



**PROGRAMA DE PÓS – GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LUIS AUGUSTO BEZERRA MATTOS**

**MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL: ANÁLISE DO CASO  
LULA NA OPERAÇÃO LAVA-JATO**

**FORTALEZA**

**2019**

**LUIS AUGUSTO BEZERRA MATTOS**

**MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL: ANÁLISE DO CASO  
LULA NA OPERAÇÃO LAVA-JATO**

Dissertação apresentada à Coordenação do programa de Pós- Graduação em Direito do Centro Universitário Christus, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre. Área de Concentração: Processo e acesso ao desenvolvimento. Linha de pesquisa: Direito e Acesso a justiça.

Orientador: Prof. Dr. Jânio Pereira da Cunha.

Fortaleza  
2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Centro Universitário Christus - Unichristus  
Gerada automaticamente pelo Sistema de Elaboração de Ficha Catalográfica do  
Centro Universitário Christus - Unichristus, com dados fornecidos pelo(a) autor(a)

M435m Mattos, Luis Augusto Bezerra.  
Motivação das Decisões Judiciais no Brasil: Análise do Caso Lula  
na Operação Lava-Jato / Luis Augusto Bezerra Mattos. - 2019.  
134 f.

Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário Christus -  
Unichristus, Mestrado em Direito, Fortaleza, 2019.

Orientação: Prof. Dr. Jânio Pereira da Cunha.

Área de concentração: Direito e Acesso a justiça.

1. Garantias fundamentais. 2. Inconstitucionalidade. 3.  
Democracia. I. Título.

CDD 340

**LUIS AUGUSTO BEZERRA MATTOS**

**MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL: ANÁLISE DO CASO  
LULA NA OPERAÇÃO LAVA-JATO**

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Processo e Direito ao Desenvolvimento do Centro Universitário Unichristus, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Jânio Pereira da Cunha.

Aprovado em: 12 de Abril de 2019

Banca Examinadora:

---

Prof Dr. Jânio Pereira da Cunha

Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

---

Prof. Dr. Gerardo Clécio Maia Arruda

Centro Universitário Christus ( UNICHRISTUS)

---

Prof. Dr. Bruno de Queiroz Oliveira

Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

---

Prof. Dr. Leonardo José Peixoto Leal

Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

À minha querida avó, Nêda Mattos, pelo apoio de sempre e frequente em mais esta jornada, que faz do seu mister de educadora uma arte de inspiração e conhecimento.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela oportunidade de me conceder a realização este trabalho, com saúde, perseverança, paciência, humildade e seriedade.

A minha família pelo apoio incondicional e por compreender o motivo de todas as vezes que precisei estar ausente para me dedicar a este trabalho, em especial, à minha maior incentivadora, avó Nêda Mattos, com quem pude dividir minhas dúvidas e reflexões, e ao meu querido pai, *in memoriam*, Luiz Eduardo, pelos ensinamentos e aprendizados vivenciados em sua vida.

Aos professores que me acompanharam durante toda a pós-graduação, compartilhando seus conhecimentos e me instigando a sempre buscar mais, em específico, ao meu professor orientador, Doutor Jânio Pereira, pela conduta profissional, sóbria, humana e paciente no decorrer do trabalho, e ao coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito, professor doutor Juraci Mourão, pela sua contínua dedicação com os discentes.

À Banca, pelo aceite, formada por professores que dedicaram seu disputado tempo para avaliar este trabalho e estar presente no dia da defesa da dissertação.

E aos amigos do mestrado da Unichristus, como também aos de outras searas, que estiveram sempre ao meu lado e que com um simples gesto ou palavra não me deixaram desistir no meio do caminho.

A todos, meu muito obrigado.

## RESUMO

O trabalho pretende discorrer sobre a fundamentação das decisões judiciais, especialmente analisar como se deu a motivação do juiz Sérgio Moro, relativamente à interceptação telefônica e condução coercitiva, envolvendo o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Pretende, ainda, compreender as garantias fundamentais constitucionais e discutir os institutos influenciadores da crise da democracia e do Estado de Direito. O método utilizado neste trabalho é o estudo de caso, por meio de pesquisas bibliográficas e qualitativas, buscando, com suporte em hipóteses, alcançar conclusões e resultados presentes nos dados, e fatos pesquisados. A demanda realiza-se com arrimo em livros, periódicos e artigos. Do ponto de vista dos resultados, tem-se que as decisões analisadas não se compatibilizam com a Constituição Federal de 1988 e com as leis. Conclui-se que o Judiciário deve-se nortear pela garantia dos direitos fundamentais na relação processual, a fim de que se evitem excessos e não se cometam arbitrariedades.

**Palavras – chave:** Garantias fundamentais. Inconstitucionalidade. Democracia.

## **ABSTRACT**

The present work aims to discuss on the basis of the judicial decisions in specific to analyze how the motivation of Judge Sérgio Moro, in relation to telephone interception and coercive conduct, involving the former president Luiz Inácio Lula da Silva. It also seeks to understand the fundamental constitutional guarantees and to discuss institutes that are influential in the crisis of democracy and the rule of law. The method used in this work is the case study, through bibliographical and qualitative research, seeking from the hypotheses to reach conclusions and results from the data, researched facts. The research is carried out through books, periodicals and articles. From the point of view of the results, the decisions analyzed are not compatible with the Federal Constitution of 1988 and with the laws. It follows that the judiciary should be guided by the guarantee of fundamental rights in the procedural relationship in order to avoid excesses and arbitrary decisions.

**Keywords:** Fundamental guarantees. Unconstitutionality. Democracy

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	
<b>2. INSTITUTOS INERENTES AO GARANTISMO PENAL</b>	
2.1 Princípio do Devido Processo Legal.....	1
2.2 Imparcialidade do juízo.....	10
2.3 Do Juiz Natural.....	17
2.4 Princípio do Encargo da Prova.....	23
2.5 Princípio da Legalidade.....	30
2.6 Princípio da Motivação/Fundamentação das decisões judiciais.....	39
2.7 Princípio da Presunção de Inocência.....	46
<b>3 DO ESTADO DE EXCEÇÃO: A CRISE DA DEMOCRACIA E DO ESTADO DE DIREITO NO BRASIL</b>	
3.1 Conceito e características do Estado de Exceção.....	51
3.2 O inimigo do Direito Penal.....	61
3.3 Ativismo judicial e política criminal.....	67
3.4 Populismo penal midiático.....	74
<b>4 OPERAÇÃO LAVA - JATO E O EX-PRESIDENTE LULA: ATUAÇÃO DO JUIZ SÉRGIO MORO.....</b>	<b>83</b>
4.1 Interceptação telefônica.....	84
4.2 Da condução coercitiva.....	96
4.3 Nomeação do juiz Sérgio Moro para Ministro da Justiça.....	105
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	

## 1. INTRODUÇÃO

Em julho de 2017 o juízo de Curitiba condenou o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva a nove anos e seis meses de prisão. O ex-presidente, antes de ocupar a Chefia do Poder Executivo Federal, foi metalúrgico, fundador do Partido dos Trabalhadores, e líder de vários movimentos sociais no Brasil, especialmente no período entre 1964 e 1985, contra os regimes ditatoriais militares e em favor da democracia. Luiz Inácio Lula da Silva foi presidente da República Federativa do Brasil em 2002 e reeleito no ano de 2006.

O magistrado à época Sérgio Fernando Moro, atualmente ministro da Justiça e Segurança Pública, foi um dos juízes que mais ganhou notoriedade no âmbito nacional e internacional no âmbito da Operação Lava Jato, em que no juízo de primeira instância investigaram-se empresários, políticos, empreiteiros e outras pessoas. Sua atuação foi demasiadamente questionada no decorrer do processo e julgamento em relação ao ex-presidente por diversos fatores, e dentre eles, o mais recente, o aceite para ocupar uma das chefias dos ministérios do atual presidente, quem é oposição declaradamente a Luiz Inácio Lula da Silva.

A escolha do tema foi realizada com base na relevância e repercussão com que se propagou o processo criminal contra o ex-presidente do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, condenado pelo juízo de 1ª instância, Sérgio Moro, em 2018, responsável pela 13ª Vara, referente à Justiça Federal de Curitiba, a nove anos e seis meses de prisão, pena a qual foi majorada no mesmo ano pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em Porto Alegre pra 12 anos e um mês de reclusão.

Justifica-se a importância do assunto, essencialmente, por explicar a atuação polêmica do magistrado Sérgio Moro na denominada Operação Lava-Jato, a qual teve como um dos objetivos a investigação de desvios públicos orçamentários decorrentes dos crimes de corrupção, lavagem de dinheiro, entre outros cometidos por políticos, empresários e servidores públicos. A denominada “Lava-Jato” investigou também empreiteiras que movimentavam grandes quantias financeiras, como também a estatal brasileira Petrobrás.

Essa investigação teve diversos acontecimentos que geraram questionamentos e debates jurídicos, principalmente nas atitudes, no decorrer das investigações do magistrado Sérgio Moro, como foi o caso da efetivação a interceptação telefônica em 2016 entre a presidente, à época, Dilma Rousseff, e o ex-presidente Luiz Inácio Lula da

Silva, bem como a autorização da condução coercitiva do ex-presidente e a nomeação para ministro da Justiça de Sérgio Moro, para compor o Governo Federal do presidente eleito em 2018 Jair Bolsonaro, dentre outros fatos controversos.

Assim, este trabalho tem a finalidade científica de averiguar por meio da doutrina clássica e também dos autores que se dedicaram aos temas específicos, analisar os distintos aspectos inseridos na fundamentação da decisão judicial do magistrado Sérgio Moro. Não se realizam apelos sociais, vieses político-partidários ou elemento outro que possam comprometer a cientificidade e a serenidade da dissertação.

No segundo capítulo desenvolver-se opiniões acerca dos institutos garantistas que asseguram o devido andamento processual penal no Brasil. Alguns princípios processuais penais estão expressamente na Constituição, outros implicitamente, mas que também devem ser garantidos para o efetivo cumprimento do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Os princípios garantidores do processo penal adquiriram maior notoriedade e observância em 1988 com a inserção da Constituição Federativa do Brasil no ordenamento jurídico brasileiro. Estes institutos jurídicos buscam como objetivos gerais assegurar o cumprimento da legalidade e garantir os direitos fundamentais do acusado em um processo judicial para evitar os excessos do poder jurisdicional.

Já no terceiro segmento procura-se compreender quais são as causas e consequências que contribuem para a crise da democracia e do Estado Democrático e Constitucional de Direito no Brasil, enfocando o estado de exceção.

Outro tema relacionado no terceiro capítulo é o inimigo do Direito penal, o qual tem esta denominação pelo fato de setores do Estado, mídia e outros adversários que se propõem perseguir uma determinada pessoa ou grupo como oposição e um risco às pretensões do governo vigente, em razão das divergências políticas, econômicas, sociais, religiosas, que poderia representar um perigo para as pretensões dos perseguidores.

O tema seguinte, no mesmo capítulo, versa sobre o ativismo judicial. Deverá o magistrado realizar política criminal em detrimento de cumprir as garantias fundamentais do réu no processo? A legalidade poderá auxiliar na resposta a esta indagação. O ativismo judicial, dentre outras peculiaridades, é praticado por meio de política criminal, e no excesso de discricionariedade do julgador no momento decisório.

Ainda no terceiro capítulo é descrito, como um dos elementos que contribuem para a crise da democracia e do estado do Direito, o populismo penal midiático, em que

a mídia atua de maneira protagonista, interferindo nas decisões judiciais. O magistrado, em alguns casos, se utiliza das transcrições de matérias jornalísticas como um dos fundamentos na decisão judicial.

Além disso, a busca do convencimento social sobre determinado fato é também praticada no âmbito do populismo penal midiático, o que pode influenciar nas políticas públicas futuras de um país, como, por exemplo, no pleito eleitoral, e na escolha do candidato, em que os meios de propagação coletiva por intermédio do populismo, expõe, ainda que de modo indireto sua preferência eleitoral.

No quarto capítulo, busca-se entender a atuação do juiz Sérgio Moro em relação a alguns atos decisórios referentes à “Operação Lava - Jato”, como foram os casos da interceptação telefônica entre a Presidente da República, possuidora de foro privilegiado, Dilma Rousseff, e o ex - Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Outra atuação do magistrado que será abordada consiste no mandado autorizador da condução coercitiva do ex-presidente, o que produziu inúmeras discussões, principalmente pela falta de notificação prévia do depoente.

Por fim, analisa-se, ainda, a nomeação do juiz Sérgio Moro para Ministro da Justiça e Segurança Pública. Vale ressaltar que o Poder Judiciário deve buscar meios que facilitem o acesso à Justiça, o que consiste numa garantia às partes no processo à tutela estatal de maneira imparcial, para que o magistrado cumpra o devido processo legal e seus institutos correlatos.

Uma das características do acesso à Justiça é exatamente a garantia da imparcialidade do magistrado atuando de maneira desinteressada em determinado processo judicial. A efetivação dos instrumentos de direitos fundamentais no processo é essencial para a consecução do instituto, em que a cooperação e a participação do poder jurisdicional devem se dar no curso dos procedimentos processuais, como é o caso do direito ao contraditório e à ampla defesa.

Em suma, com este ensaio acadêmico *stricto sensu*, será priorizado o contexto da motivação das decisões judiciais, sobre distintas perspectivas, explanando a relevância dos institutos garantistas processuais, mostrando, ainda, os variados aspectos que podem submeter a risco a democracia, culminando com a atuação do Poder Judiciário em relação ao caso do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que, pela sua importância social, e jurídica, repercutiu até mesmo no âmbito internacional, como na O.N.U (Organização das Nações Unidas).

## 2.1 Princípio do devido processo legal

O instituto do devido processo legal será analisado à luz de várias perspectivas, dentre elas as noções relacionadas à sua origem e seu contexto histórico. Serão ainda examinadas algumas legislações nacionais e internacionais que o inseriram em seu texto normativo. Também serão ressaltadas características inerentes ao tema estudado, além de classificações ao devido processo legal.

A expressão devido processo legal, como atualmente é compreendida, era denominada por outra terminologia no período do reinado de João Sem Terra em 1215. O vocábulo empregado era “lei da terra”, o qual era denominado pela expressão inglesa à época “*law of the land*”: “Mas sempre se entendeu que a locução *law of the land* significava o mesmo que *due processo of law*, tendo esta sido consagrada como sucessora daquela [...]”. (CARVALHO, 2014, p. 169).

A decisão devido processo legal foi usada pela primeira vez na Inglaterra, por meio de uma lei, no reinado de Eduardo III, século XIV, do ano de 1354: “Como se vê, inicialmente não se usou a expressão *devido processo legal*, o que só veio ocorrer em 1354, sob o reinado de Eduardo III, em lei aprovada pelo parlamento inglês [...]”. (CARVALHO, 2014, p. 169).

