

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO III**

FELIPE AUGUSTO FORTE DE NEGREIROS DEODATO

ROGÉRIO GESTA LEAL

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, Rogério Gesta Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-323-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Penal. 3. Processo Penal.
4. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

Apresentação

A história dos delitos e das penas no Ocidente é terrível em termos humanitários, matéria já explorada à saciedade por filósofos, cientistas políticos e juristas, fazendo que buscassem, de forma intermitente, mudanças no sistema sancionatório ocidental. Como lembra Foucault, o tramonto dei supplizi é sentido como exigência social improcrastinável a partir da segunda metade do século XVIII, em especial na França Revolucionária, quando surge a necessidade de se punir de outra maneira da tradicional da época, abolindo o confronto físico entre soberano com o condenado e dissolvendo um pouco as tensões entre o Príncipe e a cólera do povo em face de seu intermediário (o executor) e o executado.

A interrupção súbita daquela relação sanguinária de punição, até então indissolúvel em face das relações de poder que se estabeleciam e autorizavam a violência tirânica do Rei (e seu prazer de ver o povo sofrer), paradoxalmente ocorre através do mais suave dos sentimentos, a doçura, ora entendida, na reconstrução foucaultiana, como a natural necessidade de castigo sem suplício, formulada a partir da ideia de grito do coração ou da natureza indignada, pois mesmo ao pior assassino uma coisa ao menos deve ser respeitada quando é punido: a sua humanidade.

É o homem, em suma, desprovido de seu aspecto criminal, que deve ser tomado como fundamento contrário ao despotismo da sanção-suplício, símbolo material do poder monárquico.

Hoje os juristas do século XXI são chamados à reflexão sobre estes temas enquanto parábolas da humanidade, haja vista que, por um lado, alguns modelos de pena criminal podem operar com a lógica do passado (o sistema carcerário brasileiro é uma realidade viva disto); por outro, mesmo os avanços humanistas das penas e suas execuções ainda deixam a descoberto novas tipologias de condutas criminosas preocupantes, geradas por outra Sociedade, hipercomplexa em termos de relações e seus resultados (catastróficos).

Desde o final da década de 1980 alguns sociólogos e filósofos tem discutido sobre o tema das novas configurações de forças políticas e relações sociais marcadas por níveis de complexidades altamente diferidos - como é o caso de Ulrich Beck , Anthony Guiddens , Niklas Luhmann e Zygmunt Bauman , dentre outros.

Esta Sociedade se caracteriza em face de múltiplos fatores transnacionais, econômicos e culturais, com interconexões e protagonismos igualmente plurais, fazendo florescer com velocidade impar interesses e bens muito mais difusos e coletivos do que individuais, todos carentes de proteção jurídica e política.

Estes cenários, por sua vez, favorecem a aparição de novos perigos supraindividuais no cotidiano dos cidadãos. Tais perigos se diferenciam daqueles provocados pela ainda desconhecida natureza (maremotos, furacões, vulcões, terremotos, etc.); não que tenham se extinguido, por conta da inexistência de conhecimentos e informações técnicas e científicas para dar conta deles, mas provêm de tensas relações sociais e institucionais pouco controláveis por deficitários sistemas normativos de segurança (cível, administrativo e penal) existentes, provocando riscos e danos em massa, alguns inclusive comprometendo as futuras gerações (como é o caso dos danos ambientais).

Diante de tais elementos é que surge, dentre outras inquietações teóricas e práticas, o problema da imputação de responsabilidade (social, política e jurídica) pelas causas e consequências indesejadas decorrentes daquelas situações, e mesmo diante da sensação de insegurança que perpassa a cidadania quando se depara com modalidades inusitadas de ilícitos violadores de Direitos e Garantias Fundamentais – direta ou indiretamente.

Ao lado disto, encontram-se os Direitos e Garantias Fundamentais da Pessoa Humana e os paradigmas do Direito Penal Liberal, como reconhecendo a este a ultima ratio dos sistemas normativos, os princípios da legalidade estrita e taxatividade em termos de tipologias penais e sancionatórias, a subsidiariedade das ciências penais para o enfrentamento dos conflitos humanos, os déficits democráticos dos modelos inquisitórios e acusatórios do Direito Penal e Processual Penal, entre outros mais.

Todas estas questões podem ser visualizadas nos trabalhos apresentados neste GT e Revista, com alta profundidade acadêmica e reflexiva, amplamente debatidos por seus autores e interlocutores nos grupos de trabalho que ocorreram nos dias 08 e 09 de dezembro de 2016, em Curitiba, o que pretendemos agora socializar com o público leitor brasileiro e internacional.

Prof. Dr. Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato - UFPB

Prof. Dr. Rogério Gesta Leal - UNOESC

LIMITES DA CONDUÇÃO COERCITIVA NO INQUÉRITO POLICIAL: CASO LULA- UMA ANÁLISE SOBRE LEGALIDADE À LUZ DO CASO DE CORRUPÇÃO COMO RECURSO NORMATIVO DE PODER ESTRATÉGICO FRENTE À AUTORIDADE POLÍTICA.

LIMITS OF COERCIVE CONDUCTION IN POLICE INVESTIGATION: CASE LULA- AN ANALYSIS OF LEGALITY. POLITICAL CORRUPTION AS A NORMATIVE FEATURE OF STRATEGIC POWER.

