer interpretá-lo. Conforme já foi exposto, considerando a época da Revolução Francesa, a premissa de Montesquieu, de certa forma, era plausível, até porque, naquele período histórico, ela soava como a mais correta. Isso se deve ao fato de que havia a vinculação dos juízes à nobreza, bem como a necessidade de obediência à lei segundo a vontade geral. Seria desarrazoado, pois, que o juiz não fosse a verdadeira boca da lei, ou seja, o real emissor da voz da lei.

A respeito do Código de Napoleão, o ilustre pensador Norberto Bobbio (1995, p. 63) considera-o um acontecimento primordial que repercutiu decisivamente no “desenvolvimento do pensamento jurídico moderno e contemporâneo.” No entanto, o eminente jurista aponta para uma “atitude

mental” que se enraizou no homem comum. Ela diz respeito ao modo de se pensar o Direito em termos de codificação, delimitando-o em um código. Ademais, “basta pensar que a codificação não existe nos países anglo-saxônicos.” Ainda segundo o referido autor, a codificação é um fenômeno restrito da Europa continental dos séculos XIX e XX.

Na esteira do pensamento de Bobbio, o professor Rizzatto Nunes (2016, p. 78) faz menção à “Escola da Exegese no Direito”, a qual notabilizou-se logo após “a promulgação do famoso Código de Napoleão, em 1804.” Por unificar o Direito Civil francês, ele se tornou o “marco importante para o surgimento da crença de que o Direito é o direito posto – a legislação.” Na expressão do mencionado professor, “a idolatria ao Código de Napoleão punha ao intérprete um limite claro: o exegeta devia entender os textos e nada mais.” Assim, a missão essencial do juiz boca da lei era “interpretar” a norma a partir de uma lógica dedutiva com base em uma função mecânica.

Contudo, é importante destacar que a aplicação da norma tem de ser feita a partir de séria reflexão, considerando o ordenamento jurídico como algo integrado. A lei processual, por exemplo, não pode nem deve ser balizada pelo clamor das ruas, porque este muda ao sabor do vento. No

dizer de Lenio Streck (2017), quando se expressa que “o juiz boca da lei morreu e agora nasce o juiz dos valores e dos princípios”, começa a haver uma derrocada em se aplicar a força normativa da Constituição Federal.

Em suma, o referido jurista quer nos alertar para que se mantenha o bom senso entre os extremos, isto é, para a aplicação da lei, dos valores e princípios, o juiz deve buscar um senso de equilíbrio. Em outras palavras, ele não deve ser apenas *la bouche de la loi* nem muito menos ser o aplicador de valores e princípios segundo a sua boca. O juiz, antes de tudo, deve pautar-se de forma ponderada acerca de como manejar o processo sem perder de vista as garantias previstas na Carta Magna.

Democracia e justiça

A democracia é essencial para entender a concepção pós-moderna do Estado Democrático de Direito, bem como para defender a dignidade da pessoa humana. Grosso modo, ela é um regime político no qual os cidadãos exercem a soberania, cabendo-lhes eleger seus representantes através de eleições periódicas. A partir dela, sob o prisma do direito, impõe-se uma análise do princípio democrático como meio e do princípio de justiça como fim a serem perseguidos numa

determinada sociedade. Guardadas as devidas proporções, o primeiro princípio pode ser vislumbrado em Montesquieu, já o segundo pode ser encontrado em John Rawls.

Em linhas gerais, para Montesquieu (2000, p. 121-123), “o princípio da democracia” é pervertido quando o “espírito de igualdade” torna-se irrelevante, na mesma medida em que o “espírito de igualdade extremo” faz com que cada um queira ser semelhante aos governantes. Agindo assim, o povo não terá condições de “suportar o próprio poder que delegou”. A democracia, ainda, conforme o filósofo iluminista, precisa conter dois excessos, ou seja, por um lado, “o espírito de desigualdade”, porque conduz à aristocracia ou ao “governo de um só”. De outro lado, também precisa refrear o “espírito de igualdade extrema”, pois direciona para “o despotismo de um só”.

Pela visão de John Rawls (1997, p. 64), grosso modo, caberiam “dois princípios de justiça” na estrutura básica da sociedade. No primeiro deles, “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.” Já no segundo princípio de justiça, disparidades socioeconômicas precisam ser modeladas para que, simultaneamente,

sejam “consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.”

É evidente que, para o alvo deste trabalho, não há como se debruçar, de modo pormenorizado, sobre um conceito historicamente tão amplo como o de democracia. Nesse sentido, ao longo da história, há inúmeras nuances dela, tais como a democracia ateniense, a democracia representativa ou a democracia liberal. Tal restrição de escopo também se aplica ao conceito de justiça, principalmente quando se leva em conta uma obra de referência notável como a de John Rawls. Entretanto, é por meio da abordagem dos referidos conceitos, mesmo de forma restrita, que se objetiva compreender o processo na época pós-moderna.

Diante disso, não é desarrazoado afirmar que a promulgação da Magna Carta de 1215 pelo Rei João Sem-Terra traz o germen para a consolidação das democracias modernas. A Carta de 1215 também influenciou consideravelmente as grandes Declarações de Direitos Inglesas dos séculos XVII e XVIII. Uma delas, de fundamental importância, refere-se ao Bill of Rights (Declaração de Direitos de 1689), elaborada pelo Parlamento britânico para restringir o poder do monarca ao mesmo tempo em que enfraquecia o absolutismo.

Sobre a Magna Carta, o eminente professor Fábio Konder Comparato (2008, p. 80) dispôs que ela reconhece direitos de dois estamentos livres (clero e nobreza), existindo independentemente da vontade do soberano, que, por sua vez, não podia modifica-los. É por esta razão que a referida Carta possui valor não somente histórico, mas também político, porque foi um dos fundamentos na estruturação das democracias atuais. Ela de certa forma limita o poder do monarca tanto por normas provenientes do costume como também de direitos subjetivos dos súditos em geral. Por sua vez, em relação às Declarações de Direitos Inglesas (Petition of Rights, Habeas Corpus Act, Bill of Rights e Establishment Act), Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 49) preceitua o seguinte acerca de sua relevância:

Nesses documentos, os direitos e liberdades reconhecidos aos cidadãos ingleses (tais como o princípio da legalidade penal, a proibição de prisões arbitrárias e o habeas corpus, o direito de petição e uma certa liberdade de expressão) surgem, conforme referiu Vieira de Andrade, como enunciações gerais de direito costumeiro, resultando da progressiva limitação do poder monárquico e da afirmação do Parlamento perante a coroa inglesa.

