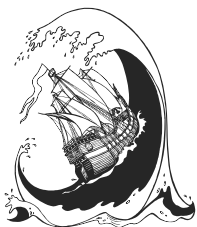


OPERAÇÃO LAVA JATO
E A DEMOCRACIA
BRASILEIRA



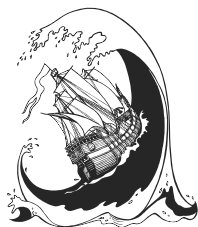
CONIRACORRENTE

FÁBIO KERCHE
JOÃO FERES JÚNIOR

OPERAÇÃO LAVA JATO
E A DEMOCRACIA
BRASILEIRA

São Paulo

2018



CONTRACORRENTE

Copyright © EDITORA CONTRACORRENTE

Rua Dr. Cândido Espinheira, 560 | 3º andar
São Paulo – SP – Brasil | CEP 05004 000
www.editoracontracorrente.com.br
contato@editoracontracorrente.com.br

Editores

Camila Almeida Janela Valim
Gustavo Marinho de Carvalho
Rafael Valim

Conselho Editorial

Alysson Leandro Mascaro
(Universidade de São Paulo – SP)
Augusto Neves Dal Pozzo
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)
Daniel Wunder Hachem
(Universidade Federal do Paraná – UFPR)
Emerson Gabardo
(Universidade Federal do Paraná – UFPR)
Gilberto Bercovici
(Universidade de São Paulo – USP)
Heleno Taveira Torres
(Universidade de São Paulo – USP)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
(Universidade de La Coruña – Espanha)
Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono
(Universidade Nacional de Comahue – Argentina)
Pedro Serrano
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)
Silvio Luís Ferreira da Rocha
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)

Equipe editorial

Carolina Ressurreição (revisão)
Denise Dearo (design gráfico)
Mariela Santos Valim (capa)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Ficha Catalográfica elaborada pela Editora Contracorrente)

K39 KERCHE, Fábio; FERES Júnior, João; et al.
Operação Lava Jato e a democracia brasileira | Fábio Kerche; João Feres Júnior
(coordenadores) – São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

ISBN: 978-85-69220-50-3

Inclui bibliografia

1. Operação Lava Jato. 2. Democracia. 3. Poder Judiciário. 4. Mídia. I. Título.

CDU: 342.7

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

SUMÁRIO

SOBRE OS AUTORES	7
INTRODUÇÃO	11
FÁBIO KERCHE; JOÃO FERES JÚNIOR	
AS CONSEQUÊNCIAS ECONÔMICAS DA LAVA JATO	
LUIZ GONZAGA BELLUZZO.....	21
OPERAÇÃO LAVA JATO, JUDICIÁRIO E DEGRADAÇÃO INSTITUCIONAL	
LEONARDO AVRITZER.....	37
JUDICIÁRIO E CRISE POLÍTICA NO BRASIL HOJE: DO MENSALÃO À LAVA JATO	
FERNANDO FONTAINHA; AMANDA EVELYN CAVALCANTI DE LIMA.....	53
O MINISTÉRIO PÚBLICO NA OPERAÇÃO LAVA JATO: COMO ELES CHEGARAM ATÉ AQUI?	
FABIO KERCHE; MARJORIE MARONA	69
OS IMPACTOS DA OPERAÇÃO LAVA JATO NA POLÍCIA FEDERAL BRASILEIRA	
RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO; LUCAS E SILVA BATISTA PILAU	101
O IMPACTO DA OPERAÇÃO LAVA JATO NA ATIVIDADE DO CONGRESSO NACIONAL	
MARIA DO SOCORRO SOUSA BRAGA; FLÁVIO CONTRERA; PRISCILLA LEINE CASSOTTA.....	137

A LAVA JATO E A MÍDIA

JOÃO FERES JÚNIOR; EDUARDO BARBABELA; NATASHA BACHINI..... 199

LAVA JATO: ESCÂNDALO POLÍTICO E OPINIÃO PÚBLICA

ÉRICA ANITA BAPTISTA; HELCIMARA DE SOUZA TELLES 229

JUDICIÁRIO E CRISE POLÍTICA NO BRASIL HOJE: DO MENSALÃO À LAVA JATO

FERNANDO FONTAINHA

AMANDA EVELYN CAVALCANTI DE LIMA

INTRODUÇÃO

A mudança de governo marcada pelo *impeachment* de Dilma Rousseff em 2016 pôs fim a mais de dez anos de presidência da república do Partido dos Trabalhadores no Brasil. Desde o escândalo político conhecido como “Mensalão”, o combate à corrupção tornou-se uma bandeira em torno da qual se juntam interesses de forças judiciárias, políticas e midiáticas e serviu de mote para o enfraquecimento da coalização que mantinha o PT no poder. Ainda assim, o “Mensalão” não impediu a reeleição de Lula em 2006. Seu julgamento no Supremo Tribunal Federal – que teve como resultado a prisão de várias lideranças do PT – não impediu Lula de eleger sua sucessora em 2010. Embora com resultado pouco favorável, o escândalo do “Petrolão” não impediu a reeleição de Rouseff em 2014. No entanto, seu governo não resistiu à dita “operação Lava Jato”, cujos processos tramitam, em parte, na 13^a Vara Criminal da Justiça Federal de Curitiba, na vara especializada em crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e presidida pelo juiz federal

Sérgio Moro. No Supremo Tribunal Federal, o processo é relatado pelo Ministro Luiz Edson Fachin¹, uma vez que certos réus possuem foro privilegiado.