Ana Lucia Sabadell da Silva ¹
Thamires Maciel Vieira ²

Resumo

O presente estudo tem por objeto a análise sobre a legalidade do ato que determinou a condução coercitiva do ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva no âmbito da 24ª fase da operação “Lava Jato”. Objetivo é investigar, de que forma tal caso, a partir do exame das articulações entre a teoria do direito, direito e processo penal, pode ser situado e ter seus efeitos relacionados a abordagem que considera o caso de corrupção política como recurso normativo de poder estratégico frente a autoridade política.

Palavras-chave: Corruption, Democracy, Law

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims at the analysis of the legality of the act which led to the coercive conduction coercive conduction of former President Luiz Inacio Lula da Silva under the 24th phase of the Car Wash Operation. Objective is to investigate how such a case, from examining the links between the theory of law, criminal law and procedure, can be located and have their effects related to approach which considers the case of political corruption as a normative feature of strategic power front of political authority.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Corrupção política, Democracia, Processo penal

¹ Professora Titular de Teoria do Direito - UFRJ

² Mestranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas - UFRJ

INTRODUÇÃO

O processo judicial é o microcosmo do Estado de Direito¹. A imagem utilizada por Rui Cunha Martins resume de forma precisa as reflexões exigidas ao período brasileiro no qual se dá a produção deste trabalho. Eficácia da intervenção penal e crise institucional se encontram ambas na arena pública, levadas à evidência a partir da corrupção política como tema comum, cenário em que se apresenta a necessidade de um estudo que busque verificar o caráter e o (s) tipo (s) de interação(ões) presente (s) na dinâmica que os mantém no centro do debate público. Em outras palavras, é preciso compreender a natureza e a forma como se articulam as relações entre intervenção jurídico-penal e crise institucional, especialmente nos casos de corrupção política.

Anote-se, porém, as premissas sobre as quais se lançam os alicerces de uma tal proposta. A estreita relação que se estabelece entre processo judicial e Estado de Direito no Brasil decorre da formulação dos princípios fundamentais fixados pelo próprio constituinte em 1988. O artigo 1º. do título I da CF elenca tais princípios e afirma -em seu próprio Caput- que a República brasileira é um *Estado Democrático de Direito*. Trata-se de uma taxativa e importantíssima opção por um modelo de *civil Law*. Em palavras simples, vale aqui o antigo (e nem por isso menos sexista) brocardo jurídico: Império de leis e não de “homens”.

Por consequência, a “corrupção política” -ainda que considerada como realidade endêmica- só pode ser analisada pelo sistema de justiça brasileiro dentro dos limites impostos pelas normas jurídicas, sejam estas administrativas, penais ou processuais penais.

Porém, realizando-se uma leitura jussociológica, restam muitas dúvidas acerca da adequação externa do tratamento penal da corrupção política. Considerando-se a seletividade inerente ao processo de criminalização secundária, é válido indagar se seria essa intervenção o meio mais indicado para protagonizar o tratamento da corrupção política, ou, ao contrário, se este estaria mais suscetível às manipulações de várias ordens- desde midiáticas à político-partidárias- e, por consequência, assumiria, nesse cenário, potencial para ser instrumentalizado no sentido do agravamento da crise institucional no qual o país se encontra. Ambas as perspectivas serão examinadas neste estudo.

A despeito de quaisquer considerações, forçoso reconhecer que no atual cenário brasileiro se encontra estabelecido um padrão de apresentação e tratamento da corrupção política no qual a intervenção penal assume centralidade. Nesse sentido é que verter atenção sobre a forma como tal

1 Martins, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados. Corrupção, expectativa e processo penal*, Ed. Atlas. São Paulo, 2014.

modelo se operacionaliza no cenário brasileiro adquire importância.

Mais do que isso, uma tal reflexão adquire urgência, tendo em vista a peculiaridade das graves situações de violação de normas constitucionais, penais e processuais penais que se apresentam na investigação “Lava Jato”. É nesse cenário, portanto, que se pretende analisar o ato ocorrido na 24ª fase da operação e que antecedeu o depoimento prestado pelo ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no dia 04/03/2016.

1. Despacho na petição 5007401-06.2016.4.04.7000/PR: uma análise sobre a legalidade

Em nota² divulgada no dia 05/03/2016, a Procuradoria da República do Estado do Paraná, com o objetivo de “esclarecer” as circunstâncias nas quais se determinaram a condução coercitiva do ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva, ocorrida no dia 04/03/2016, ressaltou que:

“13. Assim, para a segurança pública, para a segurança das próprias equipes de agentes públicos e, especialmente, para a segurança do próprio senhor Luiz Inácio Lula da Silva, além da necessidade de serem realizadas as oitivas simultaneamente, a fim de evitar a coordenação de versões, é que foi determinada sua condução coercitiva.”

A despeito do teor da nota, no caso em análise o que se observa é que a medida carece exatamente do que, no pronunciamento, a Procuradoria pretendeu demonstrar: legalidade.

No dia 04/03/2016, o juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba exarou despacho, atendendo à requisição ministerial consubstanciada na petição 5007401-06.2016.4.04.7000/PR³, segundo a qual se fazia necessária a condução coercitiva do ex presidente e de sua esposa.

Indeferido o pleito pela condução da senhora Marisa Letícia, o despacho apresenta e procura justificar as condições que autorizariam a condução coercitiva do ex presidente. Os critérios apresentados pelo magistrado se explicitaram no documento:

Por outro lado, cumpre esclarecer que a tomada do depoimento, mesmo sob condução coercitiva, não envolve qualquer juízo de antecipação de responsabilidade criminal, nem tem por objetivo cercear direitos do ex-Presidente ou colocá-lo em situação vexatória.