Um fator de igual importância para consolidar as bases democráticas dos Estados modernos diz respeito à Revolução

Francesa. Com a sua rápida eclosão, na segunda metade do século XVIII (1789), irradiou-se pela Europa a temática da liberdade, igualdade e fraternidade. Para a democracia, a figura dos iluministas foi extremamente importante, pois os filósofos e intelectuais da época se debruçaram sobre a ordem do poder divino a fim de questioná-lo.

Assim sendo, eles defendiam que a ordem social seria passível de modificações, aspecto inimaginável no Antigo Regime, que estabelecia a sociedade em estamentos rígidos. Nas palavras do eminente professor Comparato (2008, p. 135), o movimento revolucionário francês, num primeiro momento, suprimiu, de modo relativo, as desigualdades entre os indivíduos e os grupos sociais como nunca a humanidade havia visto antes. De certa forma, foi o estopim para que o ideal de governo democrático viesse, paulatinamente, sobrepujar o governo despótico, concentrado nas mãos de um soberano.

Tendo em vista as Declarações de Direitos Inglesas e a Revolução Francesa, não menos importante para a consolidação do ideal democrático foi a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América em 1776. Conforme Sarlet (2009, p. 43), as Declarações de Direitos Americanas como, por exemplo, a

Declaração de Direitos da Virgínia, naturalmente incorporaram os direitos e liberdades já assegurados pelas antecessoras inglesas do século XVII.

Ressalte-se também que, segundo Fábio Konder Comparato, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), considerando-se os artigos XXI e XXIX, pode-se inferir que a democracia é o regime político que está plenamente em consonância com a salvaguarda dos direitos humanos. Nesta Declaração Universal ficam patentes dois princípios a serem perseguidos: o democrático e o da dignidade da pessoa humana.

Contudo, é importante levar em consideração a ilustre lição do jurista Pontes de Miranda (2002, p. 2013), quando menciona que “nem todas as democracias são iguais. Democracia não é roupa que se ordene sob medida, ou se adquira feita, para se vestirem os países.” Mas como bem assevera Comparato (2016, p. 644) acerca da democracia, “trata-se de um sistema de exercício de poder que se revelou, desde logo, muito mais eficiente do que todos os demais.”

Atualmente, a democracia é um valor primordial das sociedades contemporâneas ocidentais. Bobbio (2004, p. 109) diz que “a democracia moderna repousa na soberania não do povo, mas dos cidadãos. O povo é uma abstração para

encobrir realidades muito diversas.” Na filosofia política, ela é considerada uma forma de governo como, por exemplo, a monarquia. Em tese, nas democracias a liberdade política é plena, porque o povo apenas se submete às leis, concebidas por um poder político legitimador da ordem jurídica estabelecida. Enquanto regime de governo, há tantas democracias quanto nações que se autodenominam democráticas. Segundo Dalmo de Abreu Dallari (2000, p. 147):

O Estado Democrático moderno nasceu das lutas contra o absolutismo, sobretudo através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana. Daí a grande influência dos jusnaturalistas, como Locke e Rousseau, embora estes não tivessem chegado a propor a adoção de governos democráticos, tendo mesmo Rousseau externado seu descrédito neles.

E o historiador inglês Eric Hobsbawm (1995, p. 139) assevera que a democracia, em si, não funciona plenamente se porventura não houver “um consenso básico entre a maioria dos cidadãos sobre a aceitabilidade de seu Estado e o sistema social, ou pelo menos uma disposição de negociar acordos consensuais.” Uma importante questão, tendo em vista as democracias atuais, diz respeito ao Estado como agente que seja capaz de reconhecer a justiça como valor

fundamental. Entretanto, tanto o conceito de democracia como a noção de justiça mostram-se por demais complexos.

Para Miguel Reale (2002, p. 123), “a justiça em si mesma é medida abstrata, suscetível de aplicação a todas as hipóteses a que se refere.” Nesse sentido, democracia e justiça são valores essenciais da coletividade para os quais se espelham nossos valores individuais. Já Comparato (2016, p. 529) diz, de modo conciso, que a justiça “é uma virtude voltada inteiramente para os outros e não para o próprio sujeito.”

Ressalte-se que as exposições de Miguel Reale e de Fábio Konder Comparato sobre os conceitos de democracia e justiça são mais complexas. Porém, o que se expõe, no presente trabalho, acerca de tais conceitos, é apenas uma visão panorâmica com o intuito de compreender melhor o processo pós-moderno, que deve ser balizado inteiramente pela Constituição Federal de 1988.

Em relação à temática da justiça, o professor Giovani Agostini Saavedra (2006, p. 44-45) traz à tona o pensamento do sociólogo alemão Niklas Luhmann ao afirmar que “o sistema jurídico pretende a si mesmo como justo”. Sendo assim, nenhum tipo de “operação ou estrutura pode se furtar de não manter essa expectativa de justiça”. Em outras palavras, para Luhmann, “o problema da justiça” não reside “na forma

de uma teoria, mas sim na forma de uma norma (propensa à decepção)". Ainda conforme o sociólogo alemão, a ideia de justiça é pensada como "fórmula de contingência" do sistema jurídico que é unicamente "um esquema de busca de fundamentos ou de valores" que não podem obter validade jurídica a não ser na forma de programas.

Assim, sob essa perspectiva, vê-se que o processo nem sempre é justo como deveria ser, sobretudo quando se pretende observá-lo como uma garantia da sociedade em geral. Para Luhmann, "a justiça, no contexto da sociedade moderna, serviria de 'fórmula de contingência' do sistema jurídico, cuja finalidade seria justamente fornecer um controle de consistência às decisões jurídicas." (GONÇALVES, 2013, p. 120). Já para Ronald Dworkin e Amartya Kumar Sen, numa democracia, a justiça é encarada da seguinte forma:

Segundo a ótica de Dworkin a justiça em uma sociedade democrática transcende o caráter meramente formal. A posição de Amartya Kumar Sen é idêntica: a justiça e a liberdade demandam como condição sine qua non a disponibilidade de bens primários, eminentemente instrumentais para os autênticos fins perseguidos pelos homens. (BUENO, 2002, p. 172)

Observando-se, de modo genérico, o conceito de justiça tanto do ponto de vista

jurídico-filosófico quanto do socioeconômico, há problemáticas das mais variadas. Rawls, Dworkin, Luhmann, Amartya Sen, entre outros pensadores contemporâneos, cada um em sua respectiva área de atuação, de certa forma, contribuíram para a análise de um conceito essencial do Estado Democrático de Direito. Portanto, em linhas gerais, vislumbraram-se a democracia e a justiça como alicerces sobre os quais o processo, na atualidade, deve se apoiar.