É preciso tornar evidente que o afastamento efetivo da presidenta Dilma Rousseff não se deu por uma decisão judicial. A corrosão das bases parlamentares do governo fez com que ela perdesse, por maioria absoluta, duas votações estratégicas: uma na Câmara dos Deputados (abril de 2016), e outra no Senado Federal (agosto de 2016). O pretexto para seu pedido de *impeachment* tampouco diz respeito ao escândalo dito do “Petrolão”. Foram invocadas, à título da prática de crime de responsabilidade, operações de crédito supostamente não autorizadas pelo parlamento. Aos julgamentos políticos de Dilma, tanto na câmara como no senado, não faltaram juristas dos dois lados como protagonistas da construção argumentativa, pró e contra o governo. Ainda assim, foi o enquadramento jurídico da prática de crime de responsabilidade o pilar narrativo para a defesa política de Dilma: “*impeachment* sem crime de responsabilidade é golpe”.

O processo de *impeachment* alçou o envolvimento de corporações jurídicas e jornalísticas nos processos políticos ao patamar de problema público. A principal questão parece ser a pouca *accountability* que tanto corporações jurídicas quanto as jornalísticas possuem já que o controle democrático exercido sobre elas é pouco ou nenhum. O objetivo deste artigo é demonstrar como novos incidentes jurídico-políticos têm se posto em marcha, articulando tribunais e grande imprensa, com duas lógicas paralelas, mas que se ratificam mutuamente: (1) decisões em processos individuais catalisadoras de profundo impacto político e (2) a postulação de uma autonomia relativa destas decisões “jurídicas” em relação ao “político”.

Entende-se aqui por *incidentes político-jurídicos* certos atos praticados por profissionais do Direito, combinando elementos intra e extra técnico-

¹ O Ministro Luiz Edson Fachin tornou-se responsável pelos processos que envolviam a Lava Jato depois da morte do Ministro Teori Zavascki, devida a um acidente aéreo em janeiro de 2017.

JUDICIÁRIO E CRISE POLÍTICA NO BRASIL HOJE: DO MENSALÃO...

processuais. Nosso argumento é o de que a *análise incidental* – focada nestes atos-momento – pode fornecer bases empíricas frutíferas para uma sociologia política do papel do sistema de justiça na atual crise brasileira. Podem ser citados entre esses incidentes o instituto da colaboração premiada combinado com vazamentos à imprensa, a condução coercitiva combinada com a mediação do cumprimento dos mandados, ou o oferecimento de denúncia criminal combinada com coletiva de imprensa. Esses dispositivos são político-jurídicos pois, ainda que institutos processuais em sua maioria, têm sido utilizados em associação a ações de cunho claramente político e em processos que envolvem escândalos políticos. Sua utilização é também evidência daquilo que se chamará aqui de “parábola judiciária brasileira”, que nada mais é que a expressão da convergência de variáveis sociais, políticas e históricas na produção de atores e instituições jurídicas radicalmente motivadas.

A parábola judiciária brasileira é inspirada na “parábola judiciária italiana” formulada por Antoine Vauchez² e que vai de 1960 a 2000 e tem sua expressão mais acabada entre 1992 – início da “Mãos Limpas” – e 2002 – aniversário de 10 anos da operação. A “Mãos Limpas” tornou mais evidente a existência de uma versão unificadora do corpo jurídico que elevou ao patamar de problema público o relacionamento antes existente entre Direito e Política na Itália³.

O marco inicial da parábola judiciária brasileira foi o uso da chamada “teoria do domínio do fato” no escândalo do “Mensalão”, incidente jurídico-político de notável impacto no cenário político brasileiro. Inovação trazida por Joaquim Barbosa, então ministro do Supremo Tribunal Federal e relator do caso, esta teoria fundamentou a prisão de várias lideranças do PT com base na presunção de que, pela posição que ocupavam, comandavam importantes esquemas de distribuição de propinas a parlamentares da base aliada. Neste artigo,

² VAUCHEZ, A. *L'institution judiciaire remotivée: Le processus d'institutionnalisation d'une "nouvelle justice" en Italie (1960-2000)*. Paris: LGDJ, 2004.