Prestar depoimento em investigação policial é algo a que qualquer pessoa, como investigado ou testemunha, está sujeita e serve unicamente para esclarecer fatos

2 Nota de esclarecimento da força-tarefa Lava Jato do MPF em Curitiba. Site: www.lavajato.mpf.mp.br acesso em 20/09/2016.

3 Disponível em <http://jota.uol.com.br/leia-o-despacho-de-sergio-moro-determinando-a-conducao-coercitiva-de-lula> acesso: 20/09/2016

ou propiciar oportunidade para esclarecimento de fatos.

Com essas observações, usualmente desnecessárias, mas aqui relevantes, defiro parcialmente o requerido pelo MPF para a expedição de mandado de condução coercitiva para colheita do depoimento do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Como ponto de partida à análise proposta, cabe uma explanação sobre a forma dos atos processuais no Estado Democrático de Direito, condição para a legitimidade não se coadunarem nenhum dos critérios expostos no despacho a fim de justificar, no dia 04/03/2016, a prática do ato que pretendia autorizar.

1.1. Ausência de intimação.

O Código de Processo Penal, no seu artigo 370⁴ determina, no que concerne às intimações, que devem ser aplicadas as regras apresentadas no capítulo precedente, quais sejam, os artigos 361 e 362⁵. Ambos são taxativos ao elencar as condutas admitidas no Direito brasileiro ao agente público diante da ausência do acusado no momento da intimação.

O art. 361 do Código de Processo Penal é claro ao afirmar que no caso de não ser encontrado o réu, deverá ser citado por edital. Já o artigo 362, pretendendo regular a situação em que o réu deliberadamente se oculta com o objetivo de não ser intimado, determina a citação por hora certa, sendo as duas espécies reguladas pelo Código de Processo Civil.

Na análise do disposto nos artigos 227 a 229 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época do fato, tanto a citação por edital, quanto a citação por hora certa prescrevem o cumprimento de um prazo para que sejam satisfeitas⁶.

Portanto, após a exposição dos artigos que regulam a matéria e a exposição dos limites de

4 Art. 370: Nas intimações dos acusados, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato, será observado, no que for aplicável, o disposto no Capítulo anterior.

5 Art. 361. Se o réu não for encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

6 Art. 227. Quando, por três vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, que, no dia imediato, voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

Art. 229. Feita a citação com hora certa, o escrivão enviará ao réu carta, telegrama ou radiograma, dando-lhe de tudo ciência.

atuação do agente público, seriam duas as condutas possíveis a serem adotadas pelo agente público, encarregado de cumpri-las.

O ex presidente Lula deveria ter sido intimado, o que, de acordo com o que se pode observar no despacho não ocorreu. Ao contrário da intimação, na forma indicada pela legislação, o que se observa é a determinação do magistrado para que a autoridade policial empregue “conduta” não autorizada pela lei, no caso:

Evidentemente, a utilização do mandado só será necessária caso o ex-Presidente **convidado a acompanhar** a autoridade policial para prestar depoimento na data das buscas e apreensões, **não aceite o convite**. (grifo nosso)

A ausência de intimação não encontra qualquer amparo legal, e, conseqüentemente a orientação do magistrado, revela-se-lhe frontalmente contrária. Isso porque, é a intimação ato de comunicação processual e, portanto, a forma prescrita em lei, se constitui em requisito de sua legitimidade.

Por este motivo, ninguém pode ser “convidado” a participar da execução de um ato investigatório, conforme pretendido pelas afirmações contidas no despacho. Não se encontra no Direito processual brasileiro nenhuma norma que chancela a possibilidade de tal conduta por parte do agente público. No processo penal brasileiro, o respeito à forma prescrita é, sobretudo, significado de garantia ao cidadão em face da intervenção do poder punitivo, não podendo ser desrespeitada, sob pena de se sacrificar, em segundo plano, a própria forma democrática em que devem operar as relações jurídico-processuais.

Conforme demonstrado, após realizada a intimação, seguindo a forma prevista em lei, no caso de o ato restar frustrado, as condutas possíveis ao agente público seriam aquelas duas previstas nos artigos 361 e 362 do Código de Processo Penal e, em nenhuma hipótese, a intimação poderia ser realizada por meio de “convite” ou quaisquer outros meios informais.

1.2. Legitimidade, legalidade e Segurança Jurídica.

Nas últimas décadas avultaram publicações que colocam em dúvida a viabilidade da adoção de positivismo jurídico e pleiteiam a adoção de teorias que relativizam as conseqüências de uma suposta “rigidez” do princípio da legalidade, por considerar-se que, especialmente nos *hard cases*, não apresenta possibilidades de se efetivar a justiça. Trata-se da introdução da moral no processo de interpretação de normas jurídicas⁷.

São reflexões que surgiram, inicialmente, na perspectiva da filosofia e da teoria do direito e

⁷ Para tanto, ver> Dimoulis, D. Positivismo Jurídico, São Paulo, editora Método, 2006.

que “ecoaram” no debate dogmático afetando a concepção do direito positivo em suas mais diversas áreas e, conseqüentemente, na prática jurídica.

Especificamente no Brasil, destaca-se a influência de autores como Robert Alexy, Dworkin e entre autores nacionais -incluindo aqui aqueles dedicados ao estudo da dogmática jurídica-, vários são os que aderiram a essas críticas. Entre eles, indicamos alguns dos mais “consistentes”, posto que produzem estudos mais profundos sobre a temática: Tomas Bustamante⁸, Ecio Duarte⁹, Daniel Sarmiento¹⁰, Luiz Roberto Barroso¹¹ e Ana Paula de Barcelos¹².