No que concerne ao contexto histórico, observa-se que, além de o princípio do devido processo legal ter surgido na Inglaterra, o desenvolvimento do instituto processual teve início em 1215, no reinado de João Sem-Terra com a expressão “lei da terra” até 1354. Neste cenário, prevalecia a noção de propriedade e terra, que, dentre outros direitos, só seria cabível a “[...] inviolabilidade de seus direitos relativos à vida, à liberdade e, sobretudo, à propriedade, que só poderiam ser suprimidos através da “lei da terra” [...]”. (CASTRO, 2010, p.7).

Ainda sob a perspectiva histórica, vale ressaltar que, na América do Sul, outras constituições também inseriram em seus textos normativos o princípio do devido

processo legal. Dentre elas, destaca-se a Constituição da Colômbia, no ano de 1991, nos artigos 29 e 183, parágrafo 2º, e a do Peru, em 1993, artigo 139.

O princípio do devido processo legal, ao longo do tempo, difundiu-se em diversas legislações internacionais, como foram citadas algumas delas. Destarte, este relevante instituto foi incorporado à Declaração Universal de Direitos do Homem, em 1948, no artigo 10; na Convenção Europeia de Direito Humanos, artigo 6; na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, artigo 47; Pacto de São José da Costa Rica, artigo 8; e no Código Íbero – Americano de Ética Judicial, de 2006, artigo 16. Não se pretende citar todos os textos normativos que inseriram o tema, mas explicar de maneira exemplificativa e não exaustiva o assunto.

No Brasil, foi inserido como garantia processual fundamental aos processos judiciais, administrativos, dentre outros, especificamente, no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988: “[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Este princípio traz em sua semântica o imperativo de que ao cidadão deve ser assegurado todo o trâmite processual devido com as demais garantias, como o contraditório, a imparcialidade, a presunção de inocência, dentre outros, de tal sorte que sem a observância de tais garantias processuais a liberdade do cidadão ou seus bens não poderão ser objeto de restrição e apreensão respectivamente.

Relativamente à definição do princípio discutido, Ada Pellegrini explica o devido processo legal como um agrupamento de garantias quanto ao exercício da jurisdição: “[...] os limites que se impõem ao Estado, para guardar o sistema de liberdades públicas, configuram-se através daquele conjunto de garantias denominado *due processo of law*”. (GRINOVER, 2013, p. 37).

O devido processo legal é reconhecido como o princípio geral e que dele decorrem todas as outras garantias. Com efeito, o “*due processo of law*”, “É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies”. (NERY JUNIOR, 2009, p. 77).

Assim, com o instituto do devido processo legal se relacionam princípios como contraditório e ampla defesa, imparcialidade, proibição de provas ilícitas e outros. Nos procedimentos judiciais e administrativos que correspondam a determinado processo, se não existem o direito à ampla defesa dos apenados e investigados, a imparcialidade dos

magistrados e ao correspondente desinteresse na demanda, não se pode cumprir o devido processo legal.

De acordo com o contexto ora tratado e dos demais princípios que do devido processo legal se originam, entende-se que, “Dele decorrem todos os demais princípios processuais insculpidos no texto constitucional, tais como a proibição da prova obtida por meio ilícito, o contraditório *propriamente dito*, a publicidade dos atos processuais etc.” (ALVIM; THAMAY; GRANADO, 2014, p. 26).

No decorrer do tempo, incluíram-se outros princípios no devido processo legal. Tanto é assim que grande parte da doutrina o compreende como uma garantia processual que dá origem a outras. Neste sentido, pode-se afirmar que, “Do princípio do devido processo legal derivam, praticamente, todos os princípios constitucionais do processo, como da igualdade, juiz natural, motivação das decisões, vedação as provas obtidas por meios ilícitos”. (SCHIAVI, 2013, p. 89).

O princípio do devido processo legal representa, pois, um conglomerado de garantias, que por meio da legalidade, assegura que as liberdades inerentes a todos em sociedade sejam efetivadas.

A necessidade do efetivo cumprimento do devido processo legal torna-se assim relevante em distintas espécies processuais. Em relação à importância deste tema aos processos em geral, pode-se dizer que:

De todo modo, a explicação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos da CF 5º, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar sem maiores indagações. (NERY JUNIOR, 2009, p. 85).

As garantias fundamentais inseridas na Constituição do Brasil no artigo 5º representam a observância ao cumprimento que as instituições como também os cidadãos necessitam ter em relação a elas. Dentre estas consideram a necessidade do julgamento pelo juízo competente, ou seja, ao réu processado é indispensável que seja julgado por um magistrado o qual tenha competência em relação à matéria da ação processual discutida, como também que o juízo prolator da sentença seja competente.

De acordo com os ensinamentos de Nery Junior (NERY JUNIOR, 2009), o princípio do devido processo legal não pode ser questionado sobre sua aplicação, seja pelo Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário. A aplicação do instituto garante a legitimidade e a legalidade na atuação jurisdicional e aos atos procedimentais processuais.

O processo penal é tradicionalmente compreendido por alguns doutrinadores, como o direito que realiza a atividade persecutória e punitiva. Existem, no entanto, outras vertentes as quais mostram que o Direito Penal pode ser percebido também como garantidor de direitos fundamentais, limitando a atuação estatal. Neste sentido, autores no âmbito internacional, como Luigi Ferrajoli, e nacional, Ada Pellegrini, se filiam a este estudo garantista e limitador da atividade jurisdicional.

Quanto às finalidades relativas ao Direito Processual Penal garantidor das liberdades e das garantias constitucionais fundamentais, percebe-se que

[...] é no processo penal que se devem encontrar o limite, a proteção e as garantias devidas ao indivíduo, no momento em que sua liberdade pessoal e seus direitos de personalidade podem sofrer as mais profundas e lancinantes agressões. (GRINOVER, 2013, p. 76).

Com isso, o Direito Processual Penal deve ser refletido não somente de modo incriminador e condenador, mas também protetivo e assecuratório de que os direitos fundamentais serão efetivados às partes sem distinção de etnia, ideologia política ou qualquer outra diferenciação, com a finalidade de evitar danos irreparáveis a qualquer dos litigantes, como, por exemplo, cumprimento de pena por pessoa inocente.

A condenação não deve ser presumida de maneira inicial às investigações, atribuindo culpa ou qualquer condição acusatória em relação ao réu e ao investigado. A estes deve ser respeitado o cumprimento legal de todas as garantias processuais para que ocorra o devido processo legal, caso contrário, poderão ocorrer prisões ilegais e arbitrárias de um acusado que não teve condições mínimas fundamentais para exercer seu direito ao contraditório e ampla defesa, por exemplo.

A presunção de inocência é parte integrante do devido processo legal, pois admite que a culpa só possa ocorrer com todo o trânsito em julgado, ou seja, com a sentença penal condenatória definitiva, assegurando que o poder jurisdicional cumpra os

direitos fundamentais assegurados ao réu e investigados. A Constituição do Brasil de 1988 inseriu o princípio da presunção de inocência, no artigo 5º, inciso LVII.<sup>1</sup>

Em relação ao entendimento do devido processo legal e à presunção de inocência, conclui-se:

A primeira, e talvez a mais importante, garantia do processo penal, e que é ínsita ao postulado do *due process of law*, é a “presunção de inocência” que assegura a qualidade de inocente aos acusados até que sobrevenha, através de processo regular, condenação definitiva e com trânsito em julgado que reconheça a autoria e a materialidade do ilícito criminal, além da culpabilidade do condenado. (CASTRO, 2010, p. 275).

Em suma, a garantia da presunção de inocência e o devido processo legal permitem ao investigado e réu a condição de inocente em determinada demanda processual, aguardando a sentença com trânsito em julgado. Assim presume-se inocente até que se prove legalmente em contrário a culpabilidade, materialidade e autoria do acusado.

O devido processo legal, além de suas múltiplas características, possui como conteúdo a participação das partes nos atos judiciais:

O processo deve ser devido porque, em um Estado Democrático de Direito, não basta que o Estado atue de qualquer forma, mas deve atuar de acordo com regras preestabelecidas e que assegurem, amplamente, que os interessados na solução da questão levada ao Judiciário exerçam todas as possibilidades de ataque e de defesa que lhe pareçam necessárias, isto é, participação. (BUENO, 2015, p. 41).

A atuação do autor e réu é um direito legal constitucional aos litigantes em todo o trâmite procedimental. Desta maneira, a participação dos componentes da relação processual está relacionada com o que se denomina de inércia da atividade jurisdicional, significando que a atuação da atividade julgadora é desempenhada mediante a instigação provocada pelas partes para que seja exercido o andamento processual.

Quanto aos objetivos do princípio do regular “[...] o direito fundamental ao devido processo legal permeia a vida e a liberdade dos cidadãos de maneira absolutamente envolvente e duradoura, sendo impensável a sua subtração do

---

<sup>1</sup> Artigo 5º, LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

ordenamento jurídico democrático”. (FERREIRA, 2014, p. 665). Com efeito, é impossível imaginar sua extinção dos textos constitucionais atuais em Estados Democráticos, como é o caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Enfim, para que o processo percorra o seu andamento em conformidade com os ditames legais, é necessário que se obedeça ao que está normatizado na Constituição de determinado país, pois, do contrário, estar-se-iam violando preceitos normativos inerentes ao Estado Constitucional e Democrático de Direito.

No intuito da busca para que se efetive o devido processo legal, é indispensável que se tenha um magistrado imparcial e que não decida de modo eminentemente político e partidário, sob pena de os atos seguintes ao processo estarem viciados e, com efeito, inválidos. Da mesma forma, a garantia do contraditório e ampla defesa por toda a fase processual. Se violadas as garantias constitucionais da imparcialidade e do contraditório e ampla defesa, descumpre também o devido processo legal, pondo-se em risco todo o processo:

O abandono da visão estritamente processualista da cogitada garantia constitucional (*procedural due process*) e o início da fase “substantiva” na evolução desse instituto (*substantive due process*) retrata a entrada em cena de Judiciário como árbitro autorizado e final das relações do governo com a sociedade civil, revelando seu papel protagonista e igualmente “substantivo” no seio das instituições governativas. (CASTRO, 2010, p. 45).

O magistrado tem por função julgar determinado caso à luz da ordem normativa vigente, observando as leis e não decidindo questões processuais com base em ideologias pessoais, por interpretações à luz da moralidade social, pondo em risco se assim atua, às instituições estatais em sociedade.

Destaque-se que o princípio do devido processo legal expressa dois aspectos, um formal e outro substancial. Hugo Segundo diferencia os significados entre devido processo legal formal e substancial. Assim, no aspecto formal, “Não se discute, contudo, o conteúdo dessas normas: basta que disciplinem o processo para que reste atendido o princípio”. (MACHADO SEGUNDO, 2017, p. 35). Com isso, quando se expressar por meio do sentido formal, o princípio em estudo está relacionado ao artigo 5º, LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Já no tocante ao aspecto material, o que se discute é o que está incluído quanto ao conteúdo do instituto em análise:

Para que a garantia do devido processo legal seja efetiva, faz-se mister limitar, positiva e negativamente, o conteúdo das normas jurídicas que disciplinam o processo, a fim de garantir a igualdade das partes envolvidas, o contraditório e a ampla defesa etc. (MACHADO SEGUNDO, 2017, p. 35).

O sentido material do devido processo legal relaciona-se com as garantias fundamentais processuais penais. Estes princípios constitucionais fazem parte do conteúdo do devido processo legal, como, por exemplo, é necessário que esteja presente nos atos procedimentais a vedação à produção de provas ilícitas, em cumprimento a garantia processual penal do encargo da prova, bem como que as partes litigantes e o magistrado atuem em conformidade com as normas vigentes em obediência à legalidade.

Malgrado a normatividade e o princípio do devido processo legal, “[...] guarda suas raízes no princípio da legalidade, garantindo ao indivíduo que somente seja processado e punido se houver lei penal anterior definindo determinada conduta como crime, cominando-lhe pena”. (NUCCI, 2013, p. 90). Então, o fato punível em dado momento só deverá ser tipificado como crime se assim já estiver definido em lei. De outro modo, estaria o poder jurisdicional agindo na ausência da legalidade e de maneira arbitrária, excessiva.

Sobre o instituto do “due process of law”, destaca-se que o poder decisório pertencente ao exercício da magistratura não poderá ter como finalidade objetivos morais, políticos ou “justiceiros”.

Nesta situação dos questionamentos sobre os limites da atuação da discricionariedade dos magistrados, a “[...] indagação que se põe é a de saber quando por que não se pode, quanto às questões políticas, invocar cláusula do *devido processo legal* [...]”. (CASTRO, 2010, p. 256). As decisões judiciais devem ser realizadas com clareza e fundamentação, a fim de que sejam explanadas todas as razões de fato e de direito, por meio, principalmente, da produção das provas, as conclusões nas quais se baseou o juiz.

Em contrapartida, não deverão ser desconsideradas de apreciação judicial, em nenhum momento, ameaças ou lesões a direitos individuais ou coletivos, pois, “[...] não

serão consideradas “políticas”, ou excluídas da apreciação judicial, as questões que envolvam, ainda que em tese, lesão (ou ameaça de lesão) a direito individual ou coletivo”. (CASTRO, 2010, p. 269).

É neste sentido a ideia do protagonismo dos intérpretes autênticos da ordem jurídica:

Dessa forma, no Estado Democrático de Direito, o Juiz justiceiro, que se coloca, como protagonista do processo, não tem lugar. Atualmente, o julgador deve pautar-se pela abertura para a participação, colocando-se em igualdade com os demais sujeitos do processo. (PRESOTTI; SANTIAGO NETO, 2013, p. 303).

No âmbito processual da democracia não consiste em uma das finalidades da atividade jurisdicional a realização estrita da moralidade social e justiça pessoal em detrimento de cumprir a legalidade formal e material. Além da busca pela isonomia entre as partes na relação processual, a atividade desempenhada pelo juiz deve ter por finalidade o cumprimento da lei.

O Brasil do final dos anos 1980 até os dias atuais, principalmente com a promulgação da Constituição de 1988, e a mutação do paradigma estatal ditatorial para Estado Democrático de Direito, estabeleceu que o Poder Judiciário também se adequasse a este novo momento na história do País. Esta adaptação requer a valorização dos princípios democráticos inseridos na Constituição e outros pertencentes ao processo em geral. Os institutos garantistas como norteadores da democracia obtiveram o *status* de normas legais, devendo para tanto ser efetivados.

Enfim, de acordo com o parâmetro constitucional do artigo 5, LIV, é possível dizer que: “[...] o devido processo legal é uma liberdade contra o arbítrio do Estado, pois restringe a restrição à liberdade e à propriedade dos particulares”. (CARDOSO, 2012, p. 70).