³ VAUCHEZ, A. “Justice et politique. Quelques leçons tirées de la ‘parabole judiciaire’ italienne”. *Pouvoirs*, n. 103, pp. 93–104, 2002; *L'institution judiciaire remotivée: Le processus d'institutionnalisation*

trataremos também de outros dois incidentes jurídico-políticos, desenvolvidos por outros dois atores. Primeiro, Sérgio Moro, juiz responsável pela operação dita “Lava Jato”, e pela combinação estratégica da prisão preventiva, da delação premiada, e de divulgação de elementos do processo para a imprensa. Em segundo lugar, Gilmar Mendes, ministro do Supremo Tribunal, relator do pedido de anulação da nomeação de Lula como Ministro do governo Dilma, e autor da “técnica” da conferência de imprensa, bem como da tese do “desvio de finalidade”.

Daremos estes três exemplos para, em seguida, refletir como as ciências sociais estão ainda muito atrás da complexidade do fenômeno representado pelo papel dos juristas na atual crise política. Todos estes dispositivos jurídico-políticos convergem ao afirmar a tradição inquisitorial e reivindicar um direito repressivo, em nome do combate à corrupção e da moralidade pública. A reconstrução de agendas de pesquisa urge no nosso campo de estudos. A atual crise representa que os paradigmas sobre os quais temos nos debruçado nos últimos 30 anos se romperam? Ou, por outro lado, explicita dimensões mais profundas do nosso objeto de pesquisa, até então desconhecidas por nós? Apegados à segunda hipótese, seguimos.

JOAQUIM BARBOSA E A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Antes de propor uma análise dos três usos de incidentes político-jurídicos, será feita uma breve introdução sobre as expectativas que cercam os trabalhos dos profissionais do Direito. Esta introdução visa mapear possibilidades interpretativas da parábola judiciária brasileira que se inicia no Mensalão e tem sua versão mais acabada na Lava Jato.

Diante do profundo quadro de crise que vivemos, é comum que essas expectativas cresçam. Elas são resultado de duas construções normativas sobre o sistema de justiça. Uma primeira diz respeito à concepção de que os membros do mundo do Direito são seres afastados das paixões e contingências típicas da luta política. Nesta visão, espera-se que a orientação de suas decisões se restrinja às leis, que teriam uma interpretação uniforme e justa. As leis, então, não sofreriam influência das contingências, assim como os seus profissionais. Elas não possuiriam existência fora dos livros. Essa construção normativa refletiu-se, entre outras coisas, na restrição legal do exercício da

JUDICIÁRIO E CRISE POLÍTICA NO BRASIL HOJE: DO MENSALÃO...

política por magistrados. Eles não podem ser filiados a partidos políticos, não podem se sindicalizar e também não podem dar declarações públicas sobre processos sob sua responsabilidade. Estas regras visam proteger os cidadãos e garantir a maior objetividade possível no exercício da justiça.

A segunda construção normativa é aquela que dilata a importância das contingências no trabalho dos profissionais da justiça. As decisões e as leis não podem ser estáticas, mas devem ser adaptadas às situações e buscar especialmente atender às demandas por justiça, independentemente daquilo que está já positivado nos códigos. Nesta visão, os profissionais da justiça precisam ser sensíveis aos contextos e buscar com suas ações aproximar a sociedade de um ideal de justiça que não está, ainda, nos livros. Esta visão se expressa através de um catecismo judiciário que se desenvolve a partir das ideias de ativismo profissional e que parecem ter como resultados tanto teorias alternativas do Direito quanto o uso pouco ortodoxo de institutos processuais em casos que envolvem escândalos políticos⁴.

Nesse sentido, a dita “Lava Jato” deveria ir além da punição dos eventuais culpados em um caso de corrupção. Ela deveria fornecer à sociedade a radiografia fina de práticas que comprometem nossas instituições. Com base nela, poderíamos ter a chance de conhecer a chave para transformar diversos aspectos da nossa sociedade. Ambos os níveis de expectativas podem parecer evidentes e condizentes com a organização do nosso sistema de justiça, mas nos parecem ideais inalcançáveis e que ignoram diversos aspectos sobre o Poder Judiciário que o desenvolvimento de uma Sociologia Política do Direito tem tentado tornar evidentes, quais sejam 1) a relação entre as elites jurídicas e políticas, 2) dinâmica e atuação das corporações de juristas e 3) usos e mobilizações políticas do Direito⁵. Espera-se, a partir da análise dos incidentes político-jurídicos, evidenciar

⁴ ENGELMANN, F. “Julgar a política, condenar a democracia? Justiça e crise política no Brasil”. *Conjuntura Austral*, vol. 7, pp. 09-16, 2016; VAUCHEZ, A. *L'institution judiciaire remotivée: Le processus d'institutionnalisation d'une "nouvelle justice" en Italie (1960-2000)*. Paris: LGDJ, 2004.

