

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Relações obscenas: as revelações do The Intercept Brasil

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1877317> since 2022-10-24T14:58:13Z

Publisher:

Tirant Lo Blanch

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

RELAÇÕES OBSCENAS

AS REVELAÇÕES DO THE INTERCEPT/BR



Coordenadores:

WILSON RAMOS FILHO

MARIA INÊS NASSIF

HUGO CAVALCANTI MELO FILHO

MÍRIAN GONÇALVES



PREFÁCIO: FERNANDO MORAIS

**INSTITUTO DEFESA DA
CLASSE
TRABALHADORA**



Copyright© 2019 by Tirant Lo Blanch

Editor Responsável: Aline Gostinski

Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

Coordenadores da obra: Wilson Ramos Filho, Maria Inês Nassif, Hugo Cavalcanti Melo Filho e Mirian Gonçalves.

Organizadoras da obra e revisão – Camila Milek e Ana Júlia Pires Ribeiro

Fotógrafo – Francisco Proner Ramos

Desenhos da capa e imagens internas – Renato Aroeira

R321 Relações obscenas: as revelações do The Intercept/BR
Organizadores Ana Júlia Pires Ribeiro, Camila Milek;
coordenadores Wilson Ramos Filho, Maria Inês Nassif, Hugo
Cavalcanti Melo Filho, Mirian Gonçalves. – 1.ed. – São
Paulo : Tirant lo Blanch, 2019.
432p.

ISBN: 978-85-9477-408-8

1. Direito. 2. Ramos especiais do direito. I. Título.

CDU: 349(81)

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Avenida Nove de Julho nº 3228, sala 404, ed. First Office Flat
Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP

CEP: 01406-000

www.tirant.com.br - editora@tirant.com.br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

PERFORMANCE DE EXCEÇÃO: O TEATRO COMO MOTOR DA INEXISTÊNCIA JURÍDICA DO PROCESSO

Mariella Pittari¹
Jorge Bheron Rocha²

Os recorrentes discursos pela ampliação dos mecanismos de combate à corrupção e ao crime organizado por meio do emprego do *plea guilty* e do *plea bargaining* criam uma confusão semântica³ na qual se infunde a ideia de que o instrumento serve ao mesmo propósito do fim ao qual é utilizado⁴. Insere-se, ademais, na onda tendencial que avassala Executivo, Legislativo e Judiciário de uma política de endurecimento com a criminalidade, sem sua correspondente diminuição: aumento de penas⁵, abolição de sua comutação⁶ e sua execução provisória antes do trânsito em julgado⁷.

Propalados como motor ao incremento da eficiência do processo penal, substituindo o vergastado processo garantista, a imitação⁸ conspurcada da *Federal Rules of Evidence*⁹ do Direito Norte-Americano desencadeou uma crise

1 Mestranda em Direito Comparado, Economia e Finanças pela IUC, Universidade de Turim (2019). Master of Laws Cornell University (2018). Defensora Pública do Estado do Ceará (2006).

2 Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Ciências Jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Defensor Público do Estado do Ceará. Professor de Direito Penal e Processo Penal e Civil da Graduação e Pós-Graduação. Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC.

3 SCHAUER, Frederick. *Le regole del gioco: un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*. il Mulino, 2000, p. 102: “Il contrasto tra modello conversazionale e modello trincerato richiama la nostra attenzione sull'autonomia semantica del linguaggio, la capacità che hanno i simboli – parole, frasi, enunciati, paragrafi – di veicolare significato indipendentemente dagli scopi comunicativi in occasioni particolari da parte di coloro che usano tali simboli.”

4 BENJAMIN, Walter. “Critique of Violence”. In *Reflections: Essays, Aphorisms, Autobiographical Writings*. New York: Ed. Schocken Books, 1978, P. 277-300.

5 Lei 13.330/2016.

6 Decreto 8.940/2016 – Indulto de Natal.

7 STF – HC 126.292.

8 GRANDE, Elisabetta. *Imitazione e Diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*. Torino: Giappichelli, 2000.

9 Em conjunto com o artigo 11 da Federal Rules of Criminal Procedure, ambos os diplomas regulam a admissão dos *pleas* no processo. Conferir Federal Rules of Criminal Procedure, disponível em <https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11>, acesso em 25 de julho, 2019.

sacrificial da democracia sem paralelo na história brasileira.¹⁰

O artigo que ora se apresenta desafia parâmetros para um resgate democrático do Brasil, solapado pela coincidência absoluta entre fato e regra¹¹, vez que toda a normatividade por um processo consentâneo à Constituição Federal foi suspensa em favor de uma vontade autoritária, que não se melindra em superar leis e instituições. Aliás, há uma ruptura constitucional geral, com suspensão das normas constitucionais dirigidas à socialização e à concretização de direitos fundamentais – verdadeiro núcleo organizacional e orçamentário da Constituição –, consistentes na declaração e previsão de instrumentos aptos à sua implementação¹².