O processo no pós-modernismo

Para o filósofo Jean-François Lyotard, o pós-modernismo está associado ao surgimento da sociedade pós-industrial, "teorizada por Daniel Bell e Alain Touraine". Nesse contexto, o conhecimento tornou-se parte primordial da força econômica de produção numa sociedade na qual os Estados nacionais perderam, de certa forma, algumas de suas legitimações tradicionais (ANDERSON, 1999, p. 32).

O marco teórico da pós-modernidade é o parâmetro para desconstruir as teorias que consideravam o direito a partir do prisma positivista-evolucionista. Também é a base fundamental para reconstruir uma teoria do processo calcada na cientificidade do direito, e não em sua dogmática estanque.

Dessa maneira, qualquer relação jurídica, discutida em um processo, tanto a que se refira aos indivíduos entre si quanto a estes e o poder estatal, deve ser concebida sob a ótica do Estado Democrático de Direito.

É por isso que a ciência jurídica, na era pós-moderna, calcada em bases de diversos sistemas de explicação do direito, exige a consciência dos povos contra o absolutismo das ideias jurídicas que se engessam no decorrer do tempo. Ou seja, ideias concebidas a partir de teorias destituídas de problematidade, com a finalidade de manter privilégios dominantes pela mitigação da igualdade formal de direitos e defesa dos direitos humanos (LEAL, 2018, p. 26).

Para o historiador inglês Perry Anderson (1999, p. 32), “o traço definidor da condição pós-moderna é a perda da credibilidade das metanarrativas”. Uma delas é a Revolução Francesa, alçando a humanidade a “herói” de sua própria libertação; a outra é o idealismo alemão, enxergando o “espírito” como progressiva revelação da verdade. Tais narrativas foram a justificação mítica da modernidade.

E é justamente no bojo da modernidade que o positivismo lançou suas bases para alicerçar a construção teórica da história, que, por sua vez, deu suporte metodológico para a concepção do direito positivista. Nesse sentido, é importante

perceber os resquícios dos traços evolucionistas na aplicação do direito na sociedade brasileira.

Um erro metodológico comum, na história do direito, certamente diz respeito à ótica evolucionista. Como parte da história do direito, sem levar em consideração o desdém metodológico, o evolucionismo, pela expressa opção teórica de grandes juristas, não deixou de ser propagado no âmbito do discurso jurídico. Um ilustre historiador do direito nacional, Martins Júnior, “filiou-se, por influência de Spencer, como tantos da Escola do Recife, ao evolucionismo”. Dedicou um capítulo específico de sua História do direito nacional “a explicar as leis superiores da evolução do direito”. Ele era concebido, então, como algo estruturado e vivo: nascia, evoluía e morria em determinadas condições (MACIEL E AGUIAR, 2017, p. 34).

Considerando-se, então, a maneira como as possíveis teorias do direito foram engendradas pela concepção do positivismo cientificista, nota-se evidentemente que, de igual modo, as várias teorias do processo concebidas, nesse contexto, também seguiram o mesmo parâmetro. Diante dessa constatação, é esclarecedora a posição do professor Rosemiro Pereira Leal (2018, p. 24), ao apontar que “sem a Crítica, o direito não seria objeto de esclarecimento pela

Ciência Jurídica, mas absurdamente um fenômeno neutro encontrado na coletividade”.

Com efeito, a Ciência Jurídica, construindo-se pela crítica a si mesma imposta [...] é que produziu para si conhecimentos no curso da História, para decodificar os princípios e institutos das realidades jurídicas em movimento, buscando resgatar as dúvidas obscurecidas pela tiranização secular e mítica da ortodoxia do discurso jurídico.

Conforme tal explanação, ao analisar o discurso jurídico, tem-se em apreço a forma como o discurso histórico é disseminado na sociedade, tendo em vista que este contribui para a legitimação daquele. Em outras palavras, os dois discursos se alinham quando se trata de camuflar problematizações que, às vezes, demandam um estudo mais denso do direito inserido em determinada época da história. Por essa razão, é imprescindível destacar o que dizem os historiadores franceses Jacques Le Goff e Pierre Nora (1976, p. 12): “o que obriga a história a se redefinir é, de imediato, a tomada de consciência pelos historiadores do relativismo de sua ciência”. Ela não se refere à incontestabilidade dos historiadores do passado, “providencialistas ou positivistas”, mas, sim, ao resultado de uma situação, de uma história.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor, segue o referencial da pós-modernidade, pelo

menos em tese, pois leva em consideração os princípios norteadores que regem as democracias do mundo ocidental. No entanto, a ruptura do paradigma positivista do direito, levando-se em conta os aspectos históricos da sociedade brasileira, ao que parece não foi adequadamente superada. A busca da “verdade formal” ou da “verdade real” são sintomas de que o devido processo legal, enquanto garantia constitucional, está passível de ser desfigurado pelo formalismo inócuo ou o idealismo inatingível. Nota-se, nitidamente, a presença de aspectos do positivismo jurídico pela busca de uma verdade ora formal, ora real.

Maciel e Aguiar (2017, p. 35) enfatizam “a ideia de continuidade como permanência histórica”, oriunda do evolucionismo, na qual as instituições jurídicas “preservam seu direito”, bem como sua essência, em contextos temporais diferentes. Tal discurso histórico do continuísmo foi assimilado pela Escola Histórica do Direito, visando reconhecer “o espírito do povo manifestado no direito dos povos germânicos, na tradição germano-romana.” A referida Escola, então, caracteriza o direito como “uma manifestação contínua do espírito germânico.”