⁵ FONTAINHA, F. C.; OLIVEIRA, F. L.; VERONESE, A. “Por uma Sociologia Política do Direito no Brasil”. *Contemporânea: revista de sociologia da UFSCar*, vol. 5, pp. 29-47, 2017

como as fronteiras entre responsabilidades profissionais e compromissos políticos tornam-se ambivalentes em casos que envolvem políticos.

O primeiro incidente aqui analisado é o uso da Teoria do Domínio do Fato no caso “Mensalão” pelo relator do processo, Joaquim Barbosa. Conforme já explicado, esta teoria fundamentou a prisão de várias lideranças do PT acusadas no processo porque permite a interpretação de que, pela posição que tinham na organização partidária, ocupavam também posição privilegiada no esquema de distribuição de propinas que visava manter o apoio de parlamentares ao governo, sendo razoável a presunção de que sabiam e ao menos endossavam o esquema.

O uso da teoria gerou intenso debate já que foi utilizada pela primeira vez no ordenamento pátrio em um escândalo que envolvia políticos que faziam parte do partido que estava no poder. Na denúncia, o uso da teoria é sugerido pelas expressões “domínio funcional” e “domínio dos destinos”. Na relatoria apresentada por Joaquim Barbosa, há a citação “domínio do fato”, mas não há uma elaboração teórica sobre como a teoria se aplicaria ao caso. A teoria é mobilizada muito mais nos debates no plenário do Supremo que nos documentos relacionados ao caso. Depois do julgamento, a aplicação da teoria foi alvo de críticas, inclusive de um de seus aperfeiçoadores, o jurista alemão Claus Roxin.⁶

Na sua crítica, Roxin mobiliza o que chama de publicidade opressiva do julgamento, que seria o excesso de publicidade dada ao caso. Isso faria com que o caso mobilizasse a opinião pública⁷, isto é, que o Mensalão deixasse de ser um problema essencialmente jurídico e passasse a ser um problema público. Dessa maneira, a aplicação da teoria do domínio do fato inaugura o que aqui chamamos de parábola judiciária brasileira, caracterizada pelo uso de incidentes políticos-jurídicos, por inovações processuais e ampla publicidade dos processos judiciais que envolvem escândalos políticos. A

⁶ Participação no comando de esquema tem de ser provada. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/77459-participacao-no-comando-de-esquema-tem-de-ser-provada.shtml>. Acesso em: 12 dez 2017.

⁷ Marcelo Odebrecht, um dos investigados da Lava Jato, também afirmou estar sofrendo com publicidade opressiva em carta escrita para o juiz Sérgio Moro. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/marcelo-odebrecht-contesta-Lava-Jato-e-diz-ser-alvo-de-publicidade-opressiva/>. Acesso em: 12 dez 2017.

parábola encontra na Lava Jato sua versão mais acabada e por isso, seguimos a dois exemplos de incidentes relacionados a ela.

SÉRGIO MORO E O LEVANTAMENTO DE SIGILO

Na parábola judiciária brasileira, todas as expectativas relativas ao Poder Judiciário recaíram, entre outros, sobre Sérgio Moro. Enquanto titular da 13ª Vara Criminal de Curitiba e, portanto, julgador de parte dos processos da Lava Jato, suas ações são consideradas de interesse público e seguidas com atenção, recebendo tanto apoio quanto críticas. Ele é, provavelmente, o brasileiro que mais teve em suas mãos concentrada a oportunidade de elevar a versão do combate à corrupção e da moralização da política à posição imagem dominante do judiciário. Sua atuação poderia também ajudar a desnudar o conjunto de práticas ilegais que parecem balizar as relações entre o poder público e empresas privadas há muito tempo.

Sérgio Moro, num primeiro olhar, parecia um juiz aguerrido, enérgico e criativo. A principal inspiração de seu trabalho na Lava Jato é a operação italiana “Mãos Limpas”, que investigou esquemas de propinas em Milão nos anos 1990. A “Mãos Limpas” influencia o juiz em dois sentidos. O primeiro tem relação com uma visão de boa vida que busca afastar a corrupção da sociedade. O dever moral deste afastamento recai sobre os operadores da justiça, que buscam o apoio da sociedade para realizá-lo. O segundo sentido é o de efetivar o que a “Mãos Limpas” não conseguiu, ou seja, o constrangimento dos poderes legislativo e executivo, impedindo-os de diminuir as prerrogativas dos membros do judiciário. Realizados esses dois sentidos, haveria um efeito pedagógico do processo que impediria que a sociedade reconduzisse ao poder aqueles que fossem corruptos.