No atual momento já existe uma minoria de autores que começam a colocar em dúvida este tipo de análise, fazendo, a grosso modo, duas importantes objeções. No Brasil desconhece-se o debate acerca do positivismo jurídico pós Kelsen. Efetivamente, autores como Hart e Raz ainda são pouco divulgados. Portanto, não há conhecimento da discussão que se travou na teoria do direito nas últimas décadas sobre a(s) teoria(s) positivista(s) do direito. Dentre estes que se ocupam do debate atual acerca do positivismo jurídico, identificamos Noel Struchner¹³ e Bruno Torrano¹⁴.

Sustentamos que a flexibilização na interpretação da norma jurídica tem estimulado uma produção jurisprudencial *contra legem* e que objetiva solucionar problemas que não se situam -com raríssimas exceções e, ao menos no Brasil-, no espaço de discussão sobre o conflito entre moral e direito. Frente a uma atuação pouco adequada do Congresso Nacional, que não realiza reformas relevantes -como, por exemplo, delimitar o emprego do princípio do direito penal mínimo no direito penal brasileiro-, e que, por outro lado, injeta centenas de normas irrelevantes, que desrespeitam as condições exigidas pela lei complementar 95 de 1998 no que tange a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis no país, vislumbra-se um exercício da prática legal que objetiva sanar estes conflitos.

Neste contexto, (os) intérpretes da norma se “atribuem” um papel “iluminista”-para parafrasear aqui as palavras do Ministro Luiz Roberto Barroso-, muito bem contestado por Bruno

8 Bustamante, Thomas da Rosa de. Teoria do Precedente Judicial - a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais. Noeses: São Paulo. 2012.

9 Duarte, Écio Otto. Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito. Landy: São Paulo. 2012.

10 Sarmiento, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2003.

11 Barroso, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Saraiva: Rio de Janeiro. 2015.

12 Barcelos, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. Renovar: Rio de Janeiro. 2002.

13 Struchiner, Noel. Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação. Tese de doutorado, PUC-RJ, 2005.

14 Torrano, Bruno. Democracia e respeito à lei. Entre positivismo Jurídico e pós-positivismo. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2015.

Torrano¹⁵.

Tomemos Barroso como exemplo. Este sustenta que é competência do judiciário “empurrar a história”¹⁶. Adepto do Neoconstitucionalismo -corrente de parquíssima projeção no próprio Constitucionalismo alemão, onde surgiu, décadas atrás-, o autor que aqui citamos é um dos Ministros que julgará -ao menos em sede recursal-, o caso Lava-Jato e, se prosseguir, as próprias ações movidas contra o ex-presidente Lula. Barroso, tal como outros tantos juristas brasileiros e estrangeiros, deixa-se seduzir pelo que denominamos de “delírio de poder do jurista”.

De fato, em uma perspectiva jussociológica, observa-se que o direito é uma ciência estreitamente vinculada ao exercício do poder. Disto resulta que é muito fácil que o jurista creia, piamente, que ele tem em mãos um instrumento capaz de “mudar a realidade social”, como sustenta Sabadell em alguns de seus estudos¹⁷. Mudanças sociais relevantes decorrem, via de regra, de uma diversidade de fatores, tais como econômicos, culturais, tecnológicos etc. A depender do caso em questão, pode-se identificar que um fator possui mais relevância que outros.

Uma mudança na percepção da corrupção no país não se deve a atuação de um juiz (ou de um grupo de juízes ou da Suprema Corte de qualquer país) ou de um grupo de procuradores ou de policiais. Não obstante, o operador jurídico lida cotidianamente com o exercício de uma profissão que lhe asigna um espaço de poder. E infelizmente, a incapacidade emocional em lidar com o poder associada ao desenvolvimento de uma personalidade egocêntrica, pode facilmente “induzir” ao jurista a acreditar que desenvolve um papel revolucionário, similar ao de Rousseau e outros iluministas. E ironicamente esqueceu-se o senhor Ministro, em seu artigo, de um pequeno imenso detalhe: o iluminismo foi marcado por uma revolução, tanto na Europa (França) como nos Estados Unidos e na América Latina (independência das colônias). E não foram os escritos de Rousseau que impeliram a revolução francesa, mas a combinação de uma série de fatores, donde talvez o menos relevante tenha sido o papel da filosofia. E que importância poderia ter a filosofia em um continente marcado por altas taxas de analfabetismo, onde, com exceção de nobres e alguns burgueses tinham acesso a educação?

Então, se uma Corte como o STF se atribui a função de guardião da moralidade, da modernização da sociedade e da tutela do interesse de todas e todos os cidadãos, isto deve ser visto com temor. O mais provável é que o judiciário, frente ao caos imperante no poder legislativo, se

15 Torrano, Bruno. *Supremo Tribunal Federal não pode ter papel iluminista no Estado* In: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-31/bruno-torrano-supremo-tribunal-federal-nao-papel-iluminista>

16 Barroso, Luiz Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*, in: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/3180>

17 Sabadell, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica*, 6ª. edição, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013, capítulo 4 pps. e ss.

sinta – e diga-se de passagem, de uma forma muito seletiva- na necessidade de tornar “operacionalizável” o próprio funcionamento do sistema de justiça. E assim atua, em evidente ativismo judicial, “elaborando, redatando, corrigindo e consolidando” o caótico sistema de normas brasileiro, quando isso deveria ser de competência do Congresso Nacional!

Mas como situar um congresso nacional cujo presidente da Câmara de Deputados, consegue aprovar um impeachment em meio ao trâmite de uma série de acusações formais de corrupção, desvio de dinheiro e outras condutas que, pouco tempo depois, culminaram com a sua própria cassação?