A partir dos diálogos obtidos pelo *The Intercept* entre o então juiz federal Sérgio Moro e procuradores da República, verifica-se que a Lava Jato se consubstanciou senão em farsa, em encenação teatral, pois o seu escopo não consistia em exercitar o poder de punir estatal em parâmetros democráticos e dialéticos.

Nos diálogos travados nos bastidores do processo, registrados em comunicações privadas mantidas fora do ambiente processual, revelaram-se uma gama de contradições e incongruências acerca da condução do processo e do anunciado novo paradigma expiatório de esquemas escusos na política.¹³ O cerne dos diálogos travados entre juízo e acusação consiste na completa subversão do contido no parágrafo 6º do art. 4º da lei 12.850/13, que preconiza: “O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração [...]”. Sem muito esforço, constata-se que os métodos processuais utilizados, embora distorçam os institutos jurídicos transplantados do sistema adversarial norte-americano¹⁴ com o mero intuito de efetuar uma perseguição política, ainda podem manter como válidas as provas obtidas.

Trazendo uma visão comparada de jurisdições tão distintas como a estadounidense e a italiana, apresenta-se uma perspectiva crítica da doutrina recente. Ao estender institutos jurídicos a fronteiras que em muito escapam ao Direito,

10 BURKERT, Walter; GIRARD, René Girard; Z. SMITH, Jonathan. *Violent Origins*: Walter Burkert, René Girard, and Jonathan Z. Smith on Ritual Killing and Cultural Formation. Stanford University Press, 1987, p. 09. Em tradução livre: “Quando uma sociedade falha em resolver o problema da rivalidade inerente por meio de rituais apotropaicos, o fenômeno da ‘dupla monstruosidade’ emerge na forma de ‘crise sacrificial’”. A violência é o resultado final desse processo e a marca da crise.

11 AGAMBEN, Giorgio. “Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo, Belo Horizonte: UFMG, 2002, p.23.

12 LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ROCHA, Jorge Bheron. Constituição Federal: 30 anos de promulgação, 28 anos de vigência. São Paulo: Consultor Jurídico(ONLINE), v. 1, p. 1-1, 2018.

13 LANGBEIN, John H. “Torture and plea bargaining.” *The University of Chicago Law Review*, n. 46, vol. 1, p. 3-22, 1978. O artigo traça um parâmetro comparativo entre as leis de tortura da Idade Média e os pleads guilty.

14 LANGER, Máximo. “From legal transplants to legal translations: The globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure.” *Harv. Int’l LJ*, n. 45, vol. 01, 2004, p.01-64.

utilizando-se o processo para promoção política, coloca-se à prova o que a sociedade assistiu através da mídia, um arremedo de processo, um processo conspurcado, um teatro: o denominado processo penal do espetáculo¹⁵.

A EMERGÊNCIA DO CAOS

A rivalidade mimética operada por meio do Processo Penal para atacar os atores políticos que propugnavam por tornar efetiva a agora retalhada Constituição de 88 resultou no esfacelamento da política, e por consequência do Direito. O triunfo de um processo penal de exceção¹⁶, instalado no âmbito da República de Curitiba e chancelado pelo Tribunal Federal da 4ª Região¹⁷, espalha seu campo de ação de modo *erga omnes*, tornando então cidadãos em sujeitos suscetíveis de eliminação como excesso insuportável do sistema¹⁸.

Ressoa como verdade inofismável do sistema criminal brasileiro algo que o veículo *The Intercept* sequer necessitaria trazer ao público, vez que faz parte da rotina dos defensores públicos e de todos os que advogam pela causa dos etiquetados do sistema¹⁹ - o regime inquisitorial ditatorial jamais foi superado em desfavor dos oprimidos²⁰. Defender se tornou uma luta inglória na qual se entra derrotado, é ousar estar ao lado do "um contra todos"²¹.

Não obstante os esforços em fazer cumprir a Constituição, para grande parte dos atores processuais a defesa deveria funcionar como adorno do processo, senão viram estorvo defesa e processo²². Para segmentos alinhados com uma visão atávica, juízo e acusação deveriam lutar contra o garantismo monocular

15 CASARA, Rubens. *Processo Penal do Espetáculo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

16 FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*. *Yale LJ*, n. 109, vol. 1, 199, p.857.

17 Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região - Procedimento Administrativo. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS.

18 SANTNER, Eric L. *The royal remains: The people's two bodies and the endgames of sovereignty*. Chicago: University of Chicago Press, 2012, p. 15.