Ainda que a sociedade faça parte do processo, o protagonismo é do juiz. É o ele que deve ser sensível à “voz das ruas” e, para atender aos seus pedidos, pode ser criativo. Criatividade esta que é demonstrada no caso de Moro na adoção do que aqui chamamos de incidentes político-jurídicos. Entre eles, a homologação dos acordos de delações premiadas, a autorização para conduções coercitivas, a emissão de notas públicas enaltecidas e as manifestações pessoais nos processos.

A questão que se coloca é a existência de um limite entre a sensibilidade do juiz e sua atenção aos clamores públicos e a possibilidade

de erro judiciário. Embora remédios pouco ortodoxos possam ter efeitos iniciais interessantes, podem também ter como resultado nulidades no processo criminal que, nas suas fases superiores, tragam a absolvição de corruptos, uma vez comprometida a instrução criminal.

O levantamento do sigilo de uma conversa entre os ex-presidentes Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff em 16 de março de 2016 foi o episódio da Lava Jato até o momento que fez com que o limite exposto acima ficasse ainda mais nebuloso. Após o levantamento do sigilo, o áudio da conversa, em que Dilma convoca Lula para assumir um ministério no seu governo, foi divulgado por diversos veículos da grande imprensa brasileira, junto com a justificativa de Moro. Ele afirmou que era importante que o povo brasileiro tivesse conhecimento do que “a classe política faz nas sombras”. Sua “tese” era a de que a nomeação de Lula o imunizaria do julgamento na primeira instância, uma vez que transferiria a competência criminal para o Supremo Tribunal.

O levantamento do sigilo agravou ainda mais a crise que vivia o ~~governo federal~~ e fortaleceu o movimento pelo *impeachment* de Dilma. Se Sérgio Moro cometeu crime ao divulgar trechos de conversas telefônicas fora do escopo de sua própria competência, constitui controvérsia ainda não resolvida, ainda que sua postura tenha sido questionada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Conselho Nacional de Justiça. No entanto, ainda que a ação de Moro tenha sido jurídica, sua consequência foi política e de grande impacto. O que causa estranhamento é também a justificativa dada. Ela não é essencialmente jurídica, mas se refere ao ideal de que o juiz possui autoridade moral para decidir o que deve ou não ser de conhecimento da sociedade, independentemente das consequências possíveis e enquadramentos legais.

Essa justificativa desloca do político – aqui no sentido mais abrangente de *público* – para o jurídico a autoridade moral sobre o que deve ser a boa vida. Uma autoridade moral que seria exercida com pouco ou nenhuma *accountability*, essencial até mesmo nos conceitos mais minimalistas de democracia. Mas não é só na primeira instância que incidentes político-jurídicos têm sido colocados em ação. As ações de Gilmar Mendes também foram questionadas por apoiadores e críticos da Lava Jato, como se verá a seguir.

GILMAR MENDES E O DESVIO DE FINALIDADE POLÍTICA

Nos dias 13 de março e 20 de março de 2016, manifestações a favor e contra o governo, aconteceram em todo o Brasil. A polarização era evidente, não havia consenso nas ruas, mas o exercício coletivo da liberdade de expressão foi garantido. Entre elas, ocorreram outros eventos dignos de nota. O levantamento do sigilo da conversa entre Dilma e Lula no dia 16 de março, sua publicização, e a concessão de uma liminar anulando a nomeação de Lula para o posto de Ministro Chefe da Casa Civil no dia 18 de março de 2016, concedida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes. A consequência imediata desse ato foi a devolução da competência para julgar Lula a Sérgio Moro.

É inquestionável a competência de Gilmar Mendes no que toca a concessão da liminar, medida que a lei processual brasileira prevê para casos onde (1) não haja controvérsia jurídica relevante e (2) a demora no cumprimento da decisão possa comprometer o julgamento final. Evidenciamos então a enorme responsabilidade do Ministro na ação, sobretudo em matéria penal. A liminar foi dada monocraticamente, ou seja, somente por Gilmar Mendes, e só seria julgada pelo plenário em duas semanas. Até lá, vigeu a decisão de Gilmar Mendes. Posteriormente, como sabemos, o plenário confirmou sua decisão liminar que, com a destituição de Dilma, perdeu o objeto.

A decisão de Gilmar pôs fim à guerra de liminares dadas ou negadas em ações populares em todo o Brasil, por juízes de primeira instância, cassadas posteriormente pelos Tribunais Regionais Federais. O caso mais emblemático foi a liminar do juiz federal do Distrito Federal, Catta Preta, cassada pela instância superior por carência de imparcialidade do magistrado. Para evitar controvérsia, Gilmar Mendes poderia ter aguardado o julgamento colegiado do STF, mas preferiu agir monocraticamente.

Gilmar Mendes fez isso porque possui notórias ligações com o PSDB, partido de oposição ao governo de Dilma, e com o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, que o indicou ao STF? Não. Dias Toffoli, outro ministro do STF, possui ligações similares com o PT e Lula, que

o indicou. Marco Aurélio, um terceiro ministro, é primo do ex-presidente Collor, que o indicou. Este é o sistema constitucional de composição do STF. No nosso sistema, o Presidente da República indica e o Senado confirma.