O discurso do continuísmo, então, dá origem à “perda de independência da história do direito”, alçando o discurso

histórico a mero instrumento de “legitimação do discurso dogmático” sob as lentes do positivismo jurídico, como enfatizam os mesmos autores. Evidentemente, constata-se uma espécie de não alinhamento da teoria do processo aos princípios constitucionais por não encontrar amparo em um paradigma constitucional e pós-moderno do Estado Democrático de Direito, cuja premissa basilar é a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, o processo tem de se adaptar às linhas mestras da Constituição de 1988, primando pelas garantias nela inseridas.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover (1993, p. 281) faz alusão aos estudos do processo constitucional, os quais delinearam nova metodologia para o desenvolvimento de uma teoria geral¹⁰ do processo. É na Constituição, então, que se encontra o eixo comum às várias disciplinas processuais, pois, segundo Grinover, “já tivéramos, no Brasil, um João Mendes Jr. e um José Frederico Marques, como precursores da visão dos grandes princípios comuns ao processo civil e ao penal.”

Assim, a ilustre processualista também enfatiza o seguinte: a renovação da técnica por meio do direito processual constitucional trouxe-nos um interesse novo

pela teoria geral do processo. Sob este prisma, são reunidos “princípios gerais comuns aos vários ramos do direito processual, em uma visão crítica e unitária”, introduzidos ao estudo mais elaborado das distintas disciplinas processuais à luz da Constituição de 1988.

O filósofo da ciência Thomas Kuhn, em sua grande obra sobre as revoluções científicas, discorre com extrema desenvoltura a respeito do que é e quando ocorre uma ruptura de paradigma no âmbito das ciências naturais e humanas. Ele ressalta precisamente que um “novo paradigma implica uma definição nova e mais rígida do campo de estudos” de determinada ciência. Diante disso, os pesquisadores “que não desejam ou não são capazes de acomodar seu trabalho” a tal paradigma, procedem, em suas pesquisas, de modo isolado ou procuram se aproximar de algum outro grupo de uma comunidade científica (KUHN, 2001, p. 39-40).

Nas ciências (embora não em campos como a Medicina, a Tecnologia e o Direito, que têm a sua *raison d'être* numa necessidade social exterior) a criação de jornais especializados, a fundação de sociedades de especialistas e a reivindicação de um lugar nos currículos de estudo, têm geralmente estado associadas

¹⁰ Note-se que, apesar de amplamente disseminada, a expressão “teoria geral” é redundante, tendo em vista que qualquer teoria se propõe a examinar determinado objeto em sua totalidade. Não é cabível

uma “teoria parcial do processo”. Desse modo, o adjetivo geral “serve para qualificar o objeto da teoria”, cf. Didier Jr., Fredie, **Teoria geral do processo, essa desconhecida.**

com o momento em que um grupo aceita pela primeira vez um paradigma único (KUHN, 2001, p. 39-40).

Em vista disso, considera-se relevante uma abordagem do processo não apenas do ponto de vista histórico-positivista. Sob tal perspectiva, a ordenação de fatos lineares são o bastante para alicerçar a escrita de uma história positivista. Contra tal visão, Jacques Le Goff e Pierre Nora (1976, p. 18) afirmam que “na história como em outras disciplinas, uma prática sem teoria leva necessariamente, num momento ou noutro, ao dogmatismo” imutável ou à defesa de um “intemporal”. Assim, o processo deve ser concebido a partir de uma teoria que procure romper com paradigmas científicos ultrapassados.

Conforme bem expressou o historiador inglês Eric Hobsbawm (2000, p. 22), “o passado, é, portanto, uma dimensão permanente da consciência humana, um componente inevitável das instituições, valores e outros padrões da sociedade humana”. A grande questão é analisar a natureza desse “sentido do passado” na sociedade atual, procurando “localizar suas mudanças e transformações” que delineiam, de certa forma, o cenário social, econômico, jurídico e político.

Nesse sentido, o jurista Rosemiro Pereira Leal (2018, p. 48) enfatiza que “o exercício da jurisdição pelo Estado não revela, por si mesmo, a existência do processo”. Até em Estados autocráticos concebe-se o “processo” como “instrumento ou método de atuação da jurisdição”. No entanto, nessas autocracias não há processo nem mesmo como instrumento da atividade jurisdicional, que dirá como “garantia” amparada pelos direitos fundamentais da isonomia, da ampla defesa e do contraditório.

Não procede, como querem Cintra, Grinover e Dinamarco, afirmar, sem explicar, que “a jurisdição se exerce através do processo”, que é, segundo eles, mero instrumento e meio (método usual) do exercício da jurisdição, confundindo, assim, a estruturação do procedimento e a instituição constitucionalizada do processo. O processo, ao contrário da jurisdição, define-se hoje em garantias principiológicas pela reserva legal de direitos antecipadamente assegurados nas Leis Fundamentais (constituições). (LEAL, 2018, p. 48).

Em relação ao marco temporal da modernidade, tanto o positivismo jurídico quanto o direito entendido como sistema de regras foram, paulatinamente, sendo descortinados pela ascensão de um novo paradigma. Na visão do sociólogo português Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 119), “ao direito moderno foi atribuída a tarefa de assegurar a ordem

exigida pelo capitalismo, cujo desenvolvimento ocorrera num clima de caos social que era, em parte, obra sua”. Ainda, segundo o referido sociólogo, “o direito moderno passou, assim, a constituir um nacionalizador de segunda ordem da vida social, um substituto da cientifização da sociedade que só poderia ser fruto da própria ciência moderna”.

O surgimento de ordens jurídicas diversas, bem como formas de poder e de conhecimento, são, para Boaventura Souza Santos, alternativas ao paradigma positivista moderno de direito centrado no Estado. Isso, contudo, não significa um rompimento com o direito estatal, muito pelo contrário, diz respeito a novas configurações de ordens jurídicas em face das formas hegemônicas.

Maciel e Aguiar (2017, p. 50-51) expõem que o papel primordial da história do direito “encontra-se na desnaturalização da permanência ou evolução, em fazer o jurista observar que o direito se relaciona com o seu tempo e contexto”. Para eles, “o direito contemporâneo não é uma nova versão do direito romano ou uma evolução do direito medieval”. Na contemporaneidade, o direito está envolto por um “complexo de relações presentes na sociedade”, modificando-o, transformando-o e revolucionando-o.

Dessa forma, a transição de paradigma que, na visão de Santos (2002, p. 257), “é um período histórico e uma mentalidade”, faz com que se compreenda o processo, no contexto teórico pós-moderno, como sendo o “direito fundamental de eficiência autodeterminativa da comunidade jurídica”. Assim sendo, é imprescindível a adoção de uma teoria processual que contemple o processo, no âmbito do Estado Democrático de Direito, como garantia fundamental em face da jurisdição estatal.