Por último, admite-se que alguns doutrinadores realizam a distinção em devido processo legal e devido processo justo. O devido processo legal, como foi discutido até o momento, é uma garantia processual constitucional, a qual origina diversas outras, ao passo que o processo justo não quer dizer uma conceituação de justiça, pois esta poderá ter uma definição subjetiva de cada intérprete, o que certamente ocasiona inúmeras

divergências conceituais. Assim, o processo justo é a busca do correto andamento processual, em harmonia com as garantias legais.

A diferenciação entre devido processo legal e devido processo justo é realizada desta maneira:

Por outro lado, enquanto o devido processo legal remete ao Estado Democrático de Direito, no qual os direitos dos particulares são protegidos contra o arbítrio do Estado (atuação negativa), o devido processo justo é típico do Estado Constitucional e busca delinear um padrão mínimo de atuação processual do Estado (atuação positiva). (CARDOSO, 2012, p. 70).

Em suma, o Estado, quando atua de modo arbitrário, ilegal e excessivo, e ainda descumpre as garantias fundamentais constitucionais, procede de maneira negativa, violando o devido processo legal e os elementos processuais inerentes.

No próximo tópico, continuar-se-á a análise dos institutos do garantismo penal, dentre eles a imparcialidade do juízo, o qual decorre do princípio do devido processo legal.

## 2.2 Princípio da imparcialidade do juízo

O princípio da imparcialidade do juízo é, sem dúvidas, relevante e essencial para a composição do Estado Constitucional e Democrático de Direito no âmbito das decisões judiciais pelo Poder Jurisdicional, sendo, assim, uma garantia fundamental processual.

A imparcialidade do magistrado estabelece que o juiz atue de maneira isenta de interesses pessoais motivados por crenças religiosas ou condutas político – partidárias nos atos processuais. Não se deve compreender que o julgador se conduza de modo totalmente neutro em determinado processo, alheio aos fatos sociais, mas que exerça a atividade julgadora de acordo com os parâmetros legais, observando também os princípios constitucionais explícitos e implícitos.

O instituto garantista penal da imparcialidade exprime algumas peculiaridades a respeito do seu estudo. Sabe-se que existem diversas maneiras de considerá-lo, no entanto, serão abordadas apenas algumas delas.

A imparcialidade do juízo é uma condição para que se iniciem e desenvolvam os procedimentos que requerem poder de decisão em um processo:

A imparcialidade do juiz é um pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. É nesse sentido que se diz que o órgão jurisdicional deve ser *subjetivamente capaz*. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2013, p. 61).

O instituto da imparcialidade é um requisito obrigatório e também legal em relação aos juízes. A capacidade e a validade dos atos praticados pelo poder julgador em uma demanda irão depender, dentre outras garantias, desta condição de ser imparcial, a qual é uma exigência constitucional para a aptidão do magistrado na demanda processual.

Nas decisões judiciais, o magistrado necessita prolatar a decisão de maneira adequada, proporcional em relação às normas vigentes e ao caso que se está julgando. Assim, o equilíbrio na sentença e acórdãos judiciais é um aspecto essencial, caso contrário, o juiz poderá cometer arbitrariedades.

Assim, práticas autoritárias e antidemocráticas pelo julgador em suas decisões implica violação da imparcialidade, dado que “[...] a justiça consiste na negação de tal

arbítrio; uma condição mínima de imparcialidade se designa por isso: proibição de arbítrio”. (HÖFFE, 2001, p. 29).

O princípio da imparcialidade consiste numa garantia processual e, sendo assim, infere-se que não é lícito nem legal ao magistrado julgar de modo diverso do que é regulamentado juridicamente. O instituto, além de garantia, é direito das partes: “[...] a imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes”. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2013, p. 61).

A atuação do juiz deve ser permeada pela ausência de interesses na demanda judicial a qual lhe é destinada, como, por exemplo, no resultado. As partes ao provocarem o poder jurisdicional mediante a ação judicial por meio de determinado juízo, buscam que sua pretensão seja julgada por um terceiro imparcial à luz das garantias fundamentais e que o julgador realize sua decisão de maneira técnica, hermenêutica às leis pertinentes.

A imparcialidade do juízo está intrínseca ao cargo da magistratura. O juiz que é influenciado por pressões externas à decisão, como crenças religiosas ou políticas, não poderá decidir legitimamente as questões processuais.

Em relação à legitimidade jurisdicional entende-se:

Não é a toa, que toda a estrutura do Poder Judiciário está alicerçada sobre o valor da imparcialidade do magistrado, pois ela constitui a principal fonte de legitimidade do Poder Judiciário para solucionar conflitos de interesse. (ROCHA, 2017, p. 161).

O magistrado imparcial é legítimo para desempenhar a função decisória. O juiz que goza deste pressuposto da legitimidade pode conduzir os atos procedimentais com validade a fim de garantir a legalidade do andamento processual.

Compreende-se que a função julgadora não se relaciona preponderantemente à pessoa física, mas ao cargo o qual é ocupado; no entanto, o juiz como ser humano certamente não irá decidir de modo alheio ao contexto social e totalmente neutro à realidade, precisando estar atento ao que acontece nos meios sociais. Não pode deixar, entretanto, que setores empresariais ou midiáticos da sociedade influenciem na decisão.

Sobre a correlação da imparcialidade ao cargo de magistrado, pode-se dizer:

Avocando a si a missão de prestar a tutela jurisdicional, que não deixa de ser também a prestação de um serviço público, salta aos olhos que, ao exercer esse poder-dever-função, o Estado-juiz deverá agir com absoluta imparcialidade. (LEITE, 2012, p. 59).

Desta maneira, a imparcialidade consiste num requisito para desempenho do cargo de juiz. O magistrado, por possuir o poder estatal de decidir sobre determinada matéria processual, tem o dever legal de ser imparcial, quando não incorrer em impedimento ou suspeição como causas de impossibilidade de atuação por hipóteses objetivas ou subjetivas à pessoa física do julgador, respectivamente.

Malgrado o princípio do juízo imparcial e a vinculação com a função julgadora, “[...] a imparcialidade é essencial para o apropriado cumprimento dos deveres do cargo de juiz. Aplica-se não somente à decisão, mas também ao processo de tomada de decisão”. (CAETANO, 2017, p. 168).

O princípio da imparcialidade, em alguns casos, é compreendido e analisado diretamente com a neutralidade; porém, não são sinônimos. Assim sendo, a “neutralidade é palavra que pode sugerir uma situação de absoluta ausência de convicções, de *estranhamento* mesmo. O juiz, para ser completamente neutro, precisaria ser uma máquina”. (LIMA, 2015, p. 101).

Desta maneira, sendo o magistrado um cidadão, terá suas preferências políticas e ideológicas. Por obrigação legal à imparcialidade e demais garantias processuais, entretanto, não poderá deixar que estas convicções predominem na decisão judicial.

As opiniões doutrinárias realizadas por juízes, em palestras, conferências, trabalhos científicos, de acordo com Nelson Nery, não influenciam na imparcialidade dos magistrados:

A exteriorização de opiniões doutrinárias em publicações (livros e artigos), dissertações e teses acadêmicas (v. g. , mestrado, doutorado, livre-docência), como também em palestras e conferências, não constitui *per se* de parcialidade do juiz. (NERY JUNIOR, 2009, p. 137).

A realização dessas atividades que venham a expor o pensamento dos juízes sobre determinado tema não interferem na imparcialidade dos magistrados, no entanto, os julgadores não podem fazer juízos pessoais morais sobre um caso concreto pendente de julgamento, expondo a relação com o processo e as partes.

A neutralidade dos magistrados consiste, em linhas gerais, em que a subjetividade e a preferência sobre determinado tema não venham a ser decisivas em confronto com a legalidade. Os juízes fundamentam sua decisão à luz da ordem

normativa e de acordo com a demanda processual, utilizando-se do poder discricionário, ou seja, procurando interpretar normativamente o caso concreto para que opte pela decisão legal mais adequada ao litígio.

Uma das modalidades de violação da imparcialidade é a questão de análises em público de litígios que ainda não foram julgados ou que necessitem de sigilo das informações processuais: “[...] o juiz não pode fazer *prejulgamento* da causa, exteriorizando seu entendimento sobre o caso concreto antes de proferir a sentença”. (NERY JUNIOR, 2009, p. 141).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 95, descreve as garantias pertencentes aos magistrados. Entende-se, que por meio delas, podem assegurar ao processo e ao “*poder decisorium*” a busca pela segurança jurídica, pois ao juiz são resguardadas constitucionalmente diversas prerrogativas, permitindo a atuação livre e independente.

Adverta-se, no entanto, o fato de que podem existir alguns óbices quanto à efetividade dessas garantias, como as pressões externas dos governos ditatoriais e autoritários que ameaçam o desempenho da atuação dos magistrados, a fim de que estes realizem o que for conveniente para aquela determinada configuração de governo. É sabido também que os próprios juízes, ao se submeterem a estas finalidades autoritárias, contribuem para a corrupção, enfraquecimento das instituições, descumprindo os deveres legais e democráticos.

As garantias da magistratura são essenciais para a atividade jurisdicional por diversos aspectos. Dentre elas a independência na decisão dos juízes é justificável, pois “[...] necessita da independência para poder desempenhar plenamente suas funções, decidindo com serenidade e imparcialidade, cumprimento verdadeira missão no interesse da sociedade”. (DALLARI, 2008, p. 48).

Sendo assim a Constituição do Brasil, no artigo 95, trouxe três incisos referentes às garantias dos magistrados, como serão resumidos: I – vitaliciedade. Esta garantia é adquirida pelo juiz de 1º grau após dois anos de exercício do cargo, ficando sua perda relacionada ao Tribunal vinculado ou sentença transitada em julgado. Já o inciso II refere-se à inamovibilidade, segundo a qual o magistrado só será transferido da Comarca onde atua judicialmente, por sua vontade, ou se demonstrado interesse público segundo o artigo 93, VIII da Constituição do Brasil. Por fim o Inciso III trata da questão

da irredutibilidade de subsídio, ou seja, da impossibilidade da redução dos salários, com exceção de alguns casos expressos na própria Constituição.

No tocante às finalidades das garantias fundamentais dos magistrados, pontuaram Alvim, Thamay e Granado (2015, p. 49-50).

Gozam os juízes, legitimamente integrantes do Poder Judiciário, alojados em juízos e tribunais na Constituição ou a partir dela, de uma série de garantias, justamente para que a aplicação do direito por eles feita signifique, exclusivamente, a vontade da lei, e a fim de que a esse mister restem estranhas qualquer outras influências. São as garantias já abordadas anteriormente, isto é, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios.

Essas atribuições relacionadas ao cargo do juiz fazem com que ele tenha autonomia e independência, não deixando que interferências alheias ao que se discute no processo influam nas decisões.

No Estado Constitucional e Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, é no mínimo questionável que decisões por juízes sigam estritamente indícios, convicções pessoais ou até mesmo a utilização de delações de réus como prova cabal e incriminadora em determinados processos criminais.

O juiz imparcial também tem de expor a fundamentação das decisões judiciais, pois, ao motivar de modo que minimize lacunas e contradições nas decisões, possibilita às partes compreender em objetivamente o que foi apreciado pelo magistrado: “[...] é por isso que o princípio da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais é corolário da imparcialidade do juízo”. (COSTA, 2014, p. 32).

Em suma, com a mudança de paradigma processual civil e a aplicação, desde 2016, do atual Código de Processo Civil, o artigo 489 tornou obrigatório aos magistrados que fundamentem detalhadamente suas decisões à luz de tal dispositivo, pois, além do artigo 93, IX, da Constituição, ficou especificado, por meio dos diversos incisos, o que deve conter na motivação das decisões judiciais.

Dentre as várias finalidades relacionadas ao princípio da imparcialidade do juízo, está a proibição do “juiz justiceiro”, o qual realiza justiça pessoal por convicções ideológicas:

O juiz não deve manifestar, direta ou indiretamente, preferência por qualquer entidade dessa natureza, mas além disso precisa estar sempre de consciência alerta para que suas preferências político-partidárias ou eleitorais, ou simplesmente suas convicções políticas, prejudicando o direito e a justiça. (DALLARI, 2008, p. 89-90).

Malgrado a imparcialidade do juízo, o magistrado, ao atuar no âmbito externo do local de trabalho, deve-se conduzir de maneira reservada e serena, evitando comentários sobre processos pendentes de julgamento, e também se esquivar de proferir discursos polêmicos em programas televisivos, entre outras atividades.

O protagonismo midiático exercido por alguns julgadores pode colocá-los em hipóteses de proibição na função jurisdicional em processos que lhes são distribuídos. As partes litigantes esperam uma tutela judicial isenta de convicções pessoais sobre determinado caso. Anseiam, no entanto, que o julgador como terceiro imparcial cumpra essencialmente a lei.

O artigo 8<sup>2</sup> do Código de Ética da Magistratura Nacional estabelece que aos magistrados seja necessário que mantenham uma distância isonômica em relação às partes, evitando, assim, certo favorecimento, seja ao réu ou autor.

Ao julgador não cabe auxiliar os demandantes em orientações pessoais processuais, beneficiando quaisquer delas. As atribuições do cargo dos juízes devem ser em despachos, sentenças, recursos, condução de audiências judiciais, dentre outras inerentes estritamente à função de magistrado.

Por fim, quando não se permite que o juiz atue em determinado processo, isto poderá ocorrer sob duas hipóteses: impedimento e suspeição. Ambas as proibições serão desenvolvidas à luz do Direito Processual Penal, tendo em vista o estudo dos institutos do garantismo penal.

As hipóteses de impedimento referem-se aos vínculos de incapacidade objetiva do magistrado, como, por exemplo, que o juiz tenha participado como testemunha em determinado processo. No Código de Processo Penal, estes impedimentos estão inseridos no artigo 252 em quatro incisos.

Neste sentido, e com o intuito de expor as causas de impedimento, sintetiza o artigo 252 do Código de Processo Penal Brasileiro:

Art. 252: o juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: I- tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar de justiça ou perito; II- ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; III- tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-

---

<sup>2</sup> Art. 8: O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.

se, de fato ou de direito, sobre a questão; IV- ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

As causas de impedimento são as que proíbem a atuação do juiz por fatores intrínsecos ao processo, pelo fato de o magistrado ter participado em algum procedimento disposto no artigo citado, não admitindo prova em contrário. Vale ressaltar que, se o magistrado não cumprir o que preceitua o artigo 252, ocorrerá a inexistência dos atos processuais que o julgador venha a praticar.

Conquanto as hipóteses de suspeição dos juízes sejam, referentes ao âmbito externo ao processo, na condição subjetiva do juiz, como amigo íntimo, ou mesmo inimigo capital, admitindo prova em contrário, a decisão pelo juiz suspeito é causa de nulidade absoluta.