A crise de legitimidade do poder legislativo acaba sendo, portanto, gerida pelo poder judiciário. Este também estende suas raízes ao poder executivo, propiciando que vivenciemos na atualidade em uma “república de juízes”.

Essa situação produz, em última instância, insegurança jurídica. As cidadãs e os cidadãos brasileiros e os estrangeiros que aqui vivem ou nos visitam não possuem a menor possibilidade de prever a atuação do sistema jurídico. E o maior e mais importante benefício da legislação no civil Law, ou dos precedentes jurisprudenciais no common Law, é a previsibilidade.

Aqui se insere a importância do princípio da legalidade e do princípio da legalidade penal.

Então já podemos retomar a análise de nosso tema.

Na esfera penal a legalidade implica em respeito também a taxatividade e por motivos extremamente óbvios que qualquer aluno ou aluna de primeiro ano de curso de direito aprende ao estudar interpretação da norma jurídica. De todas as áreas do direito positivo que preveem emprego de sanção frente a prática de ilícitos, o direito penal é a que atua de forma mais violenta. Respondemos a um ato de violência – supondo que se respeita o enfraquecido princípio da subsidiariedade-, com outro ato de violência: privação de liberdade.

Uma sociedade que está fundamentada na supremacia da tutela da liberdade não poderia, sob pena de lhe faltar a racionalidade (tão apregoada pelos iluministas) e logicidade, admitir que a pena de privação de liberdade fosse aplicada de forma banal, sem que se criasse uma série de instrumentos (normas jurídicas) que delimitam as condições em que essa privação possa ser aplicada.

Por isso, e especialmente por esse motivo, o princípio da legalidade penal emprega em nosso idioma o verbo “definir”, que significa delimitar, concretizar de forma taxativa no que consiste a

conduta que se quer proibir.¹⁸ Igualmente, por questões de racionalidade e logicidade, só é possível empregar a interpretação gramatical para realizar a subsunção no campo penal. O processo penal, ainda que admita uma interpretação extensiva, não pode se subtrair a essa realidade porque se o faz, não só subverte o sentido da norma penal mas também “sabota” o estado democrático de direito.

A interpretação dos artigos e do código de processo penal no que tange a forma de citação, não pode conter situações que se situam fora da previsão legal, posto que essa foi a vontade do legislador. Se este não fala em “convite” não cabe ao judiciário colocar “palavras” na boca do legislador.

Porém, resta a questão. Como esse discurso de rejeição ao positivismo jurídico foi absorvido no direito penal? No âmbito do direito penal esse debate foi recepcionado de forma parcialmente diversa dada a particularidade da área. A flexibilização do direito foi reivindicada em duas perspectivas complementares. Para garantir uma interpretação da norma penal de caráter garantista, como mecanismo que permite combater a tendência *Law and Order*, de desenvolvimento de um direito penal do inimigo. E deve-se observar que, ao contrário de outros países latino americanos, tais como Peru e Colômbia, o discurso de Jakobs não obteve uma forte recepção no país. Aqui se pondera acerca da importância de uma teoria do bem jurídico¹⁹ e de sua relevância para a conformação de uma teoria geral do delito; também se pondera a adoção da analogia no direito penal, mas para excluir a punição.

Essa flexibilização também se desenvolveu no sentido jussociológico, por meio da aderência à abordagem *sociologia no direito*. Dessa forma, questiona-se o primado do positivismo jurídico como único método das ciências jurídicas. O efeito prático é também o de restringir a capacidade punitiva do sistema penal, que se encontra em franca expansão.

Assim, se argumentos jussociológicos demonstram, por exemplo, que o número de furtos de coisa móvel de pequeno valor financeiro é pouco punível no país, esse dado será empregado para sustentar uma interpretação teleológica da norma penal, de forma a conter essa tendência extremamente punitivista do sistema de justiça penal. De modo geral, quem sustenta a introdução do bem jurídico na teoria geral do delito, também apresenta dados jussociológicos. Por isso, identificamos, em muitos casos, a prevalência de ambos os tipos de argumentação.

O grande problema na área do direito penal é que argumentos moralistas são também

18Dimoulis, D. Direito Penal constitucional, Belo Horizonte, editora Arraes, 2016. Trata-se de uma tese para obter o cargo de professor associado na fundação Getúlio Vargas, onde o emérito constitucionalista se debruça sobre a análise das fragilidades da norma penal em face de um congresso nacional caótico e onde reafirma a importância da delimitação do emprego do direito penal para salvaguardar os direitos fundamentais de todos, sobretudo, dos acusados.

19 SANTOS, Juarez Cirino dos. Manual de Direito Penal – Parte Geral. pp.33-35.

empregados para sustentar uma expansão do direito penal, que resgate a importância do caráter punitivo do sistema. A concepção da boa justiça penal está contaminada pela ideia de aumento e intensificação da punição.

Retomando aqui a análise do caso concreto, podemos sustentar que a legitimidade da lei penal, em caráter jussociológico, em uma sociedade de risco, caminha no sentido inverso. A legalidade é concebida como um mecanismo que se contrapõe à legitimidade. E isso é a completa inversão do discurso garantista.

Talvez por tal motivo, a condução coercitiva do ex-presidente Lula tenha sido percebida como legal pelos procuradores e pelo juiz da causa. Expostas as violações da lei processual presentes no ato do dia 04/03/2016, amplamente noticiado na ocasião, é de se perquirir sobre os aspectos que são necessários avaliar a fim de que se possa compreender a atitude do magistrado e a ação policial ao arrepio da lei na ocasião.