De acordo com Leal (2018, p. 57), “no pós-modernismo, o processo como instituição jurídica não é mais uma nomenclatura de incontornável imprecisão como acreditava Couture”. O professor Rosemiro ainda ressalva as lições de Aroldo Plínio Gonçalves, o qual põe “a teoria do processo como instituição” no bloco das “construções frágeis” e no mesmo perfil anacrônico das teorias do processo como contrato, quase contrato e serviço público.

Na pós-modernidade, o conceito de Processo [...] se infere como conquista teórica da cidadania juridicamente fundamentada em princípios e institutos de proposição discursiva e ampliativa em réplica ao colonialismo dos padrões repressores de “centração psicológica e política” dos chamados Estados-nações hegemônicas (LEAL, 2018, p. 57).

A construção do Estado Democrático de Direito sob o alicerce dos direitos individuais, sociais, coletivos e difusos, concitou a sociedade a aderir à reformulação do direito positivo, à sua interpretação e concretização. A partir dessa perspectiva, José Joaquim Calmon de Passos (1999, p. 22-23) argumenta que o direito “não nos é dado, como são dadas as realidades do mundo físico (orgânico e inorgânico).”

Ele é necessariamente o produto da ação comunicativa dos homens, “um fazer setorial no fazer comunicativo global que é a sociedade.” Assim, para Passos (1999, p. 22-23), o direito “somente é enquanto processo de sua criação ou de sua aplicação no concreto da convivência humana.” Considerando-se como pano de fundo o paradigma da pós-modernidade, bem como a presente necessidade de elaboração de uma teoria processual que viabilize a efetivação dos Direitos Fundamentais nesse novo contexto, ressalte-se a posição do jurista Rosemiro Pereira Leal (2018, p. 57):

“O Estado (Status da processualidade) e o Cidadão já deveriam estar em nível de igualdade institucional pela regência de uma instituição maior, que é hoje a jurisdição constitucional pelo processo”. Por isso, segundo o professor Rosemiro, não se admite, no pós-modernismo, “a existência hierárquica de

instituições jurídicas ou a prevalência de uma sobre as outras no bojo constitucional”. Elas seriam, por assim dizer, como “caixas de ferramentas jurídicas à escolha e a serviço do Estado absoluto” (LEAL, 2018, p. 57).

O eminente jurista ainda ressalta que “a juridificação constitucional das inúmeras instituições, entre as quais o Estado, se dá atualmente por uma articulação normativa horizontalizadora”. Ou seja, para ele, é preciso situar tal problemática (jurisdição e processo) num plano “poliárquico”, e “não autárquico-estatal, hierárquico ou autocrático”, no qual se vislumbra a superioridade de certas instituições sobre outras ou, até mesmo, abrangendo-as (LEAL, 2018, p. 57).

Portanto, levando-se em consideração aspectos gerais de como o processo deve ser visto no contexto da pós-modernidade, mesmo diante da prevalência da Escola Instrumentalista, pode-se abordar questões candentes da Escola Neoinstitucionalista. É justamente desse ponto de contato entre visões diferentes acerca do processo que a discussão científica deve ser fomentada.

Devido processo legal e *lawfare*

Conforme Daniel Araújo Valença e Gustavo Henrique Freire Barbosa (2018, p.

10), “a persecução penal a Luiz Inácio Lula da Silva apresenta elementos que apontam para certa atipicidade no funcionamento do aparato estatal brasileiro.” Os autores desenvolvem um artigo especificamente para tratar do *lawfare*, que, em resumo, refere-se à utilização do aparato judicial, o qual articula-se aos principais veículos de comunicação, para fins de perseguição política.

Sendo assim, este capítulo procura traçar panoramicamente as linhas de força pelas quais a Operação Lava Jato, desencadeada em Curitiba, espetacularizou o devido processo legal sob o pretexto de combater a corrupção no Brasil. O termo espetacularização remete-nos à consagrada lição do jurista italiano Francesco Carnelutti (2015, p. 36), ao expor claramente que “o processo penal é um jogo terrivelmente sério, pois nos tribunais a multidão pode gozar do cruel espetáculo da discórdia.” Mas o espetáculo, às vezes, não se restringe ao processo penal. À guisa de ilustração, segue-se um memorável trecho do historiador holandês Johan Huizinga a respeito de apostas feitas no processo civil inglês:

No direito inglês subsistiram até ao século XIX duas formas de processo civil que tinham o nome de *wager* (aposta): a *wager of battle* (aposta de batalha), mediante a qual se propunha a alguém o duelo judiciário; e a *wager of law* (aposta de lei), na

qual se prometia fazer o “juramento de purga” num certo dia, a fim de atestar inocência. Embora há muito tempo tivessem caído em desuso, estas formas só foram oficialmente abolidas em 1819 e 1833 (HUIZINGA, 2005, p. 95).

O ato paradigmático da chamada Operação Lava Jato foi deflagrar de maneira espetacularizada a *persecutio criminis* contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. O mérito de se discutir os métodos de tal operação está em preservar a força normativa da Carta Magna no que se refere a seus princípios mais elementares, como o da presunção de inocência. Tanto do ponto de vista do direito processual penal quanto do direito processual constitucional, há flagrantes incidentes de agressão a direitos e garantias fundamentais, estampados no artigo 5º da Lei Maior, que foram perpetrados por quem deveria zelar pela ordem jurídica.

Nenhum pretexto, por mais altruísta que seja, justifica a não observância do *due process of law*. Se agentes públicos estão consternados com casos endêmicos de corrupção, a solução evidentemente não é lançar mão da premissa maquiavélica de que “os fins justificam os meios”. Não, eles não justificam, pois como bem ressaltou o eminente jurista italiano Francesco Carnelutti, o processo não deve ser espetáculo para o delírio de multidões.

Com início em um posto de gasolina, de onde surgiu seu nome, a Operação Lava Jato, deflagrada em março de 2014, investiga um grande esquema de lavagem e desvio de dinheiro envolvendo a Petrobras, grandes empreiteiras do país e políticos.¹¹ Em março de 2015, coincidentemente um ano após a deflagração da referida operação, o então juiz da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, Sérgio Moro, publicou um artigo no Jornal O Estado de São Paulo, intitulado “O problema é o processo”. O trecho a seguir dá a dimensão do que seria a praxe de espetacularização de inúmeros processos que passariam pela 13ª Vara Criminal, símbolo da República de Curitiba.