São causas de suspeição dos magistrados, de acordo com o artigo 254, do Código de Processo Penal:

Artigo 254: o juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I- se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II- se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III- se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou enfim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV- se tiver aconselhado qualquer das partes; V- se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI- se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

No tópico seguinte será analisado o princípio do juiz natural, relacionado à competência do juízo, para processar e julgar determinada demanda com fundamento no artigo 5º, LIII, da Constituição do Brasil.

### 2.3 Do juiz natural

A garantia processual constitucional penal ao juiz natural está relacionada inclusive com a competência para o julgamento. É também um direito fundamental das partes na demanda processual possuírem um julgador que anteriormente ao fato seja legalmente competente e destinado a tratar da matéria em litígio.

O princípio foi reconhecido no final do século XVII e se concretizou na França, no término do ano de 1791: “[...] a consagração legal do princípio somente ocorreu no século XVII com a *petition os rights*, de 1628, e com o *Bill of Rights*, de 1689, na Inglaterra, solidificando-se no século XVIII com a Constituição Francesa de 1791”. (CARVALHO, 2014, p. 146).

No concernente à normatização deste princípio, diversas legislações ao longo dos anos inseriram o instituto, expondo a relevância e utilização para os processos em geral, seja judicial ou administrativo.

Na legislação internacional, está normatizado no artigo 10<sup>3</sup> da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948. A igualdade entre as partes, e a independência e imparcialidade do juízo são pilares inerentes ao juízo natural, como se pode observar no citado artigo.

No contexto mundial referente aos direitos humanos, o princípio em estudo também foi lembrado e formalizado na Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida ainda por Pacto São José da Costa Rica, que entrou em vigor em 1978, e que no artigo 8<sup>4</sup> foi assegurada a garantia ao juiz e tribunal competente.

Uma década depois na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 5º, XXXVII<sup>5</sup>, foi consagrado o princípio do juiz natural. Neste inciso é compreendida a proibição na composição e atuação dos tribunais de exceção, ou seja, nos juízos constituídos especificamente para exercerem a atividade jurisdicional em determinado caso, salvo as disposições legais.

---

<sup>3</sup> Art.10: Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um Tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

<sup>4</sup> Art.8: Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

<sup>5</sup> Art.5, XXXVII: Não haverá juízo ou tribunal de exceção.

No mesmo artigo 5º, LIII<sup>6</sup>, é denominado de promotor natural, como direito fundamental ao investigado e acusado a garantia constitucional de ser processado pelo órgão acusatório judicial competente na forma da lei.

Malgrado a repercussão do juiz natural na aptidão em processar e julgar do Judiciário, é um princípio essencial para efetivação do devido processo legal, sendo, “[...] a dimensão do princípio do juiz natural, sendo orientador para a elaboração de todas as regras relacionadas a competência, fundamental para o desenvolvimento de um processo justo, enfim, de um devido processo legal”. (BEDÊ JÚNIOR, SENNA, 2009, p. 222).

No que concerne aos desdobramentos da escolha do magistrado competente, a partir da Constituição do Brasil e das leis infraconstitucionais,

A exigência de que os julgamentos se façam *por juiz* como tal indicado na Constituição impede que os valores da pessoa, patrimônio inclusive, fiquem expostos a medidas imperativas e definitivas ditadas por órgãos não qualificados a isso e, portanto, sem a aura de imparcialidade e sem as garantias de idoneidade que caracterizam a Magistratura. (DINAMARCO, 2013, p. 209).

A obrigatoriedade da determinação do juízo competente pela Constituição Federal tem por finalidade a proteção, dentre outras coisas, dos direitos fundamentais das partes, como as liberdades individuais e coletivas. A atribuição constitucional do juiz natural assegura a independência do Judiciário, a imparcialidade das decisões e a legitimidade do órgão julgador.

O Estado Democrático Constitucional e de Direito, vivenciado no Brasil desde 1988, tem como fundamentos diversas garantias, dentre elas o princípio do juiz natural e promotor natural: “O princípio do juiz natural (e do promotor natural) apresenta-se, portanto, como reflexo natural do regime de Estado de Direito”. (ALVIM, THAMAY, GRANADO, 2014, p. 39). É direito das partes no processo que o julgamento se dê pela competência de um juiz natural (magistrado ou tribunal) e por promotor natural, órgão acusador.

É sabido que existem no Brasil as justiças especializadas, como, por exemplo, a militar, trabalhista, eleitoral. Estes tipos de Justiça, quanto ao tratamento legal sobre determinado direito, não descumprem o juízo natural, não ocorrendo nestes casos a existência de formação do tribunal de exceção. As justiças especiais cumprem o juízo

---

<sup>6</sup> Art.5, LIII: Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

natural, determinando em lei os órgãos acusadores e julgadores previamente à propositura da ação.

As distintas modalidades especiais de justiça há pouco citadas foram essencialmente criadas com a finalidade de dar celeridade ao andamento processual, desobstruindo a excedente carga processual da Justiça comum, tratando de matérias específicas em conformidade com o princípio em estudo.

No que se refere às justiças especializadas, “[...] litígios envolvendo determinadas matérias sejam julgados pelas chamadas justiças especializadas, não atrita com a grandeza do princípio constitucional em estudo”. (ALVIM, THAMAY, GRANADO, 2014, p. 38).

No tocante às características do princípio do juiz natural, pode-se dizer que existem quatro atributos, os quais são ressaltados: anterioridade, legalidade, imparcialidade e isonomia.

A anterioridade do juiz natural prevê que a formação do júízo competente se dê antes da ocorrência do fato: “De acordo com o segundo conteúdo do princípio do juiz natural, ninguém poderá ser processado ou julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato [...]”. (BEDÊ JUNIOR, SENNA, 2009, p. 230). Assim, no Direito Penal, por exemplo, quando do acontecimento do delito, é necessário que preexista o juiz competente para processar e julgar.

Da obrigatoriedade da existência do júízo competente anterior à época do fato e a proibição de realização da formação dos tribunais posteriores, salvo exceções legais, “[...] o princípio do juiz natural colima, impedir (1) que o tribunal seja criado após a ocorrência do fato e (2) que seja criado para julgar um caso específico, salvo as exceções constitucionalmente previstas”. (ALVIM, THAMAY, GRANADO, 2014, p. 39).

Acerca da legalidade do instituto do júízo natural, é necessária a observância à taxatividade em lei, sendo proibido que a formação do órgão julgador ocorra por meio de atos eminentemente discricionários, para que seja designado o tribunal ou magistrado competente:

Do entendimento acima podemos concluir que juiz natural, e, portanto, competente, somente poderá ser aquele definido na Constituição Federal ou pela lei, por meio de indicação taxativa das causas a ele atribuídas para processar e julgar sendo vedada qualquer alternativa deferida a discricionariedade de quem quer que seja.

A designação do juiz natural é advinda exclusivamente da Constituição ou ainda por leis infraconstitucionais, não sendo admitido que outros poderes e órgãos estatais, agindo de maneira parcial e com o objetivo de interesses diversos na demanda processual, indiquem a comissão julgadora de processo disciplinar administrativo, por exemplo, ou o júri que irá processar e julgar determinado réu.

Outra característica pertencente ao princípio do juízo natural é a isonomia. Esta tem por objetivo equilibrar as condições processuais entre as partes quanto à escolha do órgão jurisdicional, buscando resguardar o que for de direito das partes ao longo das oportunidades de intervenções no processo.

A relação processual é permeada por diversos direitos fundamentais constitucionais que garantem o andamento dos procedimentos no processo, e que também essas garantias possuem conexão entre si, como é o caso do princípio do juiz natural, que “[...] é consequência lógica de dois outros princípios constitucionais que se interligam: o da isonomia e o do devido processo legal”. (CARVALHO, 2014, p. 146).

De fato, a isonomia deve ser fundamento para a formação do juízo natural; no entanto, existem situações processuais pela prerrogativa de foro e especialidade da matéria tratada em determinado caso, em que ocorre a necessidade de tratamento especial, como se pode notar:

Daí por que leis discriminatórias, que conferem privilégios a determinadas pessoas, entidades ou causas de serem julgadas por determinado juízo, diverso do comum e sem que estejam amparadas numa real necessidade de desigualação – como, por exemplo, a especialidade da matéria, devem ser fulminadas pelo Judiciário por meio do controle de constitucionalidade das leis, pois são violadoras do princípio do devido processo legal em sua concepção substancial, ferindo, por consequência, os princípios da igualdade e do juiz natural. (BEDÊ JUNIOR, SENNA, 2009, p. 224).

Em suma, a igualdade entre as partes quanto à competência do juízo deverá ser observada, a fim de que se conserve também a paridade de armas e a situação em que os litigantes se encontram no processo.

Quando não se cumpre o que preceitua o artigo 5º, XXXVII, LIII, e o Estado, por meio do Executivo, Legislativo ou o próprio Judiciário, realiza a formação do órgão acusatório e sentenciante, descumprindo a Constituição Federal ou as demais leis que tratem da respectiva competência, ocorre o que se denomina tribunal de exceção: “[...] o tribunal é de exceção quando de encomenda, isto é, criado ex post facto (ou a

posteriori), para julgar num ou noutro sentido, com parcialidade, para prejudicar ou beneficiar alguém, tudo acertado previamente”. (NERY JUNIOR, 2009, p. 126).

A Constituição do Brasil de 1988 impede, como foi visto no artigo 5º, a criação dos tribunais de exceção. Estes atingem diretamente um dos fundamentos do juízo natural, a imparcialidade das decisões. A finalidade de se determinar de maneira ilegítima e forçosa que certo ente público julgue determinada pessoa, certamente busca interesses diversos da ordem jurídica, seja para privilegiar alguém ou violar determinado direito.

A prática da formação dos tribunais de exceção já ocorria mesmo nas monarquias, tanto é que “[...] frequentemente o rei detinha a função jurisdicional, delegando-a a outras pessoas, conforme seu interesse”. (CARVALHO, 2014, p. 146).

Dentre os objetivos do juiz natural está a proibição do arbítrio e do estado de exceção, sendo este um estado hipoteticamente legal de aparente normalidade. A garantia, portanto, do juiz natural,

[...] impede que os Poderes Legislativo e Executivo, bem como os órgãos hierarquicamente superiores do Poder Judiciário, criem órgãos jurisdicionais não previstos constitucionalmente ou substituam os titulares dos órgãos existentes, prática comum em regimes autoritários e totalitários, principalmente como forma de perseguição política aos dissidentes do sistema. (RODRIGUES, LAMY, 2016, p. 212).

Os regimes autoritários e ditatoriais são exemplos de governos que têm por finalidade o uso da perseguição política a pessoas físicas e jurídicas, formando se for o caso tribunais específicos para julgamento de determinada causa ou pessoa, agindo assim em conformidade com o que for benéfico para o governo.

Vale ressaltar que a denominada prerrogativa de foro em virtude da função não descumpra o juízo natural nem se caracteriza como tribunal de exceção, como se pode perceber:

O poder jurisdicional dado ao Senador Federal para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I), por exemplo, constitui manifestação de prerrogativa de foro em razão da função, mas não tribunal de exceção. (NERY JUNIOR, 2009, p. 127).

No Brasil ocorreram em pouco tempo dois *impeachments* dos presidentes Fernando Collor e Dilma Rousseff. O primeiro sucedeu em 1992, já o de Rousseff foi em 2016, os quais, pela função de Chefes de Estado, ocupantes do cargo de Presidente da

República, gozam de prerrogativa de foro, sendo o julgamento desses líderes estatais realizado pelo Senado Federal, como consta no artigo 52, I, da Constituição do Brasil.

Assim, a prerrogativa de foro é uma garantia a determinadas autoridades públicas em virtude da função ou cargo que ocupam. Não é uma prerrogativa a pessoa ocupante do cargo público e não se estende após o fim da função pública desempenhada e término da ocupação do cargo.

O princípio do juiz natural pode ser dito também como uma conquista do Estado Democrático Constitucional de Direito do Brasil, advindo na Constituição de 1988. Antes desse período, era vivenciado no País, por quase 30 anos, regime ditatorial e antidemocrático, autoritário, que, por meio da força e do arbítrio, fazia valer sua decisão, seja por torturas a quem se opunha a esta forma de governo e mesmo por tribunais de exceção.

Desta maneira, a determinação legal da competência de um tribunal e juiz competente permitiu que somente a vontade legal fosse capaz de esclarecer o juízo capaz e apto para processar e julgar a demanda situada em questão.

O princípio do juiz natural foi um avanço no Brasil, permitindo maior autonomia e competência do juízo com base na lei, dentre outras garantias. Assim, pode-se falar que “[...] a invocação do juiz natural, com seu extenso conteúdo programático, consagra conquistas da humanidade, ao longo de sua história, contra um Judiciário subserviente a comandos ditatórias que o afrontam”. (PORTANOVA, 2008, p. 69).

O Judiciário como um dos poderes estatais, caso decida de acordo com as pressões externas, descumpra as garantias fundamentais do Estado de Direito e colabora para o descumprimento dos institutos garantistas jurídicos, dentre eles o de juiz natural, a imparcialidade, o devido processo legal, a isonomia, a autonomia e independência da atividade jurisdicional.

## 2.4 Princípio do encargo da prova

A garantia processual às provas é analisada por diversas perspectivas no contexto doutrinário. É uma temática que propicia divergências sobre algumas questões inerentes ao andamento processual, como é o caso da aplicabilidade e receptividade pelo ordenamento jurídico.

Assim tem-se por finalidade neste tópico introduzir os aspectos mais abordados e discutidos sobre o assunto, explanando diferentes concepções sobre o tema e a forma como é definido.

O princípio do encargo probatório apresenta diversos objetivos, dentre eles “[...] que a prova tem por finalidade a formação da convicção do juiz quanto à existência dos fatos e atos jurídicos [...]”. (BARROS, 2010, p. 146). Desta forma a prova é o instrumento necessário para que o magistrado possa decidir fundamentado no que foi exposto e produzido pelas partes no decorrer do processo.

Da relevância da prova pode ser considerado que o magistrado quanto à formação do “[...] seu convencimento a respeito da veracidade ou inconsistência da imputação apresentada pela acusação contra o réu, é preciso que se atenha obrigatoriamente ao contexto probatório produzido nos autos”. (BARROS, 2010, p. 146). A fundamentação a qual leva o julgador a se manifestar sobre determinado crime, certamente necessita basear-se nos conteúdos probatórios produzidos pelos sujeitos processuais.

A prova é um instrumento então que proporciona “[...] a efetiva possibilidade de representar ao juiz a realidade do evento”. (AVOLIO, 2015, p. 37). As espécies de provas, como, testemunhal, documental, pericial, por exemplo, possibilitam ao magistrado quando provocado ou agindo de ofício buscar averiguar e formar sua convicção.

No âmbito do direito criminal referente ao princípio do encargo da prova e a formação da convicção dos juízes, descreve o artigo 155<sup>7</sup> do Código de Processo Penal Brasileiro, concedendo liberdade para que o juiz aprecie as provas produzidas ao longo do processo, sendo relevante mencionar que não deve se basear estritamente nos elementos referentes, ainda, às investigações, com exceção das provas cautelares, contanto que não se repitam.