A hipótese sobre a qual se debruça o presente trabalho é a de que os casos como o da “Operação Lava Jato”, para que sejam analiticamente compreendidos, devem necessariamente ser incluídos numa perspectiva que admita a corrupção como recurso normativo no processo de decisão sobre o poder e o direito em uma sociedade democrática.

2. Corrupção política como recurso normativo de poder estratégico no juízo de qualidade da autoridade política.

A corrupção não é somente um assunto de caráter urgente com o qual o sistema jurídico brasileiro se afronta todos os dias. Efetivamente, a sociedade se preocupa mais pelo que sucede quando se dá um caso de corrupção do que realizar uma reflexão séria e profunda sobre o tema. Por outro lado, um exame mais acurado do fenômeno nos demonstra que o que alguém faz quando se dá um caso de corrupção pode não ser tão claro quanto parece. É que se torna necessário prestar atenção ao que alguém faz quando surge um caso de corrupção já que se percebe que o próprio termo “corrupção” é uma forma normativa de pensamento que conta com uma função social mobilizadora, e que o debate sobre a corrupção é uma forma básica de comunicação política²⁰ (Gruene 2010)

O termo “corrupção” não faz referência a nenhuma forma concreta de comportamento

20 SIMON, Jan Michael. *Corrupção e autoridade: as duas faces da “corrupção política”. Uma agenda de pesquisa.* In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais : RBEC. –ano 9 - n. 33 | setembro/dezembro – 2015, Belo Horizonte.

possível, nem a um tipo de conduta dotada de características claramente identificáveis por qualquer observador. “Corrupção” é uma denominação empregada para designar determinadas formas de relações recíprocas protagonizadas por certas pessoas, em determinados contextos e momentos (*Anechiarico /Jacob 1996*). Em particular, a utilização comum do termo “corrupção” não implica (ou pelo menos não significa) que um comportamento “catalogado” como corrupto tenha que ser necessariamente identificado como “contrário ao direito”. Parece sugerir que a qualificação de uma forma de inter-relação, entre pessoas, na esfera social de uma ordem social democrática como “corrupção política” pode ocorrer, porque, ninguém espera que um democrata considere que esta forma de inter-relação seja distinta de uma ação imoral. Por isso, apesar de sabermos que em uma democracia o significado do termo “corrupção política” está limitado a comportamentos proibidos explicitamente pela lei, ainda pairam dúvidas e incertezas. Estas se devem ao fato de se manejar um conceito muito amplo (e, portanto, vago), onde condutas ditas imorais podem ser “percebidas” como corruptas. Um tal conceito pode se prestar a toda sorte de manipulações.

A noção ambígua e sugestiva de “corrupção política” não é algo recente. Estudos indicam que era presente na antiga Atenas (*Saxonhouse 2012*). Em todo caso, interessa colocar que essa noção se fundamenta na ideia normativa da conduta moral na esfera política pública. Esse juízo de valor é consideravelmente importante para conceituar na atualidade a “corrupção política”. Apesar de conservar o objetivo valorativo do conceito, concepções contemporâneas de tipo moral-normativistas se baseiam, essencialmente, num padrão de “governo democrático” como contraparte normativa fundamental da “corrupção política”. Não obstante, este patamar implica na presença de um número de atributos que diferem fundamentalmente entre cidadãos e mudam de acordo com o contexto social, incluindo desacordo sobre a essência da ordem social democrática. Dado este caráter controverso da contraparte do termo “corrupção política”, este padrão converte a própria “corrupção política” em um padrão controverso. Nessa medida, “corrupção política” acaba sendo tão controverso quanto o próprio conceito de “governo democrático”.

Recordando, de maneira pontual, a interpretação de J.L. Austin sobre o conhecimento e a percepção das palavras (*Austin, 1962-63*), “corrupção política” é uma *trouser Word*, quer dizer, uma palavra que adquire significado somente ao ser contrastada com a sua contraparte em um contexto específico. Para esse efeito, qualquer entendimento que se apresenta no âmbito de um debate sobre o conceito valorativo de “corrupção política” envolve, necessariamente, o padrão de “governo democrático”. Por consequência, debater “corrupção política” significa, essencialmente, debater sobre a qualidade da autoridade política através da aplicação do padrão de “governo democrático” vis-à-vis com a “corrupção política”.

Por detrás da consideração da “corrupção política” como uma norma para a avaliação do desempenho democrático da autoridade política, existe um enfoque epistemológico muito mais concreto, de perspectiva filosófico-política sobre a “corrupção política”. Esta perspectiva segue, de maneira ampla, a interpretação de D.H. Lowenstein (*Lowenstein* 1985) e, mais especificamente, a interpretação de J. Waldron (*Waldron* 2002) acerca de W.B. Gallie sobre “conceitos essencialmente contestados” (*Gallie* 1955-56).

De acordo com esta interpretação, o caráter particular do conceito normativo de “governo democrático”, como contraparte do conceito valorativo de “corrupção política”, converte este último em um conceito normativo dotado de uma alta complexidade intrínseca que pode ser essencialmente contestado, quer dizer, converte a corrupção política em um recurso normativo para o debate democrático. Particularmente, as diversas concepções sobre a “corrupção política” permitem aprofundar e enriquecer o entendimento entre os participantes - necessariamente democratas- sobre o debate do valor específico de um “governo democrático”, identificado pelo caso de corrupção política.