A melhor solução é a de atribuir à sentença condenatória, para crimes graves em concreto, como grandes desvios de dinheiro público, uma eficácia imediata, independente do cabimento de recursos. A proposição não viola a presunção de inocência (MORO, 2015).

Desse posicionamento de Sérgio Moro, infere-se que aquilo que embaraça, que emperra a aplicação da justiça aos casos de corrupção generalizada é justamente o

processo. Grosso modo, é como se encarássemos, por exemplo, a democracia como um problema, tendo em vista que ela, dependendo do período histórico, pode não funcionar como deveria. A posição de Sérgio Moro é um ataque inescusável ao artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, que estabelece: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Em 2015, “Sérgio Moro foi escolhido o grande vencedor do prêmio Faz Diferença do jornal O Globo. Ganhou na principal categoria, a Personalidade do Ano, uma honraria a brasileiros que fizeram coisas notáveis.” (NETTO, 2016). Por outro lado, a Associação Juízes para a Democracia repudiou uma fala do ex-juiz e então Ministro da Justiça ao dizer no Senado que há “normalidade das relações entre magistrados e partes”. Mais especificamente, tal associação reprovou a conduta de Sérgio Moro por considerar “absolutamente normal e muito comum o contato privado de juízes com procuradores para tratar de questões e estratégias processuais.”¹²

Na esteira do juiz ícone da Operação Lava Jato, é preciso expor também o

¹¹ ENTENDA a Operação Lava Jato, da Polícia Federal. **Jornal Folha de S. Paulo**, São Paulo, 14/11/2014. Caderno Política. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1548049-entenda-a-operacao-lava-jato-da-policia-federal.shtml>>. Acesso em: 8 ago. 2019.

¹² ASSOCIAÇÃO Juízes para a Democracia repudia fala de Moro no Senado. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-19/associacao-juizes-democracia-repudia-moro-senado>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

comportamento do procurador federal Deltan Dallagnol diante do *modus operandi* para denunciar o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva em relação ao conhecido caso do Triplex do Guarujá. Não é preciso entrar no mérito da sentença condenatória de primeiro grau para apurar que a condenação do ex-presidente foi fruto de Lawfare. Tal forma de perseguição política ao usar a lei como arma foi reconhecida amplamente por inúmeros juristas nacionais e internacionais.

Para o procurador Deltan Dallagnol, “provas são pedaços da realidade, que geram convicção sobre um determinado fato ou hipótese.”¹³ Foi a missiva justificadora da qual ele se utilizou para expor, empregando o recurso de um *PowerPoint*, que o ex-presidente Lula era o centro nevrálgico de uma associação criminosa. Curiosamente, o procurador deixou de observar um ponto relevante (comportamento correto) de sua regra de ouro descrita em seu livro autobiográfico: “meu pai (...) foi quem me condicionou a ser disciplinado. Particularmente, sempre cobrou três coisas: estudos, trabalho e um comportamento correto.” (DALLAGNOL, 2017, p. 17).

Um dos princípios constitucionais mais desrespeitados no âmbito da operação Lava Jato é, seguramente, o princípio da presunção de inocência, cujo significado nos remete à ideia, de todo singela, de que o acusado só pode ser considerado culpado depois do trânsito em julgado de sentença penal condenatória – em outras palavras, só depois de esgotados todos os recursos processuais. (LULA DA SILVA, 2018, p. 178).

Na famigerada apresentação do *PowerPoint*, o procurador de Curitiba, embasado em sua “convicção”, expõe uma série de chavões impactantes do tipo: “Lula é o grande general que determinou a realização e a continuidade da prática dos crimes”; “Lula é o comandante máximo do esquema de corrupção identificado no petróleo”; “Lula estava no topo da pirâmide do poder”; “Lula é o verdadeiro maestro desta orquestra criminosa”, entre outros.

Durante toda a cobertura midiática e espetacularizada referente ao caso do Triplex, convém lembrar a preciosa lição do jurista Piero Calamandrei (2017, p. 35), o qual diz acertadamente que a “chicana judiciária é a degeneração do processo.” Diante disso não é de admirar tal chicana quando o presidente do TRF-4, desembargador Carlos Eduardo Thompson

¹³ AFINAL, procurador da Lava Jato disse ‘não temos prova, temos convicção’? **G1, Portal de Notícias**, São Paulo, 15/09/2016. Caderno Política. 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: 11 ago. 2019.

Flores Lenz, “criticou a avaliação de juristas que se queixam de Moro ter julgado Lula com base em indícios ao invés de provas. ‘É um equívoco, porque os indícios são provas’.”¹⁴ É de se lamentar tal postura porque o colegiado de segunda instância, do qual participou o referido desembargador, consignou que a sentença de Sérgio Moro se amparava em prova robusta.

Sem embargo do que foi exposto na imprensa nacional, num primeiro momento de afã em relação ao processo midiático e político do qual se tornou vítima o ex-presidente Lula, vários juristas passaram a contestar os métodos da Operação Lava Jato. Inclusive outros denunciados por tal operação também tiveram, em algum momento da “marcha processual”, algum tipo de direito ou garantia acintosamente desrespeitados.

Uma matéria do Jornal Folha de São Paulo menciona esse desrespeito ao devido processo legal, “afirmando que 72 delatores cumprirão pena sem que tenham sido sentenciados por um juiz. Dezenas serão submetidos a penas de prisão domiciliar sem terem sido formalmente investigados ou denunciados.”¹⁵ É lamentável verificar

tal procedimento, sobretudo porque grande parte da mídia e da população “parece” fechar os olhos para uma agressão ao direito de defesa de quem quer que seja. É preciso deixar bem claro que não se deve dar azo à corrupção. Contudo, a pretexto de combatê-la, é inadmissível usar meios anticonstitucionais para alcançar fins altruístas ou nobres perante a sociedade.

O fato é que, passada a celeuma em torno da Operação Lava Jato, com a queda da ex-presidente Dilma e a prisão do ex-presidente Lula, visualizaram-se alguns aspectos intrigantes, tais como: a aproximação entre Sérgio Moro e Deltan Dallagnol para traçar estratégias processuais contra os acusados, o esforço hercúleo para manter Lula fora das eleições presidenciais de 2018 e a ida de Moro para o Ministério da Justiça para fazer parte de um governo cujo presidente exalta claramente a tortura e denigre constantemente os direitos humanos. Apenas por tais aspectos, considerável parte dos juristas brasileiros enxerga que muitas prisões efetuadas pela Lava Jato foram estrategicamente traçadas sob a ótica do *Lawfare*.