19 ROCHA, J. Bheron. *A Importância de Moro e da Lava Jato para a Democracia e para as Garantias do Processo Penal no Brasil*. São Paulo: Justificando (Online), 2016. Disponível em <<http://www.justificando.com/2016/09/28/importancia-de-moro-e-da-lava-jato-para-democracia-e-para-as-garantias-do-processo-penal-no-brasil/>>, acesso em 25 de julho, 2019.

20 A peça de Bertolt Brecht *The exception and the rule* de 1930, serve como inspiração à seletividade processual e a ideia de processo como teatro quando o escopo a qual serve não é atendido. Trata-se da história de um rico mercador que termina por assassinar seu empregado em meio ao deserto temendo que se tornasse em algum momento vítima da ira do oprimido. O juiz o absolve invocando que a humanidade é exceção, que seria natural o mercador pressupor que seu empregado fosse imbuído de ira em razão das diferenças de classe entre eles. Conferir MELLO, Suzana Campos de Albuquerque. *A Exceção e a Regra de Bertolt Brecht ou a exceção como regra: uma leitura*. Diss. Universidade de São Paulo, 2009.

21 BUENO DE CARVALHO, Amilton. *Defensoria Pública - A Proteção do um Contra Todos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. Disponível em <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/defensoria-publica-a-protecao-do-um-contra-todos>>, acesso em 25 de julho, 2019.

22 MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

hiperbólico²³. Apesar dos esforços de parcela considerável de juizes e promotores em travar uma batalha acirrada pelo processo justo, foram os exageros técnicos, o apelo aos valores tradicionais, a inculcação do medo da crise econômica na classe média, as violações constitucionais e legais da Lava Jato, e, principalmente, o personalismo de um herói²⁴ que propiciaram a emergência do novo ídolo juiz-inquisidor no processo penal. A única diferença é que, sob a vestimenta de justiça negocial, *patteggiamento* “allargato”²⁵ ou procedimentos abreviados²⁶, abre-se a via para admitir atentados intransponíveis ao devido processo legal.

Para “estancar a sangria” que, como uma doença autoimune ataca,²⁷ paradoxalmente a própria Lava Jato vale-se de quaisquer instrumentos, ainda que ao arrepio da lei. Invocando invasões cibernéticas nas plataformas nas quais as partes do processo negociavam a liberdades dos acusados, prisões de *hackers* tornam-se norma, pois não pode o processo que conduziu o país à exceção tornar-se baluarte da luta pelo direito ao contraditório e à ampla defesa.

O giro hermenêutico das contradições²⁸ de cada etapa processual da inquisição a jato é ser a operação mesma instrumento do estudo de tudo que representa o não-ser processual em sua perspectiva ontológica. Como razão primeira porque o processo se constitui de vários atos. Segunda, estes vários atos levam à discussão dialética em busca da construção de alguma versão de verdade. E como premissa maior da acepção do devido processo substancial, o processo requer ao menos a possibilidade de persuadir. Contraditório substancial e real influência na decisão: miríades modernas.

A PRETENZA JURIDICIDADE DA CONTRAFAÇÃO JURÍDICA

A primeira premissa a ser adotada para deliberar qual sistema jurídico

- 23 FISCHER, Douglas. “Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais.” Revista de Doutrina da 4ª Região n.28, vol. 01, 2009.
- 24 ASSIS, Wilson Rocha. Há fascismo na Lava Jato? São Paulo: Justificando (Online), 2019. Disponível em <<http://www.justificando.com/2019/03/12/wilson-rocha-ha-fascismo-na-lava-jato/>>, acesso em 25 de julho, 2019.
- 25 DANIELE, Marcello, e FERRUA, Paolo. “Venti di riforma dell’udienza preliminare e del patteggiamento: un subdolo attacco al processo accusatorio.” in Dir. pen. cont., fasc. 5/2019, p. 75 ss.
- 26 SCELLA, Andrea. “Il patteggiamento “allargato” nel quadro della programmata espansione della giustizia negoziale in.” *Patteggiamento “allargato” e giustizia penale*, G Torino: Giappichelli Editore, 2004, p. 3-19. Para um entendimento das alterações recentes na lei italiana conferir SCALFATI, Adolfo, et al. *La riforma della giustizia penale: Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*. G Torino: Giappichelli Editore, 2017.
- 27 BOJANIĆ, Petar. *Violence and Messianism: Jewish Philosophy and the Great Conflicts of the Twentieth Century*. New York: Routledge, 2017.
- 28 A Lava Jato é repleta de contradições, por exemplo, o ex-magistrado e atual Ministro Sérgio Moro afirma que as conversas entre ele e procuradores da “lava jato” foram obtidas por “invasão criminosa”, entendendo normais os diálogos, no entanto, que em entrevista ao jornalista Pedro Bial, afirmou que “o problema não era a captação do diálogo e a divulgação do diálogo [entre Dilma e Lula], mas o conteúdo do diálogo em si”.

seguir consiste em saber quais os resultados pretendidos no processo penal e sob qual perspectiva²⁹. Sob as implicações de uma Análise Econômica do Direito, a distribuição dos custos do processo seria partilhada entre acusado e sociedade, neste ponto substituída pelo Estado e o Erário.