---

<sup>7</sup> Art. 155: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Malgrado o tratamento dado às provas pela doutrina brasileira, cabe realizar a diferenciação entre as provas. Por prova ilegal entende-se o gênero, e provas ilícitas e ilegítimas as espécies. “A prova será ilegal toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material”. (GRINOVER, 2013, p. 135). Já a prova ilícita existe “[...] quando há uma violação a uma regra de direito material, como se tem, por exemplo, na confissão obtida mediante tortura”. (BEDÊ JÚNIOR, SENNA, 2009, p. 49). Vale ressaltar, que, no Brasil o crime de tortura está tipificado na lei 9455/97, definido no artigo 1º.

Por fim, ainda sobre as espécies de provas, existe a denominada prova ilegítima, que é caracterizada quando existe “[...] violação a uma regra de direito processual, a tal qual na utilização de um documento no plenário do júri sem comunicar a defesa com três dias de antecedência [...]”. (BEDÊ JÚNIOR, SENNA, 2009, p. 49). As provas ilegítimas são as que descumprem normas de Direito Processual, como é o caso também da oitiva de testemunhas que não poderiam ser ouvidas no processo.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quanto à questão das provas, se pronunciou por meio do artigo 5º, LVI<sup>8</sup>. A ordem constitucional, assim, desta forma invalida todas as provas que forem produzidas de modo contrário aos preceitos constitucionais e a lei em geral, conhecidas como ilícitas.

O Código de Processo Penal do Brasil também ressaltou o aspecto das provas ilícitas e a conseqüente inadmissibilidade pelo ordenamento pátrio vigente no artigo 157<sup>9</sup>.

A prova ilícita é um assunto que causa algumas divergências em relação à admissibilidade e inadmissibilidade. Com isso, é importante destacar as principais concepções favoráveis à aceitação, ou contra, a admissão das provas produzidas ilicitamente.

Inicialmente, cabe realizar a definição do que se entende por provas ilícitas:

Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, então, a fonte de prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, que visam a proteção das liberdades públicas e, especialmente, dos direitos de personalidade, incluindo o direito à intimidade. (GRINOVER, 2013, p. 136-137).

---

<sup>8</sup> Art. 5º, LVI: São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

<sup>9</sup> Art. 157: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

A prova ilícita, em muitos casos, viola direitos constitucionais fundamentais, como a intimidade, propriedade, liberdades, dentre outros direitos. Com o intuito de obter a condenação ou absolvição de determinada parte no processo, descumprem-se garantias fundamentais legais para que se consigam as suas pretensões judiciais.

Em relação ao descumprimento dos princípios constitucionais e da ilicitude probante, é dito que “[...] por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com a infração a normas ou princípios de direito material – sobretudo de direito constitucional [...]”. (AVIOLO, 2015, p. 50).

A admissibilidade da prova ilícita, como se pode notar pelos dispositivos processuais penais e constitucionais mencionados, foi rechaçada no Brasil; no entanto, alguns doutrinadores, e também em alguns países como Alemanha e Estados Unidos, permitem considerar tal aceitação como uma exceção à regra.

Quanto ao acolhimento da prova ilícita e à ponderação dos direitos, valorando o de maior caráter axiológico no caso concreto é considerado:

Trata-se de sopesar os interesses protegidos constitucionalmente e admitir a prova ilícita se sua produção for indispensável para salvaguarda de outro interesse tutelado e mais valioso. É o chamado critério da proporcionalidade (Alemanha) ou da razoabilidade (Estados Unidos). (CARVALHO, 2014, p. 128).

O princípio do encargo da prova é caracterizado, desta maneira, com a finalidade de assegurar interesses mais relevantes do que outros, priorizando, assim, o que deverá ser considerado em detrimento do outro. Na Alemanha, é caracterizado pela teoria da proporcionalidade, e nos Estados Unidos pela teoria da razoabilidade.

Em favor do réu convergem alguns doutrinadores para a admissibilidade da prova ilícita, “[...] diante disso, pode-se admitir a prova ilicitamente se sua produção vier a salvaguardar aqueles mesmos valores constitucionais, como por exemplo, a liberdade de um réu”. (CARVALHO, 2014, p. 130).

A admissão da prova ilícita em benefício do réu contribui para que este disponha de oportunidades processuais para provar sua inocência e limitar a persecução criminal estatal.

Relativamente à aceitação da prova ilícita na Alemanha, ocorreu “[...] a partir do chamado ‘Caso do diário’, na década de 60, a jurisprudência passou a admitir, com base na lei da ponderação, um regime diferenciado para a criminalidade grave em matéria de

proibições de prova”. (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 51). É de se ressaltar que o Direito alemão pondera a aceitação deste tipo de prova, devendo-se verificar se de fato existe relevância para sua execução e convencimento do juiz, e com observância aos direitos da personalidade.

A teoria da proporcionalidade ou razoabilidade que consiste na admissibilidade das provas ilícitas em determinadas situações excepcionais, pode ser compreendida em sua integralidade:

A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância de interesses, consiste, pois, exatamente, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto. (AVOLIO, 2015, p. 67).

O uso da proporcionalidade se dá na proteção de valores fundamentais considerados concretamente mais importantes, como a vida, em detrimento de outros. Assim, a utilização desta teoria consiste no balanceamento de direitos em conflitos, a fim de que se considere como predominante o que tiver maior valor sobre o outro.

No que se refere à teoria da proporcionalidade, exemplifica Scarance<sup>10</sup> que, em um determinado caso, para que fosse impedida fuga de presos, descumriu-se um direito fundamental, o qual é o sigilo de correspondência, artigo 5º, XII. Foi descoberto, entretanto, pelas autoridades policiais um plano de fuga que previa o sequestro de um juiz de Direito. Nesse caso, o bem da vida estaria em perigo, sendo este considerado mais relevante em detrimento da correspondência. Houve a necessidade de sopesamento ou balanceamento dos direitos e de violação do sigilo de correspondência para preservar a vida do magistrado, atuando, assim, de acordo com a teoria da proporcionalidade.

Mesmo com a admissibilidade das provas ilícitas, vale ressaltar do perigo para a sociedade da sua utilização, podendo produzir alguns excessos na execução:

Por mais bem intencionados que estejam os defensores da utilização da prova ilícita para a condenação, parece-nos que o risco de abusos, assim como a experiência recente da ditadura, conspiram pela não aceitação da tese. (BEDÊ JUNIOR; SENNA, 2009, p. 51).

---

<sup>10</sup> FERNANDES, Antonio Scarence. **Processo Penal Constitucional**, 6.ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 84.

No período ditatorial que experimentou o Brasil por quase 30 anos, ocorreram ilegalidades e arbitrariedades das mais variadas formas, principalmente para aqueles que se opusessem à ditadura. Assim, eram realizadas, por exemplo, práticas de tortura para colher determinado depoimento testemunhal, daquele que fosse contra o governo ou que soubesse de alguma notícia relevante que colocasse em perigo a ditadura vivenciada à época.

Vale ressaltar que tais barbaridades realizadas nesta fase antidemocrática não devem ser permitidas na atualidade no Brasil, que é um Estado Democrático Constitucional e de Direito.

Outra questão sobre as provas ilícitas é que sua receptividade em determinado processo não afetaria às demais provas, pois “[...] a existência de prova ilícita não anula todo o processo. Apenas a prova considerada ilícita é que não pode ser utilizada para fundamentar a decisão [...]”. (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 53).

No âmbito internacional a “[...] teoria dos frutos da árvore envenenada” relata que a prova ilícita, além de nula, também invalidaria as outras provas, mesmo que estas fossem lícitas. No entanto, “[...] não é absoluto o âmbito de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada”. (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 58).

Deve ser ressaltada, no entanto, a relevância da “teoria dos frutos da árvore envenenada”, pois torna inválida a prova derivada, mesmo que lícita, daquela de que se originou ilicitamente, como é o caso da prova documental por meio da tortura.

Em outro cenário está a inadmissibilidade da prova ilícita. Esta não pode ser admitida na relação processual, pois “[...] *due processo of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras [...]”. (FERNANDES, 2010, p.88). Segundo esse autor, são incompatíveis com o ordenamento jurídico as provas obtidas ilicitamente, atingindo o devido processo legal e violando princípios fundamentais da Constituição.

As provas ilícitas não são admissíveis de acordo com alguns doutrinadores, pelo fato de infringirem garantias fundamentais essenciais num Estado Democrático de Direito. Desta maneira, no Brasil, direitos fundamentais seria inobservados, como é o caso da vida privada, honra, imagem, inviolabilidade de domicílio, sigilo das comunicações em geral, e outras.

Em consonância com o que foi registrado sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas, esclarece Ada Pellegrini:

Dessa forma, para sustentar-se a inadmissibilidade de uma prova em juízo, basta que ela tenha sido obtido ilegalmente, violando normas jurídicas de qualquer natureza, especialmente aquelas estabelecidas para proteger direitos fundamentais. (GRINOVER, 2013, p. 148).

Nesse caso, a prova é rejeitada em juízo se obtida de maneira ilícita, pois, como dito anteriormente, viola garantias fundamentais que devem ser preservadas e, quando não asseguradas ou mesmo sopesadas, enfraquecem as instituições, deixando vulnerável a convivência harmônica e pacífica em sociedade minimamente.

A inadmissibilidade das provas ilícitas também se refere à atuação estatal, pois “[...] não há como se admitir que o Estado – titular da ação penal – utilize, como regra de conduta, prova ilícita contra o réu no desempenho do direito de ação [...]”. (CARVALHO, 2014, p. 131)

A prova tem como uma de suas finalidades a busca da verdade e elucidação dos fatos, no entanto, esta averiguação deve ser baseada na legalidade vigente com fundamento nos direitos fundamentais constitucionais.

É neste sentido que se pode dizer:

Sem embargo dos incontáveis instrumentos processuais que podem ser utilizados na execução da tarefa estatal de descobrir a verdade, o certo é que ao juiz não é permitido o vezo de ultrapassar os limites de legalidade na apuração da verdade. (BARROS, 2010, p. 172).

Em suma, o juiz dispõe de variados meios lícitos para diligenciar as atividades probatórias, devendo se ater a elas e não à busca incessante por meio de suas convicções para chegar à verdade dos fatos de qualquer modo, desprezando os direitos fundamentais das partes.

É nesse sentido de licitude da atividade probatória e cumprimento dos deveres legais que se deve considerar que “[...] o descobrimento da verdade deve arrimar-se em atos, diligências e outras providências essencialmente lícitas e moralmente legítimas, pois nenhum preceito legal autoriza a obtenção da verdade a qualquer preço”. (BARROS, 2010, p. 173).

Finalmente, a atividade probatória deve ser baseada pelo ordenamento jurídico, seja pela Constituição Federal ou por leis infraconstitucionais. As convicções e motivações das decisões judiciais devem se ater a matéria probatória, a fim de que sejam válidas suas decisões. A ausência de prova e fundamentação das decisões por indícios ou mesmo unicamente por delações de condenados deixa a decisão frágil do magistrado e

controversa, pois sabe que o apenado busca a diminuição de sua pena, dentre outros benefícios em prol de muitas vezes falsear a verdade dos fatos.

A legalidade é o norte normativo para que sejam realizadas os depoimentos testemunhais, as provas documentais, dentre outras. Se não há a observância e cumprimento à luz da constitucionalidade e as normas de Direito Processual, existirão o arbítrio, o excesso, a ilegalidade e ilegitimidade dos julgadores, não condizentes, desta maneira, com Estado Constitucional e Democrático de Direito.

## 2.5 Princípio da legalidade

No transcorrer do tempo e na evolução da sociedade, com a mudança dos paradigmas sociais, é essencial também que a ordem normativa de um país acompanhe este desenvolvimento. As revoluções liberais, dentre elas a Revolução Francesa, em 1789, foram, sem, dúvidas, um marco para a consagração do princípio da legalidade, pois com o surgimento destes movimentos “[...] acelera por toda a Europa e, posteriormente, por todo mundo, o reconhecimento do princípio da legalidade penal”. (OLIVEIRA, 2018, p. 82).

Em pouco mais de um século seguinte à conquista da Declaração Universal de Direitos do Homem (1789) e do cidadão, a aplicabilidade da legalidade era de efetividade difícil em países onde que predominavam o autoritarismo e a arbitrariedade das decisões, os quais inadmitiam determinadas crenças religiosas, reflexões políticas divergentes do governo, dentre outras peculiaridades. De maneira exemplificativa, pode-se mencionar os países europeus, como a Alemanha (nazista), por via do governo de Hitler, de 1933 a 1945, e a Itália (fascista) de Mussolini, de 1922 a 1924. Estes regimes autoritários utilizavam esse princípio “[...] especialmente, na primazia dos interesses estatais em detrimento dos interesses dos cidadãos ou do sentimento do povo”. (OLIVEIRA, 2018, p. 84).

Após a desgastante violação dos direitos fundamentais no período da Segunda Guerra Mundial, foi indispensável e emergencial a mudança de paradigma nas concepções estatais na contextura mundial. Assim, após esta guerra foi intensificada a busca pela efetivação dos direitos fundamentais:

Em contraposição à tragédia humana decorrente da Segunda Guerra Mundial o princípio da legalidade penal passou a ter juridicidade em diversos pactos e declarações universais de direitos humanos, como mecanismo de reflexão profunda sobre a dignidade da pessoa humana e as garantias indispensáveis para sua defesa. (OLIVEIRA, 2018, p. 88).

No âmbito internacional ainda é de se enfatizar que posteriormente a segunda Guerra Mundial e ao governo de Hitler na Alemanha, foi consagrado o artigo 19 da Constituição Alemã de 1949 como mudança paradigmática em relação ao regime nazista, em que a ordem normativa constitucional tinha por objetivo a proteção dos

direitos fundamentais, os quais só poderiam ser suprimidos ou restringidos pela própria lei. Estas normas fundamentais ainda teriam de assegurar direitos universais, ou seja, a toda a sociedade, indistintamente. Já em Portugal, por meio da Constituição, no ano 1976, o artigo 78 tratava sobre a supremacia das leis constitucionais.

O princípio da legalidade foi inserido em algumas legislações, como no artigo 15, I, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova York; no artigo 9 do Pacto de São José da Costa Rica. No Brasil, na esfera constitucional, pode-se mencionar o artigo 5º; XXXIX<sup>11</sup> da Constituição Federal de 1988. Já no Direito Penal em relação à legalidade, esclarece <sup>12</sup>o artigo 1º do Código Penal. De acordo com o que estabelecem estes artigos do Direito brasileiro, buscam-se o cumprimento da anterioridade da lei e a garantia desta, pois “[...] o crime e a pena deve ser anterior ao fato que se quer punir. E só a lei em sentido estrito pode criar crimes e penas criminais”. (TOLEDO, 2002, p. 23).