¹⁴ TRIPLEX: Sentença de Moro é ‘tecnicamente irrepreensível’, diz presidente do TRF-4. **Jornal O Globo**. Rio de Janeiro, 06/08/2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/triplex-sentenca-de-moro-tecnicamente-irrepreensivel-diz-presidente-do-trf-4-21675452>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

¹⁵ DELATORES da Odebrecht cumprirão pena sem condenação. **Jornal Folha de S. Paulo**. São Paulo, 05/03/2017. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/03/1863736-delatores-da-odebrecht-cumprirao-pena-sem-condenacao.shtml>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

“Em reportagens publicadas pelo portal Brasil de Fato ao longo de cinco anos, juristas criticaram as violações de direitos praticadas pela Lava Jato, que colocam em xeque o Estado Democrático de Direito.” (FERNANDES, 2019). A professora Cláudia Maria Barbosa, pós-doutora pela York University, no Canadá, e titular de Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), disse que o *modus operandi* da Operação Lava Jato ameaça, sobretudo, o artigo 5º da Constituição. O modo de agir da Lava Jato fere também documentos assinados em âmbito internacional. Ser julgado por um juiz imparcial é um direito previsto no artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica (FERNANDES, 2019). Sobre isso, o advogado Sérgio Batalha assevera:

Um processo para estar em consonância com tais princípios pressupõe o julgamento por um juiz imparcial, que analisará os argumentos e as provas das partes, proferindo uma decisão justa. Quando o juiz assume a convicção pela condenação prévia do réu desde o início do processo, ignorando provas e conceitos jurídicos evidentes, tem-se simplesmente uma perseguição

política ou pessoal travestida de processo judicial, uma Lawfare (guerra judicial) no conceito da doutrina norte-americana (PRONER, 2017, p. 431).

No bojo dessa explanação, um manifesto organizado por cerca de 400 advogados chegou a pedir o afastamento de membros da Lava Jato após uma série de conversas divulgadas pelo site The Intercept. Basicamente, os editores desse portal passaram a divulgar, em conjunto com outros veículos de comunicação, um vasto material que implica diretamente os membros da operação de Curitiba e o ex-juiz Sérgio Moro.

Por isso, o manifesto dos advogados afirmava que “a República de Curitiba não passou de uma conspiração política, usando o Judiciário apenas como pano de fundo, quando, na verdade, sempre foi ação política coordenada, sem escrúpulos.” Assinaram o manifesto nomes como Lenio Streck, Celso Antonio Bandeira de Mello e Pedro Serrano.¹⁶

Ressalte-se que a crítica à Operação Lava Jato ou à República de Curitiba funda-se eminentemente a partir da ótica do processo. Como já foi exposto, não há qualquer causa nobre como combater a

¹⁶ CERCA de 400 advogados pedem afastamento de membros da Lava Jato após divulgação de conversas. **Jornal Folha de S. Paulo**, São Paulo, 10/06/2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicaber>

gamo/2019/06/cerca-de-400-advogados-pedem-afastamento-de-membros-da-lava-jato-apos-divulgacao-de-conversas.shtml>. Acesso em: 14 ago. 2019.

corrupção, por exemplo, que justifique a desfiguração do processo como garantia numa sociedade que vive na era pós-moderna. Não há espaço para se conduzir uma operação dessa envergadura, mobilizando agentes de várias instituições (Judiciário, Ministério Público Federal, Polícia Federal, Receita Federal...) sob a batuta de métodos medievais, inquisitivos e punitivistas, sem a observância da Constituição da república.

Resta atentarmos para um ponto extremamente relevante, referente à democracia norte-americana, mas que serve como importante lição a outros países: os políticos norte-americanos “tentam enfraquecer as salvaguardas institucionais de nossa democracia, incluindo tribunais, serviços de inteligência, escritórios e comissões de ética” (LEVITSKY, 2018, p. 13). Tanto o processo quanto a democracia, provisoriamente, saíram enfraquecidos por conta dos meios ilegais utilizados pela Operação Lava Jato para conseguir seu intento.

Portanto, ficou nitidamente claro que, com o *modus operandi* da República de Curitiba, tinha-se em mente apenas o enfraquecimento das salvaguardas institucionais da democracia brasileira para a imposição de uma visão messiânica e, ao mesmo tempo punitivista, para combater a corrupção através de um processo político,

midiático, espetacularizado sem precedentes desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. A esse respeito, o sociólogo Jessé Souza afirmou de modo incisivo:

O conluio entre Rede Globo, à frente da mídia venal, e a Operação Lava Jato conseguiu solapar as bases normativas da vida democrática, banalizando vazamentos ilegais e agredindo criminosamente a presunção de inocência. Quando se ataca o núcleo normativo da democracia e do direito, o que resta é a violência aberta. O êxito deste ataque pode ser medido na atual preferência de muitos, na massa da classe média e nas classes populares, pelo candidato fascista e antidemocrático (SOUZA, 2018, p. 160-161).

Assim, nota-se que é preciso certa parcimônia em manejar o processo penal com uma finalidade que destoe de sua função primordial, ou seja, garantir sob o ponto de vista constitucional princípios da legalidade, da ampla defesa e da presunção de inocência. São princípios caros ao estágio de evolução do processo, no âmbito penal, que não devem sofrer ataques em sua essência, pois fazem parte do “norte civilizador” ao qual aludiu o grande pensador Norbert Elias.

Considerações finais

Democracia, justiça e processo são conceitos extremamente importantes para

nortear determinada sociedade. No caso do Brasil, pode-se dizer, sem dúvida alguma, que tais conceitos são caros aos cidadãos, principalmente quando se vê um passado permeado por golpes e contragolpes ferindo o princípio democrático. Não é preciso retroceder tão longe; basta visualizar como o processo era utilizado no período dos anos de chumbo. Partindo do conceito elementar de justiça (no sentido legal), pode haver ampla defesa de um cidadão em um Estado que se diz democrático apenas por mero formalismo?