Mas como a constituição protege os cidadãos de um tribunal composto em sua maioria por magistrados indicados por governos de um partido, especialmente cidadãos que não são membros desse partido? Justamente desenhando uma corte que é ao mesmo tempo política e jurídica. Concedendo aos seus integrantes enorme poder político, mas a eles impondo as obrigações funcionais típicas de um juiz. Aqui cito apenas duas das mais importantes: o dever de reserva e o dever de fundamentação.

Por dever de reserva se entende que a decisão judicial somente possui validade se proferida sem prejulgamento. Por isto os juízes são proibidos de julgar seus parentes e amigos. Os juízes são igualmente vedados de se manifestar publicamente sobre casos concretos sob sua responsabilidade, ou que possam vir a ser julgados por eles. Isto apenas não impede que Mendes julgue como um opositor, ou que Toffoli julgue como um governista. Mas impediria que eles julgassem controvérsias de fundo político sobre as quais tenham se manifestado anteriormente. Para qualquer juiz, se trata de uma obrigação funcional. Para os ministros do STF, trata-se também de tentar evitar a associação de suas ações com interesses políticos específicos.

Ao lado do dever de reserva, temos o dever de fundamentação. Isto significa que a decisão de um juiz só é válida se fundamentada juridicamente. Isto protege o cidadão ao impor ônus importante ao juiz que queira, com sua decisão, beneficiar um lado da luta política: só pode fazê-lo se houver suporte jurídico para tanto. Esta obrigação não pesa sobre políticos, mas pesa sobre Mendes e todos os demais juízes brasileiros. No entanto, para todos os demais juízes brasileiros, se trata de uma obrigação funcional. Para Gilmar Mendes e os demais Ministros do Supremo, operadores jurídicos e políticos, se trata igualmente de tentar evitar a associação de suas ações com interesses políticos específicos.

Mendes rompeu seu dever de fundamentação? Não. Sua liminar de 18 de março é juridicamente fundamentada. Ainda assim, é possível

JUDICIÁRIO E CRISE POLÍTICA NO BRASIL HOJE: DO MENSALÃO...

a qualquer cidadão brasileiro discordar da fundamentação, mas não reformar a liminar. A reforma é dever do STF, que só se reuniu tempos depois. É o tempo da justiça. Tempo este que deveria ter sido respeitado por Mendes. Os dois pontos essenciais da fundamentação sua decisão são: (1) afirmar a desnecessidade de avaliação da legalidade das escutas de Sérgio Moro e (2) considerar pronunciamentos públicos de Dilma após a veiculação das escutas como confissão de culpa.

Nosso ponto: sobre dois temas no mínimo muito controversos, não pode a fumaça do bom Direito ter pairado no gabinete de Gilmar Mendes. Por fumaça do bom Direito (do brocardo latino *fumus boni iuris*) se entende o sinal, a aparência de incontestável questão jurídica, um dos requisitos da antecipação dos efeitos de uma decisão judicial. Isto somente pode se dar em casos excepcionais, pois em regra se deve obedecer a princípios como o da ampla defesa, o do contraditório e o do devido processo legal. No caso em tela, Mendes não ouviu a defesa de Dilma.

Aqui não é tão grave o conteúdo da fundamentação de Mendes, mas suas consequências. O instrumento utilizado, a liminar, tinha efeitos imediatos e sua contestação pelo plenário, ocorreria tempos depois. Além do *timing*, há ainda que se falar do dever de reserva.

No dia 16 de março, dois dias antes da concessão da liminar, Mendes concedeu entrevista coletiva opinando pela falta de juridicidade da nomeação de Lula, comparando-a à nomeação de um empreiteiro preso para um ministério. Mesmo tendo explicitamente antecipado seu julgamento, não se deu por suspeito e concedeu a liminar. Se Mendes fosse membro do parlamento e não tivesse que obedecer ao dever de reserva, não haveria qualquer problema em sua ação, mas não é o caso. O incidente jurídico-político que permitiu a ele se manifestar publicamente sobre caso que depois efetivamente julgou é complexo, mas não é de toda uma inovação.

Há tempos que o Supremo brasileiro vem redefinindo a publicidade de seus julgados. Por aqui, não apenas os ministros deliberam publicamente, como suas falas são televisionadas em canal aberto, muitas carregadas em sites de mídia como o YouTube. Assim, basta que, durante

o julgamento de um outro caso qualquer, um ministro se manifeste sobre questão conexa, mas que diga respeito a assunto de grande repercussão no momento. Feito isto, está construído o equivalente funcional da “fala nos autos” do processo. Ato contínuo, esta fala pode ser reproduzida publicamente. Formalmente está resolvido o problema da ruptura do dever funcional. E, formalmente, os problemas político-jurídicos vão se resolvendo e se complicando ao mesmo tempo.