Não obstante, a noção ambígua, sugestiva e controversa, do conceito valorativo de “corrupção política” não é somente um recurso normativo para o debate democrático acerca da qualidade democrática da autoridade política frente o caso de Corrupção Política, mas também pode ser melhor utilizada, por razões estratégicas, que transcendem o debate democrático.

Em contraste com a avaliação da qualidade democrática da autoridade política, segundo o padrão normativo de “corrupção política”, se baseia em um entendimento compartilhado sobre qual é o aspecto da autoridade política a luz do caso da Corrupção Política.

Outra possível intenção ao empregar o conceito de “corrupção política” é explorar alguns dos seus atributos para emitir juízos estratégicos sobre a qualidade da autoridade política. É característico dessa faceta do conceito de “corrupção política” sua ambiguidade e seu caráter altamente sugestivo, ambos elementos são explorados para exercer influência um sobre o outro, de tal forma que esse compartilhe nosso próprio juízo sobre classificar ou não um caso concreto como “corrupção política”. Ou, ainda, quando o caso proceda como antíteses ou não da corrupção política, no lugar de debater decisões sobre a classificação do caso, com a intenção comum de alcançar o entendimento acerca dos valores “governo democrático” assinalados por qualquer decisão sobre o caso. Esta característica conceitual se distingue por converter a “corrupção política” em uma ferramenta útil para juízos estratégicos sobre a qualidade da autoridade política, em vez de debater como orientação democrática sobre a autoridade política frente ao caso de Corrupção Política.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o estudo empreendido sobre o objeto escolhido, não é difícil constatar que a determinação da condução coercitiva do ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no dia 04/03/2016, na 24ª fase da “Operação Lava Jato” tratou-se de ato ilegal. Sob a hipótese de que tal ilegalidade se pode verificar por razões que transcendem ao mal emprego da técnica jurídica, foi possível rastrear seus elementos.

Em primeiro lugar, demonstramos que a aceitação da postura da autoridade pública ao arrepio da lei se relaciona em larga medida com a recepção -pouco consistente - de teorias que introduzem a moral no processo de interpretação de normas jurídicas, e, como consequência, colocam em dúvida a viabilidade da adoção de positivismo jurídico e relativizam as consequências de uma suposta “rigidez” do princípio da legalidade.

Na seara penal, os nefastos efeitos de uma tal construção teórica produziram um ambiente propício ao vilipêndio das garantias fundamentais do cidadão investigado, como no caso analisado.

Para adequada análise do caso, no entanto, necessário situar sua peculiaridade como caso de corrupção política entendido enquanto recurso normativo de poder estratégico frente a autoridade política, o que provoca específicos efeitos nos processos de tomada de decisão jurídicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANECHIARICO,F.; JACOB, J. B. The pursuit of absolute integrity: how corruption control makes government ineffective. Chicago: UCP, 274p.,1996.

ARISTÓTELES.Ética a Nicômacos. Tradução do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB,237p.,1985.

AUSTIN, J.L. Sentido e percepção. São Paulo: Martins Fontes, 193p.,1993.

AVRITZER, L. *et al.*(Org). Corrupção. Ensaios e críticas. Belo Horizonte: UFMG, 596p., 2008.

AVRITZER,L.; FILGUEIRAS,F. Corrupção e controles democráticos no Brasil. Estado, instituições e democracia: republica. Brasília, DF: CEPAL, escritório no Brasil / IPEA, 40p.,2011.

BEZERRA,M.O. La corruption comme mode de governemet: les affaires du Parti des Travailleurs. La vie des ideesm v.17,p. 69-75, 2006.

- CARSON,L; MOTA PRADO, M. Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: potential lessons for institucional design. IRIBA Working Papaer 09, 40p., 2014.
- DELLA PORTA, D.; VANNUCCI, A. The hidden order of corruption. An institutional approach. Farnham: Ashgate,299p.,2012.
- DOMINGUES, J.M. Patrimonialismo e neopatrimonialismo. In: L. Abritzer; H. Starling (Org.) Dicionário analítico da corrupção. Belo Horizonte: Editora UFMG,p. 187-192,2008.
- FERNANDES,A.S.; ESSADO,T. C. Corrupção:aspectos processuais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 89, p.473-494, 2011.
- FIGUEIREDO,M.;GARCIA,M.N. Corrupção e direito administrativo. In: Bruno Wilhelm Speck (Org.). Caminhos da transparência. Campinas: UNICAMP, p. 51-71, 2002.
- FILGUEIRAS,F. A Corrupção, democracia e legitimidade. Belo Horizonte: UFMG, 221 p., 2008.
- _____. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. Opinião Pública, v. 15, p. 386-421, 2009.
- _____ (Org). Ética pública e controle da corrupção. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 126 p, 2011.
- _____. Corrupção e cultura política: a percepção da corrupção no Brasil. In: H.Telles; A. Moreno (Org). Comportamento eleitoral e comunicação política na América Latina. Belo Horizonte: UFMG, p. 2221-258, 2013.
- FILGUEIRAS,F.: ARAÚJO,M.M. A política anticorrupção e o marco legal no Brasil. In: I. F. Cunha; E. Serrano. (Org). Cobertura jornalística da corrupção política: sistemas políticos, sistemas mediáticos e enquadramentos legais. Lisboa: Alethêia Editores, p. 57-108, 2014.
- FONSECA-SILVA, M. C. Encenação discursiva e espetacularização de casos de corrupção política. Stvdia (Lisboa), v. 2,p. 57-172, 2012
- FRIEDRICH,C.J. Political corruption. Political Quarterly v.37, n.1,p.74-85, 1966.
- GALLIE,W.B. Essentially contested concepts. Proceedings of the Aristotlean Society,v. 56, p.167-198, 1955-56.
- GRANOVETTER, M. The social construction of corruption. In: V.Nee; R. Swedberg (Org.). On capitalism. Stanford: SUP, p. 152-172, 2007.
- GRUENE, N. “Und sie wissen nechtm was es ist”. In: *Id.* (Org.). Korruption. Historische Annäherungen an eine Grundfigur politischer Kommunikation, Göttingn: V&R, p. 11-34, 2010.
- HABERMAS, J. What is universal pragmatics? In: idem. Communication and the evolution of society. Boston: Beacon Press, p. 1-68, 1979.
- _____. The theory of communicative action, v. 1: reason and the rationalization of society. Boston : Beacon Press, 465p., 1984.