Com efeito, para que se considere determinado fato como crime, são necessários os pressupostos da anterioridade, ou seja, que antes do acontecimento de determinada ação aquela já seja anteriormente tipificada como crime. Por fim, é obrigatória a observância do estrito cumprimento da lei, não ampliando ou restringindo seu entendimento para prejudicar o réu. Assim, com a aplicabilidade da garantia do princípio da legalidade e os requisitos mencionados,

O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por *lei* o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais. (TOLEDO, 2002, p. 21).

Neste contexto, o instituto do garantismo penal da legalidade é um direito aos cidadãos de que o julgador aplique efetivamente a ordem normativa, sendo assim uma forma de controle da atuação do poder jurisdicional.

No Brasil, vivenciou-se o período ditatorial por mais de 20 anos. Nessa época, o País era governado por generais, comandantes das forças armadas, os quais faziam cumprir suas decisões e atos formais por meio do uso da força, da truculência. Assim, houve a necessidade emergencial de uma ordem normativa que garantisse os direitos

---

<sup>11</sup> Art. 5º, XXXIX: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

<sup>12</sup> Art. 1º: não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

dos cidadãos contra os abusos estatais ditatoriais. Assim, em 1988, surgiu a Constituição da República Federativa do Brasil e, quanto ao princípio da legalidade, foi estabelecido, no artigo 5º, II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”.

A garantia da aplicação da lei penal deve-se dar com base no que dispõe a ordem normativa, não podendo ser ampliada a sua semântica em desfavor do réu. Sendo assim, “[...] os preceitos da lei penal não de ser interpretados de modo estrito, atendendo-se o mais próximo possível de seu sentido literal; havendo dúvida, não se pode ampliar o texto em prejuízo da liberdade do cidadão [...]”. (DELMANTO JUNIOR, 2007, p. 229).

Do princípio da legalidade ocorrem alguns desdobramentos relevantes na esfera criminal. Dentre eles, a utilização da analogia, cuja sua aplicabilidade se dá por meio de normas semelhantes, com a finalidade de preencherem as lacunas na lei. É vedado, contudo, ao utilizar-se de analogias “[...] para fundamentar ou agravar a pena (*analogia in malam partem*)”. (TOLEDO, 2012, p. 26). Assim, o uso da analogia não poderá prejudicar a situação do réu em um processo, como agravamento de pena.

Já em relação à aplicabilidade dos costumes, não poderão ser utilizados para piorar a situação do agente da ação delituosa; entretanto, são admissíveis “[...] quando opera como causa de exclusão da ilicitude (causa supralegal), de atenuação da pena ou da culpa, constitui verdadeira fonte do direito penal”. (TOLEDO, 2002, p. 25).

Por fim, ainda quanto a estes desdobramentos e elementos que legitimam, como também validam a aplicabilidade das normas, requer-se também o que se denomina de “*Lex Certa*”, ou seja, que “[...] a exigência da lei certa diz com clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios.” (TOLEDO, 2002, p. 29). Dessa maneira é essencial que as leis sejam de fácil acesso e entendimento universal, para que o cidadão compreenda sua aplicabilidade.

A lei é soberana e vincula todos os atos praticados por entes públicos e privados, pois “[...] a supremacia da lei tem por consequência que todo ato secundário – administrativo ou judicial – deve ter fundamento no ato primário que é a lei e deva adequar-se a esta, seja formal, seja materialmente.” (FERREIRA FILHO, 2010, p. 184).

É por meio das leis que se criam, efetivam e cientificam que determinada pessoa ou grupo detêm determinado direito, como também se publica a sua validade no território nacional.

As decisões judiciais devem sempre buscar fundamentação e guarida na base normativa vigente. A fundamentação moralista põe em dúvida a validade e a legitimidade do poder jurisdicional, que busca de maneira parcial impor a vontade individual, mediante “[...] valores morais consubstanciados socialmente e materializados no âmbito do princípio da moralidade é frequentemente utilizada como argumento legitimador de arbitrariedades e desvios de legalidade pelo Poder Judiciário brasileiro”. (MARTINS, 2014, p. 156).

Em relação à moralidade nas decisões judiciais, entende-se que “[...] a percepção moral e moralizante passou a valer mais do que a própria Constituição. E mais do que a lei”<sup>13</sup>. Neste sentido a moral aplicada pelos magistrados viola a supremacia constitucional e a própria ordem normativa.

A criação de normas legais não faz parte das funções típicas do poder jurisdicional, mesmo que na esfera eleitoral, inovando legislações sem autorização das casas legislativas, pois, se assim ocorrem, certamente, “[...] extrapola o papel da jurisdição eleitoral criar normas de qualquer natureza, mesmo sob a justificativa de “aprimorar as instituições política” ou melhor regular” o processo eleitoral”. (MARTINS, 2014, p. 156).

Da falta de legalidade numa sociedade e do excesso da atuação do poder estatal, pode-se entender:

Por tudo isso, a carência de legalidade, assim entendida como inexistência de previsão legal para o exercício das prerrogativas da autoridade, significa dever de abstenção, de sorte que a atuação do Estado e seus agentes sem a guarida legal importam em abuso de poder. (CASTRO, 2010, p. 92).

O Poder Judiciário, quando atua ignorando legislação pátria ou mesmo tratados internacionais de que o País seja signatário, descumpra o princípio da legalidade atuando contrariamente às leis nacionais e ao Direito Internacional, decidindo arbitrariamente em conformidade com seus interesses.

---

<sup>13</sup> Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-dez-14/ainda-juizes-brasil-busca-legalidade-perdida> < Acesso em: 29 de Outubro de 2018.

Os poderes estatais não podem atuar de modo ilimitado. A discricionariedade, ou seja, o poder de escolha do juiz na existência de mais de uma norma válida relativa a determinado caso concreto, deverá na esfera legal, pois “[...] a legalidade desponta, assim, como a primeira das limitações constitucionais ao poder estatal de disciplinar em prol do bem comum o exercício da liberdade humana”. (CASTRO, 2010, p. 94-95).

A lei constitui instrumento democrático que tem por finalidade assegurar o perigo da politização do Direito, pois “[...] sua prática mais extrema, enfraquece o controle da atividade judicial e promove a temível tirania judicial”.<sup>14</sup>

Assim, a legalidade faz com que o Judiciário não atue deliberadamente a respeito da criação normativa sobre os assuntos gerais e de relevância geral da sociedade, como é o caso das garantias fundamentais. Com efeito, o princípio da legalidade tem “[...] sua missão de contenção do arbítrio estatal, em favor dos direitos individuais concebidos de forma inicial, como algo de caráter natural e inalienável”. (OLIVEIRA, 2018, p. 79).

O poder estatal num Estado Democrático Constitucional e de Direito, como é o caso do Brasil, quando exerce violando leis e com a arbitrariedade, como, por exemplo, usurpando competências, incorrerá no que é denominado estado de exceção. “A exceção rompe com a norma para assegurá-la em uma situação de normalidade. A exceção possui como principal traço aparente o descompasso entre a norma e a realidade”. (MATTEDI, 2013, p. 25).

O estado de exceção, além de violar o ordenamento jurídico, se caracteriza como não cumprimento de preceitos constitucionais, por exemplo, mas impõe como conduta decisões não prevista na lei, afirmando que, para ocasiões excepcionais, o Estado necessita de decisões que se harmonizem a estes casos “emergenciais”. A exceção é uma forma de governo inconstitucional com os paradigmas democráticos.

A inserção do Estado de exceção é usualmente realizada por governos autoritários, ditatoriais e antidemocráticos. Nestes casos, é relevante que se diferencie o princípio da legalidade no Estado Democrático e na ditadura:

*O princípio da legalidade, num Estado Democrático de Direito, funda-se no princípio da legitimidade, senão o Estado não será tal. Os regimes ditatoriais também atuam mediante leis. Tivemos até recentemente uma legalidade*

---

<sup>14</sup> Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-dez-14/ainda-juizes-brasil-busca-legalidade-perdida> < Acesso em: 29 de Outubro de 2018.

extraordinária, fundada em atos institucionais e atos complementares, embasada no critério da força e não no critério da legitimidade. (SILVA, 2008, p. 424).

A legitimidade relaciona-se ao cumprimento da legalidade. O Estado Democrático de Direito assegura as garantias fundamentais por meio da Constituição e das leis infraconstitucionais.

Já nos regimes ditatoriais por violarem a legalidade não se pode dizer que gozam de legitimidade. Nesta modalidade de Estado, é utilizada a força, por meio das forças armadas e outros entes estatais, para que se cumpra o que for conveniente e vantajoso para determinadas entidades.

O Estado Democrático Direito, vivenciado na atualidade no Brasil, pode-se dizer que “[...] o princípio da legalidade penal funciona como prerrogativa nuclear básica de limitação ao sistema de persecução penal no estado democrático de direito”. (OLIVEIRA, 2018, p. 90-91). O poder punitivo estatal deve-se limitar ao que preconizam os ditames legais, não condenando o acusado por situações fora da lei, ilegais.

O magistrado não poderá realizar juízos estritamente morais em sua decisão. Não se pode condenar ou absolver determinado acusado por algum delito por convicções políticas, ideologias, mas sim pelo que é estabelecido na lei. Sendo assim, o “juiz não pode qualificar como delitos (somente) os fenômenos que considere imorais, ou, em todo caso, merecedores de sanção [...]”. (FERRAJOLI, 2010, p. 38).

Outra peculiaridade sobre o princípio da legalidade e a relação com o Direito Penal é a questão da irretroatividade, como consta na Constituição, artigo 5º, XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Neste sentido, a lei aplicada no processo penal é a referente ao tempo da ação do delito praticado pelo acusado, não sendo relevante que posteriormente ocorra outra lei relatando de maneira diversa.

Ainda no cenário criminal, correspondem-se a legalidade e a juridicidade, pois “[...] em direito penal, por conseguinte, coincidem os campos da legalidade e da juridicidade, cingindo o direito à lei escrita. Fora dela, inexistente o direito de punir”. (VASCONCELOS, 2006, p. 34). A prestação jurisdicional deve se dar com fundamento essencialmente na lei.

No processo penal, cumpre-se a irretroatividade de acordo com o dispositivo constitucional mencionado, ao que a doutrina denomina de teoria da ação, ou seja, referente ao tempo em que a ação foi praticada.

Malgrado a irretroatividade da lei no âmbito penal, pode-se entender o que segue:

O princípio da irretroatividade das leis é também princípio complementar ao da legalidade, porque, se se permitisse a retroatividade das leis, estas alcançariam períodos não regidos por normas legais ou fatos não sujeitos a ditames legais, por via de uma ficção inaceitável, pelo menos quando obriga a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. (SILVA, 2007, p. 430).

A irretroatividade das leis garante aos réus a segurança de que somente serão imputados a eles os crimes assim designados pela ordem normativa vigente à época do ato delituoso. Assim o acusado só responderá perante o juízo pelos crimes delineados na norma legal à época que praticou.

Em relação às características do princípio da legalidade, deve-se ter a “[...] consideração da lei como base para o nivelamento social. Procurou-se, por seu intermédio, evitar a luta de classes a fim de preservar a paz social”. (VASCONCELOS, 2006, p. 264). O princípio da legalidade se propõe à busca da isonomia entre as partes na relação processual, como é o caso da paridade das armas no processo. Assim, por meio da vinculação dos sujeitos processuais à ordem normativa permite-se que seus direitos sejam garantidos com suporte no que preceitua a lei e na sua condição jurídica, impedindo que o magistrado conceda privilégios ou prejuízos a determinada parte no processo.

Em suma, o que é posto como lei deverá ser cumprido e não colocado como questionável, mas efetivado. A lei, além disso, impõe limites ao Estado, fazendo com que fundamente e efetive suas decisões à luz da supremacia constitucional. Assim, por “[...] estes limites e vínculos são impostos a tais poderes pelos direitos constitucionalmente estabelecidos, os quais identificam aquela que podemos chamar de esfera do indecível”. (FERRAJOLI, 2014, p. 19).

Nos últimos anos, especificamente no caso do Brasil, pôde ser visto o maior aparecimento e protagonismo dos magistrados, seja em entrevistas ou programas televisivos, tecendo considerações polêmicas ou mesmo em decisões relevantes sobre a

condenação ou absolvição de políticos, empresários e outros. Assim, a imparcialidade, como já fora discutido, é questionada.

Vale ressaltar que os julgadores devem decidir no âmbito da legalidade e não somente por convicções ou por indícios. A independência do Judiciário na aplicabilidade das leis quanto às motivações das decisões é essencial para a manutenção e fortalecimento das instituições no Estado Democrático de Direito, abstendo-se até mesmo de influências midiáticas que interfiram no julgamento.

Neste contexto e em relação ao poder jurisdicional,

A atividade jurisdicional com base no princípio da legalidade teria que se conformar à Constituição, aos tratados internacionais, às leis formais, aos regulamentos, aos atos administrativos etc. Na verdade, não há lugar num Estado de Direito para um judiciário “justiceiro”, pois todos os cidadãos e as instituições públicas de uma maneira geral estão sob o império da lei”. (SOUZA, 2017, p. 62)

A função jurisdicional não deve se basear em emoções pessoais, convicções, ideologias religiosas, partidarismo ou peculiaridade moral outra que macule a decisão do julgador. Se o cidadão está subordinado à lei, à autoridade jurisdicional fundamentalmente, além de intérprete autêntico constitucional, também estará hierarquicamente vinculado.

É inaceitável na democracia o juiz “justiceiro”, “partidarista”, “moralista”. As garantias fundamentais constitucionais, e as leis de modo geral, têm por objetivo garantirem a efetividade da supremacia constitucional e limitarem o poder julgador estatal.

A legalidade aparente ou “falsa legalidade” é considerada por alguns autores característica da exceção, de hipotética normalidade, onde os regimes de exceção consistem nessas “[...] formas políticas, geralmente classificadas como oligárquicas ou autoritárias, costuma utilizar formalidades democráticas sem conteúdo democrático, inclusive uma legalidade aparente, para legalizar injustiças”. (DALLARI, 2008, p.50).

O princípio da legalidade deve sempre nortear a conduta dos magistrados na relação processual com as partes e na condução dos atos procedimentais do processo, sendo o parâmetro legal, a fonte superior de toda decisão judicial. Assim, pode-se dizer que:

Só queremos que o juiz não ponha acima da lei e da Constituição a sua convicção pessoal e nem o que mídia diz. Por isso, temos que – urgentemente – construir as condições para que uma decisão não seja fruto de opiniões pessoais ou por influências políticas, econômicas ou da mídia. Trata-se de discutir a democracia. Mídia não é fonte de direito!<sup>15</sup>

Finalmente, o princípio da legalidade constitui um marco histórico para o desenvolvimento e manutenção do Estado Democrático de Direito no Brasil. É um princípio universal, aplicando-se a todos, indistintamente. Tem por uma de suas finalidades a limitação à persecução estatal. O Poder Judiciário legítimo e válido utiliza-se de motivações legais à luz da supremacia constitucional, preservando a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, pilares essenciais e que devem ser efetivados.