CONCLUSÃO: O JULGAMENTO DE LULA E O DIREITO BRASILEIRO

No curto prazo, em primeiro lugar, o julgamento de Lula é uma catástrofe sem precedentes na história política brasileira. Isto porque uma de suas principais consequências é impedir uma possível vitória eleitoral de Lula em 2018. Por outro lado, é igualmente catastrófica pois outra de suas principais consequências é impedir uma possível derrota eleitoral de Lula em 2018. Meu ponto é que no curto prazo é grande o risco de o eleitor brasileiro, legítimo julgador da política, seja usurpado de seu direito soberano de julgar Lula.

No curto prazo, em segundo lugar, o julgamento de Lula é uma catástrofe sem precedentes na história política brasileira. Isto porque importa na persistência de uma narrativa da corrupção no Brasil onde agentes públicos achacam empreendedores, deixando-os sem alternativa no seu fito de contratar com a administração pública. Fica, num curto prazo, enterrada a possibilidade de se compreender a corrupção no Brasil como a narrativa segundo a qual a formação dos grandes cartéis corporativos passa por sofisticadas formas de cooptação dos agentes políticos. Ou, até, uma complexa trama de cooperação entre ambos. Com ela fica também enterrada a possibilidade de incremento compreensivo acerca da corrupção, e comprometidas as práticas de combate a ela.

No curto prazo, em terceiro lugar, o julgamento de Lula é uma catástrofe sem precedentes na história política brasileira. Isto porque fica validada a versão de “faxineiro moral” que têm reivindicado para si boa parte do sistema de justiça brasileiro, de forma mais organizada desde o julgamento do mensalão. Consagra-se o estado policial vitorioso na sua

JUDICIÁRIO E CRISE POLÍTICA NO BRASIL HOJE: DO MENSALÃO...

luta contra o estado garantista. Que fique claro que não se trata de uma disputa doutrinária ou ideológica entre acadêmicos criminalistas. Se trata aqui de, ancorada na ideologia de combate à corrupção, legitimação de novas práticas jurídico-políticas, nocivas ao casamento da democracia com o estado de direito. Práticas como o uso polêmico da teoria do domínio do fato, a combinação da prisão preventiva com a delação premiada, os vazamentos seletivos de material probante, a espetacularização das operações de cumprimento de mandados, as coletivas e notas à imprensa, os descompensados *posts* em redes sociais.

No curto prazo, por fim – e por ora –, o julgamento de Lula é uma catástrofe sem precedentes na história política brasileira. Isto porque valida uma relação que se vem construindo entre o sistema de justiça e os poderes Legislativo e Executivo: a troca de vantagens de curto prazo (4 anos de mandato) por vantagens de longo prazo (o tempo de uma carreira). Se de um lado se investe na domesticação de corporações de burocratas do sistema de justiça, dando-lhes autonomia em sacrifício à independência, de outro se acumulou um rol de ganhos financeiros e um repertório de privilégios sem paralelo no ocidente, mediante sofisticadas arquiteturas de lobby político corporativo.

Entretanto, o curto prazo é lugar reservado à esta nova geração que pede passagem. E vai passar. Os heróis de ocasião do sistema de justiça, como Protógenes, De Sanctis ou Joaquim Barbosa, serão elevados e depois esquecidos pela grande imprensa, como os *hits* de carnaval ano após ano. É num outro prazo, mais alargado, que podem ser feitas projeções um pouco mais significativas.

No prazo mais alargado, está colocada a perspectiva de uma pedagogia política de desencantamento com as potencialidades interventivas do sistema de justiça. O paroxismo das ideias de judicialização e ativismo judicial já foi devidamente recebido e tratado pelos pesquisadores da área. O sistema político também já está alerta. Quero aqui exprimir que o julgamento de Lula pode ser a síntese da experiência que vem fazendo a cidadania com o sistema de justiça pós-88. Ele sintetiza intervenções no mercado, na política, na vida cotidiana, nas políticas públicas, práticas de governança e até orçamentos públicos.

Está colocado o início deste processo de desencantamento, de forma mais generalizada e capilarizada.

No que toca mais especificamente a relação entre os sistemas político e de justiça, o julgamento de Lula encerra um processo que teve início com a prática de acesso sistemático ao judiciário, por parte do PT, como instrumento de oposição institucional ao então governo FHC. A constatação de que o sistema de justiça – sobretudo o STF – significava catalisador de força política gerou a especialização de agentes político-jurídicos. Proliferaram as assessorias jurídicas de partidos, sindicatos, movimentos sociais e empresas, com capilaridade nas faculdades de Direito e nas próprias corporações. A experiência seguinte, já com o PT no governo, movida pela anterior, foi a de incrementar significativamente os ganhos financeiros, privilégios corporativos, capacidades institucionais e a autonomia do sistema de justiça, chegando-se a abrir mão da prerrogativa presidencial, disposta na Constituição, de nomeação do procurador Geral da República.