Considerando-se que nos Estados Unidos 95%³⁰ dos casos criminais são decorrência de *guilty pleas*, assume-se duas óticas: ou o Ministério Público estadunidense é excepcional em obter provas em desfavor do imputado, ou os acusados são compelidos a fazê-lo ante os custos de um processo. Como a crescente doutrina norte-americana tem defendido, a condução do processo penal nos Estados Unidos tende à supressão de direitos fundamentais consagrados em diversos precedentes da Suprema Corte.³¹

Seja no âmbito da indústria de delações, seja nas torções jurisprudenciais para reputar todos os fatos conexos e, portanto, preventivo o juízo de Curitiba, cada etapa do processo foi conduzida no intuito de encenar um crime e revelar um culpado universal de todas as mazelas brasileiras.

Deve-se lembrar do parecer do procurador da república Manoel Pastana em que afirmou ser a utilização da prisão preventiva para os indiciados na Lava Jato uma forma de “influenciá-los na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade”³², que lá também já se decidiu pela revogação de prisão preventiva de investigado que “estaria em tratativas para um acordo de colaboração”³³ e, ainda, pela redução de pena “sem o acordo de colaboração”, inclusive nos “demais processos julgados”³⁴.

Um processo no qual o que quer que seja dito não repercute qualquer efeito na capacidade cognitiva do juiz, de processo não se está a tratar³⁵. Por conseguinte, se o juiz de antemão estaria a proceder um ato político de empalar

29 JARDIM, Afrânio Silva. “A influência norte-americana nos sistemas processuais penais latinos.” *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 10, vol. 17, n. 2 2016.

30 GAROUPA, Nuno; Frank H. Stephen. “Why plea-bargaining fails to achieve results in so many criminal justice systems: A new framework for assessment.” *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 15, vol. 3, 2008, p. 323-358.

31 BROWN, Darryl K. *Free Market Criminal Justice: How Democracy and Laissez Faire Undermine the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 91.

32 ROCHA, J. Bheron. A Importância de Moro e da Lava Jato para a Democracia e para as Garantias do Processo Penal no Brasil. São Paulo: Justificando (Online), 2016. Disponível em <<http://www.justificando.com/2016/09/28/importancia-de-moro-e-da-lava-jato-para-democracia-e-para-as-garantias-do-processo-penal-no-brasil/>>, acesso em 25 de julho, 2019.

33 ARBS, P. S.; DIOGENES, Raphaela Araújo; ROCHA, J. Bheron. A colaboração premiada como negócio jurídico processual deve respeitar as regras do estado democrático de direito. 2017. In VII Congresso internacional constitucionalismo e democracia: o novo constitucionalismo latino-americano.

34 Sentença condenatória na Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000, 13ª Vara Federal de Curitiba – Caso Triplex.

35 FERRUA, Paolo. *La prova nel processo penale*. Vol. I, Struttura e procedimento. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 2015.

o acusado, não poderia sequer falar-se de processo, mas de performance. Se as partes do processo estavam a ensaiar o que a cada uma incumbia, no qual o resultado impreterível e insofismável consistia em conduzir o acusado ao sacrifício midiático, melhor denominar o evento como ensaio teatral, e não processo penal consoante a Constituição de 1988. Retornando às categorias de pensamento que possibilitam as coisas a serem o que são, constata-se que o processo penal que resultou no encarceramento do ex-presidente Lula não preencheu sequer o plano da existência jurídica.

CONCLUSÃO

Os diálogos entre partes do processo sem a presença da defesa conduzem ao raciocínio que o processo formal no qual as partes exercitavam o contraditório não significavam mais que mera fachada para os debates que efetivamente decidiriam a vida dos acusados.

Negociações entre juízo e acusação de quais provas utilizar, como elaborar uma denúncia, o que extrair do acervo probatório, configuram seríssimo ataque a tudo que se preconiza devido processo legal, não seriam admitidas no Brasil ou alhures. O que *The Intercept* trouxe à tona constitui ofensa à noção de que o Estado, ao tomar para si a aplicação da pena, não pode punir ao arbítrio, tendo o processo Penal natureza política de contrapoder, uma garantia do acusado.