---

<sup>15</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto; STRECK, Lenio Luiz. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-14/ainda-juizes-brasil-busca-legalidade-perdida> Acesso em: 29 de Outubro de 2018.

## 2.6 Princípio da motivação/fundamentação das decisões judiciais

A obrigatoriedade legal de motivar ou fundamentar as decisões judiciais teve início no século XIX. Nesse período, a autonomia e a independência dos magistrados eram precárias, algumas vezes subordinadas aos interesses de determinada monarquia ou parlamento. Como exemplo de vinculação do Judiciário ao governo, pode-se exemplificar a Inglaterra, pois “[...] jamais teve um Judiciário com ramo independente, na organização do Estado”. (DALLARI, 2008, p. 92).

A fundamentação inicia sua obrigatoriedade nos séculos XVIII e XIX, tinha de forma predominante a subjetividade no sentido de que “[...] os julgadores de então decidiam, supostamente, *secundum conscientiam*, isto é, segundo os ditames de sua consciência”. (LIMA, 2013, p. 119).

De acordo com o contexto histórico e à luz do Direito Internacional, a fundamentação das decisões judiciais foi constitucionalmente exigida na Bélgica em 1831, no artigo 97; e Grécia, em 1968. No caso do Brasil, após a proclamação da República, e com a Constituição de 1891, foi autorizado aos entes estatais brasileiros legislarem sobre matéria de cunho processual.

Com o transcorrer de alguns anos, já no século XX, o Código de Processo Civil de 1939, do Brasil, artigos 118 e 280, previa a motivação das decisões. Já em 1973, o dever de fundamentação estava inserido nos artigos 131, 165, 458, do Código de Processo Civil. Estes três artigos juntamente com o artigo 93, IX, da Constituição Federal do Brasil, serviram como base legal referente à fundamentação das decisões judiciais no País até o ano de 2015.

No âmbito constitucional brasileiro, a motivação das decisões judiciais consta inserida no artigo 93, IX<sup>16</sup> da Constituição vigente, o qual ressalta a relevância do dever dos magistrados em explicitar e motivar suas decisões judiciais; caso contrário, suas deliberações serão nulas. Vale destacar que, neste período da consagração do Estado Democrático Constitucional e de Direito no Brasil, em 1988, após 30 anos do período

---

<sup>16</sup> Art. 93, IX: Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público a informação.

do governo militar e de inúmeras arbitrariedades, foi de grande importância a garantia constitucional da motivação das decisões judiciais, inibindo que magistrados julgassem de maneira autoritária, pessoal, preconceituosa ou com a finalidade de beneficiar terceira pessoa, partes no processo ou mesmo setor social e governamental.

Na relação conceitual entre Estado Democrático de Direito e a fundamentação das decisões judiciais, pode-se compreender que,

[...], no Estado Democrático de Direito, mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado, o que torna injustificável a aceitação de que a repetição literal dos fundamentos da sentença não eiva de nulidade o acórdão proferido. (STRECK; OLIVEIRA, 2012, p. 99).

A motivação das decisões judiciais ou administrativas deve ser realizada integralmente, tanto pela justificação por fundamento legal, tanto pelos motivos de fato e de direito que levaram o julgador a decidir de tal maneira. A Constituição de 1988 inseriu o artigo 93 de modo muito abrangente, não especificando como deveria ser os requisitos admitidos para a devida motivação das sentenças, fazendo com que muitos juízes apenas reproduzissem a lei e não expondo as razões de determinada escolha normativa.

Neste sentido, para possibilitar a compreensão dos termos da sentença ou acórdão do Tribunal, os magistrados precisam “[...] dar as razões de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação *substancial* e não meramente formal [...]”. (NERY JUNIOR, p. 2009, p. 286). O juiz ao fundamentar seu julgamento, deve ter por base a busca da veracidade dos fatos juntamente com os meios probatórios apresentados pelas partes e requeridos de ofício no decorrer do processo.

Decorridos, pouco mais de três décadas após a promulgação da Constituição do Brasil de 1988, o paradigma de fundamentação das decisões foi alterado. De 1988 até fevereiro de 2016, os referenciais deste estudo eram a Constituição (artigo 93, IX), bem como o Código de Processo Civil de 1973 (artigos 131, 165, 458). Em março de 2016, entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil, que modificou o tema da motivação das decisões e inseriu o artigo 489, exigindo, dentre os variados dispositivos, a especificidade dos argumentos judiciais utilizados em juízo.

Dentre os vários ordenamentos que inseriram a fundamentação das decisões, destaque-se o Código-Ibero Americano de Ética Judicial, especificamente no seu artigo 18<sup>17</sup>. Neste são ressaltadas funções jurisdicionais fundamentais para o devido cumprimento da motivação das decisões, como a legitimidade para atuar em determinada demanda e assim a designação da competência, a possibilidade das partes compreenderem claramente o que foi decidido para eventualmente impugnam, se for o caso, e o dever da busca incessante da justiça nas decisões judiciais.

Em todos os ramos do Direito, em especial na esfera criminal, a atividade jurisdicional deve ser cumprida de acordo com os ditames das garantias processuais constitucionais, como o devido processo legal e “[...] a motivação da sentença penal é a maior garantia contra o capricho humano e a certeza de que o juiz cumpriu com seu papel constitucional”. (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 107).

A prestação jurisdicional é um dever do Poder Judiciário facilitando, por exemplo, o acesso à Justiça a quem tenha interesse de ingressar em juízo, e fundamentalmente lhes dar uma conclusão por meio de uma decisão judicial ou acórdão sobre o que é almejado e pretendido em juízo. Assim, pode-se afirmar que “[...] a fundamentação das decisões judiciais é um imperativo do devido processo legal. Em sede penal ou civil, na jurisdição comum ou especial, é direito do jurisdicionado conhecer as razões que levaram o julgador a pronunciar-se em um ou outro sentido”. (LIMA, 2013, p.121).

Neste sentido, em que, por meio dos magistrados, os quais condenam ou absolvem o réu, decidindo a respeito do que fora pedido e fundamentado pelas partes em juízo, é necessário que o juiz avalie e especifique suas considerações sobre as teses apresentadas pela acusação e defesa, relatando na sentença ou acórdão o que foi deferido e rejeitado, pois “[...] não é válida fundamentação genérica, e, além disso, o juiz é obrigado a apreciar todas as teses levantadas pela defesa (mesmo que antagônicas), como garantia da motivação da decisão”. (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p.107).

---

<sup>17</sup> Artigo 18: a obrigação de motivar as decisões orienta-se para assegurar a legitimidade do juiz, o bom funcionamento de um sistema de impugnações processuais, o adequado controle do poder no qual os juízes são titulares e, em último caso, a justiça das resoluções judiciais.

Outro requisito relevante e necessário em que se deve basear a motivação das decisões judiciais diz respeito à matéria probatória. A produção de provas é essencial para a definição do processo, como também para a formação e confirmação das convicções do julgador. Este tem de realizar a prestação jurisdicional a partir de indícios probatórios comprovadores do que de fato ocorreu e se vivenciou. Com efeito e sendo as provas fundamentais para a decisão do juiz e não devendo ele se escusar de apresentá-las nas decisões,

Expressões como “está provado nos autos” e similares não atendem à exigência constitucional, visto que o juiz precisa apontar detalhadamente quais as provas que serviram de fundamento para o seu convencimento. (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 108).

Em suma, as provas, indubitavelmente, constituem um dos requisitos para que se realize a motivação das decisões judiciais. O juiz, quando motiva a sua decisão por indícios imprecisos e não comprobatórios, ou mesmo por delações sem o compromisso para contribuir com a veracidade dos fatos, mas para redução de pena do próprio delator, este julgamento deverá revisar suas decisões ou serem estes revisados pelos tribunais superiores.

O juiz, exercendo a função julgadora, define vidas, situações temporárias ou definitivas de determinada pessoa física ou jurídica. Se mal fundamentada, a decisão prejudica a parte e a sociedade por não cumprir as garantias processuais fundamentais constitucionais, devendo ser nulas as suas deliberações.

Por outro lado, o magistrado deve ser considerado, também, como um cidadão comum e não um “repetidor automático” de leis, súmulas e entendimentos jurisprudenciais. O magistrado é “[...] cidadão e nessa condição exerce o direito de votar, o que não é desprezível quando se analisa o problema da politicidade de suas decisões judiciais”. (DALLARI, 2008, p.89).

Como atuante do poder decisório estatal, no entanto, o juiz não poderá deixar se conduzir por vieses partidários, principalmente em julgamento de autoridades políticas. A imparcialidade é fundamental na condução de qualquer processo judicial. Assim, ao motivar suas decisões,

O juiz não deve manifestar, direta ou indiretamente, preferência por qualquer entidade dessa natureza, mas além disso, precisa estar sempre de consciência alerta para que suas preferências político-partidárias ou eleitorais, ou

simplesmente suas convicções políticas, não influam sobre suas decisões, prejudicando o direito e a justiça. (DALLARI, 2008, p.89-90).

O juiz no exercício de sua função deve atuar com discricionariedade, ou seja, com a capacidade de escolher dentre as normas vigentes, analogias, princípios e costumes, quais deles melhor se aplicaria à luz da legalidade e do Estado Democrático de Direito àquele determinado caso concreto. Assim, “[...] a escolha (“discricionariedade”) deve recair sobre o *melhor*, o que significa que não existe pura discricionariedade no estado democrático de direito”. (NERY JUNIOR, 2009, p. 292).

O julgador, como ocupante do cargo público e representando o Poder Judiciário Estatal, sendo agente político, se diferencia de pessoa e cidadão comum por diversos aspectos, dentre eles o poder de coação se determinada norma não for cumprida.

Finalmente, o juiz como agente político deve atuar em observância à legalidade, com a finalidade de zelar pelas instituições democráticas, a fim de que se fundamentem as decisões judiciais nas verdades fáticas e jurídicas apresentadas no decurso do processo, exercendo o poder discricionário para escolher dentre as normas vigentes.

Ao juiz que não cumpre devidamente a motivação das decisões judiciais, ocorrerá uma penalidade quanto aos seus atos praticados:

Caso não sejam obedecidas as normas da CF 93 IX e X, a falta de motivação das decisões judiciais e administrativas do Poder Judiciário acarreta a pena de nulidade a essas decisões, cominação que vem expressamente designada no texto constitucional. (NERY JUNIOR, 2009, p. 293).

A ausência da motivação das decisões judiciais e a mera repetição de artigos inseridos em ordenamentos jurídicos corresponderão como decisões nulas, pois afrontam a norma constitucional e processual não explicitando como ocorreu o entendimento do poder julgador no curso do processo.

O artigo 489 do atual Código de Processo Civil Brasileiro, §1º, inciso I<sup>18</sup>, expõe sobre a inadmissibilidade de apenas indicar dispositivos normativos e relacioná-los com o caso concreto.

---

<sup>18</sup> Art. 489, §1º: não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida.

Os autores Lenio Streck e Nelson Nery corroboram o que esclarece o artigo 489 do CPC sobre a repetição da lei sem explicitação devida. Streck e Oliveira relatam caso recorrente nos tribunais, como se pode notar:

Um caso particularmente interessante são os acórdãos que representem, integralmente, os fundamentos lançados na sentença, desconsiderando o fato de que, no caso de uma ação de impugnação ou de um recurso em espécie, o pedido está ligado, diretamente, à necessidade de revisão da decisão prolatada pelo juízo *a quo*, o que implica inconformidade com os argumentos explicitados na decisão. (STRECK; OLIVEIRA, 2012, p. 98).

Neste aspecto, as partes que recorrem da decisão prolatada por juiz de 1º grau pretendem que o juízo “ad quem”, por meio dos que compõem determinado tribunal recursal, reforme a decisão e desconsidere o que foi decidido anteriormente, esclarecendo temas controversos. A concordância do tribunal com o juiz de primeira instância ou discordância somente repetindo todo o teor realizado nos argumentos da sentença, e da lei ainda que fazendo referência a casos análogos, não satisfaz nem cumpre a garantia da motivação das decisões.

Nelson Nery fortalece o que foi dito sobre a repetição normativa dos magistrados em sede de juízo “ad quem”:

O ministro, desembargador ou juiz tem necessariamente de dizer por que entendeu presentes ou ausentes os pressupostos para a concessão ou denegação da liminar, isto é, ingressar no exame da situação concreta posta à sua decisão, e não limitar-se a repetir os termos da lei, sem dar razões de seu convencimento.

O artigo 93, IX da Constituição do Brasil deixou a motivação das decisões judiciais, com ampla margem interpretativa, ou seja, não especificou como deveriam ser dar tais motivações, mas apenas inserindo a obrigatoriedade e penalidade. Com o advento do Código de Processo Civil de 2016, o paradigma das fundamentações foi alterado, obrigando que os magistrados cumpram os diversos incisos postos no artigo 489, dentre outros, sob pena de nulidade e outras sanções.

Outro aspecto relevante do princípio em estudo, e ressaltado como uma das mudanças contemporâneas para assegurar a motivação das decisões judiciais, é a relação com o princípio do contraditório. Assim, as partes litigantes não são mais concebidas como aquelas que apenas apresentavam suas ações e impugnações, mas que contribuem para a tomada de decisão judicial, atuando de modo mais ativo e participativo, auxiliando o julgador na tomada de decisão, para que desta maneira

possam “[...] contribuir argumentativamente para a escolha da norma aplicável ao caso concreto, gerando repercussões obrigatórias na atividade de fundamentação desenvolvida pelos órgãos judicantes”. (LEAL, 2002, p. 20).

Nessa nova realidade normativa de participação das partes na relação jurídica processual a fim de assegurar as garantias processuais, dentre elas, o contraditório, “[...] a fundamentação está ligada ao controle das decisões, e o controle depende dessa alteração paradigmática no papel das partes na relação jurídica-processual”. (STRECK; OLIVEIRA, 2012, p.101).

Enfim, um dos requisitos da atuação jurisdicional, e assim motivando adequadamente as decisões judiciais, é a independência dos magistrados. A autonomia e a independência são prerrogativas necessárias para que os juízes não atuem por pressões externas ao processo, seja pela mídia, por setores empresariais, por governos autoritários, fazendo com que interferências estranhas aos procedimentos processuais não prejudiquem a parcialidade dos magistrados e a formação de sua motivação para prolatar a decisão judicial. Assim a “[...] *independência funcional do juiz* deixa-o livre para tomar suas próprias decisões, sem imposições nem influências de outras pessoas ou órgãos, mesmo dos órgãos superiores da própria magistratura”. (DINAMARCO, 2013, p. 248).