Assim, o julgamento de Lula encerra este ciclo relacional com a lição de que todos os favores vindos do sistema político em direção ao sistema de justiça não produziram equilíbrio e harmonia republicana, e muito menos cooptação ou domesticação de um exército de burocratas voluntaristas, que se coloca agora como a hiper alimentada serpente que devora seu criador. Recentes sinais vindos desta nova configuração política (mas também da própria grande imprensa) apontam uma nova estratégia, oposta. Recentes cortes orçamentários, ataques públicos ao auxílio moradia (e outros ditos “penduricalhos” remuneratórios) e a nomeação de Raquel Dodge (desde o governo FHC a única PGR nomeada que não encabeçou a consulta interna do Ministério Público) apontam nessa direção.

O julgamento de Lula também estabelece marco transitório nas relações entre elites jurídicas e econômicas, porque permite o estranhamento público de determinadas opções do sistema de justiça que não podem mais ser justificadas simplesmente pela tensão entre compromissos políticos e responsabilidades profissionais. Em primeiro lugar, pela opção de ancorar o combate à corrupção em operações

JUDICIÁRIO E CRISE POLÍTICA NO BRASIL HOJE: DO MENSALÃO...

envolvendo uma empresa pública específica, a Petrobras, bem como um setor específico da economia, o da infraestrutura. Só este fato já coloca o sistema de justiça fora do escopo dos agentes potencialmente capazes de impactar as relações público-privadas num sentido oposto ao da corrupção, por não ter focado seus esforços na categorização jurídica de um padrão repreensível de relação público-privada. Não obstante, o roteiro específico das delações de políticos por empresários (e não talvez o contrário), por si só, não é capaz de frear as insatisfações do mercado em relação à ação do sistema de justiça. Por outro lado, impede uma ação concreta e organizada no sentido de desarticulação de cartéis monopolizadores de contratos públicos. A grande imprensa já começou os balanços negativos da “Lava Jato” sobre a economia. A estratégia das grandes empresas de deslocar suas contendas às cortes arbitrais também conhece claros limites, por não poder abarcar a parte significativa do contencioso oriundo de suas operações: os contratos com entes públicos.

Por fim, o que Christian Lynch chama de vanguarda da “revolução judiciarista”⁸ fica, após o julgamento de Lula, ainda mais fragilizada no interior das corporações de onde reivindica nesse momento o protagonismo. Em outras palavras, os corpos judiciário, ministerial e policial, fragmentados como são, tenderão a produzir de dentro para fora um movimento de expurgo desta fração portadora da versão do “faxineiro moral”. Versão esta que põe em risco um longo histórico de lobby corporativo e de construção de uma imagem pública, ambos tão caros ao sistema de justiça e seu poder de intervenção. Iniciativas neste sentido, inclusive vindas do STF, já se podem perceber.

O que nos resta, após esse verdadeiro ocaso de parte significativa dos planos da Nova República? Poderemos superar o balanço de que não experimentamos um sistema de justiça capaz de administrar as tensões entre democracia e Estado de Direito? Se um só alento nos resta, é o de que as instituições do Direito brasileiro, das faculdades de Direito ao Supremo Tribunal Federal, não são mais monopólio dos juristas. O preço

⁸ LYNCH, C. E. C. (2017). “Ascensão, fastígio e declínio da ‘Revolução Judiciária’”. *Insight inteligência*, vol. 79, pp. 158-180.

FERNANDO FONTAINHA; AMANDA E. CAVALCANTI DE LIMA

a pagar por este monopólio sempre foi o comedimento e o autocontrole. É assim que a equação se resolve. O problema é que os juristas não pagarão sozinhos o preço do seu deslumbramento. Até um novo sol raiar, todos nós pagaremos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ENGELMANN, F. *Julgar a política, condenar a democracia? Justiça e crise política no Brasil*. Conjuntura Austral, vol. 7, pp. 09-16, 2016

FONTAINHA, F. C.; OLIVEIRA, F. L.; VERONESE, A. “Por uma Sociologia Política do Direito no Brasil”. *Contemporânea: revista de sociologia da UFSCar*, vol. 5, pp. 29-47, 2017.

LYNCH, C. E. C. “Ascensão, fastígio e declínio da ‘Revolução Judiciária’”. *Insight Inteligência*, vol. 79, pp. 158-180, 2017.

VAUCHEZ, A. “Justice et politique. Quelques leçons tirées de la ‘parabole judiciaire’ italienne”. *Pouvoirs*, n. 103, pp. 93-104, 2002.

_____. *L’institution judiciaire remotivée: Le processus d’institutionnalisation d’une “nouvelle justice” en Italie (1960-2000)*. Paris: LGDJ, 2004.