_____. Ações, atos de fala, interações mediadas pela linguagem e munda da vida. In: idem. Pensamento pós-metafísico. Estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 65-103, 1990.

_____. A reply. In: A. Honneth; H. Joas (Org.). Communicative Action. Cambridge: Polity, p. 214-264,1991.

_____. Observaciones sobre el concepto de acción comunicativa (1982). In: idem, Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos. Madrid: Ediciones átedram, p. 479-507,1997.

HEIDENHEIMER,A.J. Introduction. In: idem (Org). Political corruption.: readings in comparative anlysis. Bew Brunswick: Transaction, p. 3-28,1970.

HOETJES,B.J.S. Administrative corruption in the Netherlands: recent cases and recent developments. Corruption and Reform, v.1, p.133-141, 1986.

HUNTINGTON, S. A ordem política nas sociedades em mudança, São Paulo: EDUSP, Rio de Janeiro: Forense Universtária, 496p.,1975.

KLITGAARD, R. A crrupção sob controle. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 264p., 1994.

LATTMAN-WELTMAN,F. Mídia, denunciismo e política: nova espiral da velha novela moral brasileira. Democracia Vicva, v.32, p.8-14, 2006.

LENNERFORS,T.T. The vicissitudes of corruption: degeneration-transgression-jouissance. Stockholm: Arvinius, 446p.,2008.

LESSA, R. Da corrupção, do despotismo e de algumas incertezas: uma perspectiva cética. Revista Lugar Comun, n.2/3, p. 784-851,1985.

LUZ,Y.C. O combate à corrupção entre direito penal e direito administrativo sancionador.

Revista Brasileira de Ciências Criminais,v.89,p.429-470,2011.

MALAN,D.R. Competência penal “ratione funcionae” do STF. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.106, p. 113-136,2014.

MARQUES,E.C. Public policies,power and social networks in Brazilian urban policies. Latin American Research Review, v. 27-50, 2012.

MERTON, R.K. Sociologia: teoria e estrutura. São Paulo: Mestre Jou, 758p.,1970.

MESQUITA,N.C. *et al* . As diferentes dinâmicas da corrupção: mídica,percepção e instituições no contexto brasileiro. In: I.F. Cunha; E.Serrano (Org.). Cobertura jornalística da corrupção políticas. Lisboa: AlethÊia,p.283-316,2014.

PAGOTTO,L. O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico. Tese de doutorado. São Paulo: USP.409P.,2010.

PONTES,H. Discurso, corrupção política e construção de identidades sociais. In: II simpósio internacional de análise crítica do discurso. São Paulo: USP, p.182-183,2007.

- QUEIROZ,R.M.R. O papel dos vencidos. Boletim IBCCrim, n.242,p.16-17,2013.
- QUEIROZ,R.M.R.;TANGERINO,D.P.C. A tutela da moralidade política pelo direito penal: relato e análise da ação penal 470. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.106,p. 251-268,2014.
- ROSE-ACKERMAN,S. Corruption: a study in political economy. New York: Academic Press, 258p., 1978.
- SABADELL,A.L.; SIMON,J.-M; Protestos sociais, direitos fundamentais e direito a desobediência civil. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, v.8,p.521-544, 2014.
- SANTOS, JUAREZ CIRINO DOS. Manual de Direito Penal- Parte Geral. São Paulo: Conceito Editorial,2011.
- SAXONHOUSE,A.W. To corrupt: the ambiguity of the language of corruption in ancient Athens. In: M. Barcham, B. HindessP. Larmour (Org.). Corruption: expanding the focus. Canberra: ANUP, p. 53-71,2012.
- SILVEIRA,RM.J. Adecuación social y corrupción. In: J.R. Serrano-Piedecabras; E.D. Crespo (Org.). El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo. Madrid: Colex, p. 301-314,2010.
- SPECK,B.W. O financiamento político e a corrupção no Brasil. In: R. de Cassia Biazon (Org.). Temas de corrupção política no Brasil. São Paulo: Balão Editorial, p. 49-97,2012.
- SPECK, B.W. *et al.* A impunidade em questão. Radiografia da tramitação de processos relativos a crimes de corrupção no tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Revista Cidadania e Justiça Associação dos Magistrados Brasileiros, p.194-203,2002.
- WALDRON,J. Is the rule of law an essentially contested concept (in Florida)? Law and Philosophy,v.21,p.137-164,2002.
- WARREN,M.E. The meaning of corruption in democracies. In: P. Heywood (Org.) The Routledge International Handbook on Political Corruption. London- New York: Routledge,p. 42-55, 2015.
- WAISBORD, S. Watchdog journalism in South America. News, accountability and democracy. New York- Chchester: Columbia University Press, 288p.,2000.
- WORLD BANK: Helping countries combat corruption: the role of the World Bank. Washington D.C.: World Bank, 73p.,1997.