Não se pode esquecer do passado para que o arbítrio processual não retorne como nos tempos obscuros da época militar. Mas e o que dizer da Operação Lava Jato? A pretexto de recuperar alguns bilhões de reais das mãos de políticos e empresários corruptos, a referida operação construiu uma narrativa, alicerçada pela mídia, de corrupção total por parte de apenas um espectro político, notadamente o do ex-presidente Lula. Valeu a pena, mesmo tendo contribuído para que algumas empresas “quebrassem” ou entrassem em recuperação judicial? Que processo penal é esse no qual se visualiza o *lawfare*?

Certamente não é o processo da pós-modernidade, desencantado do fetiche positivista no qual o juiz era somente *la bouche de la loi*. Mas, por outro lado, não é razoável ter um processo em que a lei é

aplicada segundo a boca do juiz. Há de prevalecer o bom senso. Bom senso aqui diz respeito a não se enveredar por extremismos: o aplicador mecânico da lei que dispensa os princípios do direito, bem como aquele que aplica demasiadamente os princípios em detrimento do que está estampado nas normas constitucionais.

Assim, o processo pós-moderno está em constante mudança, pois precisa assimilar quaisquer novos direitos ou garantias que surjam, independentemente do clamor popular ou da espetacularização da mídia tradicional. O processo, então, não pode ser tomado como instrumento para que um grupo se sobressaia com discursos demagógicos. A história nos ensina várias lições acerca desse tipo pernicioso de discursos. Isso não quer dizer que não se deva enfrentar o problema da corrupção. O que não é plausível é agredir o processo em seus fundamentos constitucionais a pretexto de uma narrativa qualquer que seduza o povo e o coopte para aceitá-la.

Resta constatar, então, que esta temática do processo como garantia constitucional, no mundo pós-moderno, apresenta um contradiscurso ao modelo instrumentalista. O processo visto como instrumento da jurisdição ainda prevalece entre os juristas mais renomados do país, mas a Escola Neoinstitucionalista traz à tona uma abordagem inovadora de como

considerar o processo. Assim, espera-se que o debate entre tais escolas siga sendo profícuo, a fim de que o direito processual atinja um novo patamar em todos os ramos do direito, tendo como norte a Constituição Federal de 1988.

Referências

ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

AFINAL, procurador da Lava Jato disse ‘não temos prova, temos convicção’? G1, Portal de Notícias, São Paulo, 15/09/2016. Caderno Política. 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: 11 ago. 2019.

ASSOCIAÇÃO Juizes para a Democracia repudia fala de Moro no Senado. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-19/associacao-juizesdemocracia-repudia-moro-senado>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

BARBOSA, Gustavo Henrique Freire; VALENÇA, Daniel Araújo. O fim da política: o Lawfare e o continente latino-americano. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**, vol. 9, 2018. p. 9-22.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUENO, Roberto. Dos critérios de justiça em Dworkin e Rawls. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 40, 2002. p. 171-182.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução de Roger Vinícius da Silva Costa. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

CERCA de 400 advogados pedem afastamento de membros da Lava Jato após divulgação de conversas. Jornal Folha de S. Paulo, São Paulo, 10/06/2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2019/06/cerca-de-400-advogados-pedem-afastamento-de-membros-da-lava-jato-apos-divulgacao-de-conversas.shtml>>. Acesso em: 14 ago. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

DALLAGNOL, Deltan. **A luta contra a corrupção**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017. p. 17.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DELATORES da Odebrecht cumprirão pena sem condenação. **Jornal Folha de S. Paulo**, São Paulo, 05/03/2017. Disponível em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/03/1863736-delatores-da-odebrecht-cumprirao-pena-sem-condenacao.shtml>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

ENTENDA a Operação Lava Jato, da Polícia Federal. **Jornal Folha de S. Paulo**, São Paulo, 14/11/2014. Caderno Política. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1548049-entenda-a-operacao-lava-jato-da-policia-federal.shtml>>. Acesso em: 8 ago. 2019.

FERNANDES, Leonardo. Ilegalidades, abusos e contradições: Lava Jato completa cinco anos. **Brasil de Fato**, 17/03/2019. Disponível em: <<https://www.brasiledefato.com.br/2019/03/17/ilegalidades-abusos-e-contradicoes-lava-jato-completa-cinco-anos-neste-domingo-17/>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais**: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 120.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do direito processual brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da USP**. São Paulo, vol. 88, 1993. p. 273-298.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX: 1914 – 1991. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOBBSAWM, Eric. **Sobre história**. Tradução de Cid Knipel. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 22.

HUIZINGA, Johan. **Homo ludens**: o jogo como elemento da cultura. 5. ed. Tradução de João Paulo Monteiro. São Paulo: Perspectiva, 2005.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LE GOFF, Jacques; NORA, Pierre. **História**: novos problemas. Tradução de Theo Santiago. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1976.

LEVITSKY, Steven. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 13.

LULA DA SILVA, Luiz Inácio. **A verdade vencerá**: o povo sabe por que me condenam. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

MACIEL, José Fabio Rodrigues; AGUIAR, Renan. **História do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**. Campinas: Bookseller, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. **Revista dos Tribunais Online (Revista de Direito Privado)**, São Paulo, v. 56, 2013. p. 11-30.

MORO, Sérgio. O problema é o processo. **Jornal O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 29/03/2015. Caderno Política. Disponível em:

<<https://politica.estadao.com.br/blogs/faust-o-macedo/o-problema-e-o-processo/>>.

Acesso em: 9 ago. 2019.

NETTO, Vladimir. **Lava Jato: o juiz Sérgio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.

NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PASSOS, José Joaquim Calmon. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PRONER, Carol et. Al. **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUSSEAU, Dominique. **Para ser democrática, a justiça deve ser radicalmente refundada**. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/02/26/para-ser-democratica-justica-deve-ser-radicalmente-rfundada/>>. Acesso em: 5 ago. 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. vol. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Editora Cortez, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil, volume 1**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

SOUZA, Jessé. **A classe média no espelho: sua história, seus sonhos e ilusões, sua realidade**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2018. p. 160-161.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.

_____. A frase "faça concurso para juiz" é (e) o que restou do processo penal. Portal Consultor Jurídico, 09/03/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-09/senso-incomum-frase-faca-concurso-juiz-restou-processo-penal>>. Acesso em: 7 ago. 2019.

TRIPLEX: Sentença de Moro é 'tecnicamente irrepreensível', diz presidente do TRF-4. **Jornal O Globo**, Rio de Janeiro, 06/08/2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/triplex-sentenca-de-moro-tecnicamente-irrepreensivel-diz-presidente-do-trf-4-21675452>>. Acesso em: 12 ago. 2019.