## 2.7 Princípio da presunção de inocência

O instituto processual constitucional e penal da presunção de inocência é também conhecido como princípio da não culpabilidade. Por este o investigado e réu é presumidamente inocente, até que de maneira probatória fática e de direito provem fundamentadamente sua culpa. No decorrer deste tema, ocorrerão outros desdobramentos sobre este conceito.

Em relação à historicidade deste princípio, a inserção no ordenamento jurídico foi percebida no final do século XVIII, em que “A primeira aparição em um texto legal do princípio ocorreu na Constituição da Virgínia, em 1776, constando logo depois, em 1789, na célebre Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França”. (CARVALHO, 2014, p.187).

A Organização das Nações Unidas, em 1948, também acolheu o princípio da presunção de inocência. Em 1969, foi recepcionado no artigo 8, do Pacto de São José da Costa Rica.

No Brasil, foi inserido no artigo 5º, LVII<sup>19</sup>, da Constituição de 1988. O princípio da presunção de inocência é pressuposto, ou seja, condição jurídica de todo cidadão investigado e réu em processo penal até a sentença final condenatória, não cabendo mais impugnações a tribunais superiores. A liberdade no Estado Democrático de Direito deverá ser a regra, pois “[...] todo cidadão tem o direito de permanecer em liberdade até que um determinado conjunto de significações gere a necessidade da restrição de seu *status libertatis*”. (STRECK; OLIVEIRA, 2012, p. 77).

Assim, sendo a liberdade de ir e vir é um direito constitucional, artigo 5º, XV<sup>20</sup>, da Constituição Federativa do Brasil vigente, a todo cidadão, devendo este cumprir e obedecer aos ditames legais. Caso contrário, viola-se o ordenamento jurídico a prisão, conseqüentemente, poderá ser a forma imediata ou último meio de punibilidade estatal se não houver outro menos gravoso, a depender da infração. No Direito Penal usualmente, utiliza-se a expressão “*ultima ratio*”, que quer dizer última razão e medida

---

<sup>19</sup> Artigo 5º, LVII: Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

<sup>20</sup> Artigo 5º, XV: é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

da aplicabilidade da lei penal. Desta maneira, estará cumprindo ao que determina o princípio da presunção de inocência no Estado Democrático de Direito, sendo a liberdade a regra e a prisão a exceção. É neste contexto de excepcionalidade das prisões que se pode dizer: “podemos falar em decretação da prisão preventiva apenas quando uma decisão apresenta a fundamentação detalhada que justifique a aplicação da exceção ao princípio”. (STRECK, OLIVEIRA, 2012, p. 77).

A prisão deve ser a última medida a ser tomada pela autoridade competente ao processo, devendo ser decretada pela autoridade competente se houver bases legais. Sendo assim,

Portanto, deve a lei ter uma amplitude e os juízes devem interpretá-la de modo que a preventiva seja uma medida excepcional e não se caracterize como uma antecipação de pena, mas, ao mesmo tempo, a doutrina e a jurisprudência não podem eliminar o instituto da preventiva, como se não existisse qualquer possibilidade de prisão durante o processo. (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 73).

Em suma, a prisão preventiva não pode violar o princípio da presunção de inocência, ao fazer com que o réu, sem a devida fundamentação exigida na lei aguarde julgamento preso. Deve ser ressaltado o fato de que as prisões preventivas injustificadas, além de serem inconstitucionais, contribuem negativamente para o aumento de presos nos presídios, deixando a situação carcerária ainda mais caótica.

A sociedade, em alguns casos, se deixa influenciar pela mídia, que atribui a culpa precipitadamente ao investigado, denegrindo sua imagem e às vezes interferindo na decisão judicial antes mesmo do réu ser julgado, usando do meio de comunicação para realizar a perseguição ao acusado, descumprindo o tema em estudo. Sendo assim, “[...] o princípio em comento é o que mais sofre violação, inclusive por parte da própria sociedade, que considera a condição de “réu” suficiente para penalizar o indivíduo”. (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 66).

Neste contexto, a imprensa exerce também função significativa e influenciadora, realizando prejulgamentos em determinadas decisões judiciais. Insistindo na criminalização e culpabilidade pelo fato de o cidadão ser “réu”, “[...] a imprensa transforma o processo penal em um espetáculo, envolvendo o acusado de tal forma que, ainda que sobrevenha sua absolvição a sanção já terá sido severamente imposta”. (BEDÊ JÚNIOR, 2009, p.66).

Em relação à legalidade e espécies de admissibilidade das prisões no Brasil, é importante destacar:

Assim, só pode existir prisão, além das hipóteses de flagrante expressamente admitidas pela Constituição, naqueles casos em que o juiz, para decretá-la, tenha de buscar fundamento no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, residentes no art. 312 do Código: a prisão preventiva e a prisão temporária. Afora esses casos, a Constituição não admite prisão. (CARVALHO, 2014, p. 190).

As modalidades de prisões previstas nas leis brasileiras são efetivadas dentro das hipóteses de flagrante expressas na Constituição e no Código de Processo Penal, bem como as prisões preventivas e temporárias. Afora estas espécies de prisões legais, ocorrerão arbitrariedades judiciais se acontecem de maneira diversa e descumprindo a ordem normativa pátria vigente.

Destaque o fato de que a prisão deve ser decretada se não houver meio menos gravoso a se utilizar naquele caso. As autoridades policiais e judiciais devem sempre ter por base nas decisões a proporcionalidade e a adequação. Estes dois conceitos norteiam a atuação do Estado em relação ao investigado ou acusado, para que o poder estatal não cometa excessos ao culpar e punir a pessoa.

As prisões, além de legais, necessitam ter a devida motivação jurídica, preservando e respeitando a liberdade do cidadão antes de qualquer decisão. Deste modo, o princípio da presunção “[...] reforça o estatuto constitucional da liberdade, não para tornar o ordenamento incapaz de lidar com a criminalidade e de combatê-la, mas sim para evitar a prisão desnecessária e desmotivada” (CARVALHO, 2014, p. 194).

No Brasil existem algumas inadmissibilidades de prisões, as quais são desarrazoáveis, que descumprem a garantia fundamental do princípio da presunção de inocência, as quais são em sede de prisão cautelar com fundamento da “garantia da manutenção da ordem pública” ou na fase de elaboração probatória que antecede o julgamento, pois já foi explanado e pacífico que “[...] a doutrina e jurisprudência são tranquilas em afirmar que a simples alegação genérica de garantia da ordem pública ou da instrução criminal não serve de fundamento para a decretação da prisão cautelar”. (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 68).

Há também outro momento em que não é cabível a prisão, o que viola os direitos garantistas constitucionais, e assim contraria o que estabelece o princípio da presunção de inocência, que é a prisão na fase investigativa, pois “[...] é pacífico na doutrina e na

jurisprudência que a Constituição de 1988 não permite em hipótese nenhuma a prisão para investigação”. (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 91).

Um caso relativamente recente na realidade política brasileira foi a lei complementar 135/2010<sup>21</sup>, que trata sobre a inelegibilidade dos cidadãos que tiverem contra si condenações determinadas por órgãos colegiados, ainda que seja cabível recurso, e, assim, descumprindo o princípio da presunção de inocência.

Para Lenio Streck e Tomaz de Oliveira, há inconstitucionalidade na lei acima, pois a garantia da presunção de inocência “[...] exige o esgotamento de todas as vias recursais para se considerar como definitiva a condenação”. (STRECK; OLIVEIRA, 2012, p.82). Assim, também, é entendida a garantia constitucional do princípio constitucional da presunção de inocência, no artigo 5º, LVII.

Segundo alguns doutrinadores, a lei sobredita é constitucional, pois “[...] cumpre outra determinação constitucional – tão importante quanto à presunção de inocência – que é a garantia da moralidade da administração pública [...]”. (STRECK; OLIVEIRA, 2012, p. 82). Para esta parte dos que refletem sobre a predominância da moralidade em relação à inocência, seria do coletivo e social em detrimento do individual. Assim, existe para este pensamento a inelegibilidade de candidatos que já tiverem condenações por órgãos colegiados, independentemente do cabimento de recursos.

Ao se desconsiderar e não observar a garantia constitucional fundamental democrática ao cidadão do princípio da inocência, certamente põe-se em risco a legalidade, o devido processo legal, dentre outros pilares constitucionais fundamentais para a sustentação das instituições democráticas. O argumento que pede o predomínio da moralidade sobre a inocência relaciona-se com o Estado de exceção, conhecido pela aparente normalidade e ausência de cumprimento de legalidade. Assim, neste contexto; “[...] uma situação de necessidade reivindica a suspensão da execução de um direito, com o pretexto de salvar o próprio direito, com o restabelecimento da ordem. Esse caminho é perigoso, tortuoso e sem volta”.(STRECK; OLIVEIRA, 2012, p.88).

Em suma, ainda sobre a violação do princípio da presunção de inocência para privilegiar a moralização do processo político, enfatizam os referidos autores:

---

<sup>21</sup> O Supremo Tribunal Federal por maioria dos votos considerou a Lei Complementar 135/2010, Lei da Ficha Limpa, como Constitucional.

Suspender o direito de presunção de inocência em virtude da “necessidade” de moralizar o processo político é abrir um perigo espaço na institucionalidade, a partir do qual emerge figuras típicas de um Estado de Exceção. (STRECK; DE OLIVEIRA, 2012, p.89).

Finalmente, é uma obrigação legal das partes e, principalmente, do poder jurisdicional, que se cumpra a garantia do princípio da presunção de inocência, sendo um direito penal fundamental que representa uma conquista histórica, e que, dentre seus diversos objetivos, se destaca o impedimento das prisões arbitrárias sem fundamento jurídico e probatório antes do trânsito em julgado, buscando, assim, a efetivação da legalidade constitucional, para que não ocorram prejuízos morais, financeiros, personalíssimos e outros ao réu, como também constitui num instrumento de proteção contra a moralidade das decisões judiciais e da inserção do estado de exceção.

### 3.1 Conceito e características do estado de exceção

O estado de exceção permite diversas análises em relação ao seu estudo. Neste tópico, serão abordadas as definições, contexto histórico, características e as possibilidades, ou não, de admissibilidade.

A situação emergencial e temporária denominada estado de exceção baseia-se em dois aspectos. O primeiro deles é a restrição de direitos e garantias fundamentais aproximando-se do autoritarismo. Já o segundo é conhecido pelo poder absoluto do soberano, que, segundo Carl Schmitt, tem poderes ilimitados e é livre para tomar todas as decisões que contribuíssem para o retorno da normalidade. (SCHMITT, 2006)

Em relação à historicidade do estado de exceção no Brasil, podem ser explicitados alguns instantes, como:

Primeiro na ditadura de Floriano Peixoto em 1891, utilizada como forma de manter a legalidade após a renúncia do Marechal Deodoro da Fonseca; segundo, durante o Estado Novo, utilizado por Getúlio Vargas como plano de combate a integralistas e comunistas (1937); os dois últimos foram as intervenções militares de 1964 e 1968. (GODOY, 2017, p. 287).

Assim, pode-se notar que a exceção é usualmente inserida em governos ditatoriais e autoritários por meio das forças armadas, entretanto, poderá ocorrer também em estados democráticos por via dos ordenamentos que prevejam sua admissão transitória. Quando a situação de anormalidade não está normatizada como transitória e emergente, e ocorre o decreto de tal medida excepcional, há um desvio de finalidade quanto à legalidade da ação, em que o governo vigente tenta justificar para sua decretação o estado de caos e de guerra, “[...] enquanto a suspensão da própria ordem jurídica”. (AGAMBEN, 2010, p. 16).

O período de conflitos armados entre países por distintas motivações, como ocorreu no caso da Primeira Guerra Mundial, de certo modo criou precedentes para que governos vivenciassem práticas excepcionais, ocorrendo assim uma espécie de “[...] laboratório em que se experimentaram e se aperfeiçoaram os mecanismos e dispositivos funcionais do estado de exceção como paradigma de governo”. (AGAMBEN, 2004, p. 19).

A utilização dos decretos com força de lei por quem exercia a chefia de governo se deu na Alemanha nazista sob o governo e poder de Adolf Hitler. Este promulgou um *Decreto para a proteção do povo e do Estado*, o qual suspendia artigos da Constituição de Weimar referentes às liberdades individuais. Assim, a utilização autoritária com a finalidade de restrição de direitos por meio de instrumentos estatais, em detrimento da ordem jurídica vigente, caracteriza o estado de exceção em que “[...] a extensão dos poderes governamentais e, em particular, à atribuição ao executivo do poder de emitir decretos com força de lei”. (AGAMBEN, 2010, p. 18).

Carl Schmitt descreve a ideia de soberania centralizada na pessoa que possui plenos poderes de comando e decisão sobre determinado povo, bem como quanto ao ordenamento jurídico, na qual este poder decisório exercido pelo “soberano é quem decide sobre o estado de exceção”. (SCHMITT, 2006, p. 7). O estado de exceção neste sentido da concentração dos poderes decisórios em uma só pessoa denominada de soberano “[...] apresenta-se, pois, como um limiar de indeterminação entre democracia e absolutismo”. (AGAMBEN, 2010, p. 13).

No governo de Getúlio Vargas diante dos diversos Códigos de Processo Penal Estadual, resolveu-se uniformizá-lo em 1941 no território brasileiro. Da mesma maneira, “[...] unificou a legislação processual no território nacional para agir de forma única, inspirando-se no chamado Codice Rocco italiano de 1930, elaborado por Mussolini”. (CHEMIM, 2017, p. 31). O objetivo de quem governa no estado de exceção é que as leis sejam em favor das suas ações, não podendo ocorrer divergências ainda que estaduais, pois é “[...] importante que a lei lhes dê respaldo, prevendo instrumentos que facilitem o agir abusivo e ampliando seu poder”. (CHEMIM, 2017, p. 31).

Um dos autores que contribuiu para o desenvolvimento do tema estado de exceção foi Carl Schmitt, que realizou algumas definições sobre esse estudo. Desta maneira Schmitt expõe algumas reflexões, explanadas pelo autor Macedo Junior, no sentido de que tipifica numa ditadura no estado de exceção, que era *ditadura comissionaria*, em que o soberano tem o poder sobre a sociedade, “[...] age em nome da Constituição, mas toma medidas para preservar a ordem. Estas medidas não são limitadas pelo direito, elas são extralegais”. (MACEDO JUNIOR, 2011, p. 112)

Segundo Schmitt, o soberano é o detentor do poder e tem autonomia para decidir as questões sociais complexas, a fim de que se restabeleça a normalidade, mesmo que a

decisão seja de um governo ditatorial e também que o soberano deve se utilizar de todos os meios possíveis para o retorno da paz e da regularidade social.

A doutrina se divide em considerar o estado de exceção como integrante do ordenamento jurídico e como externo a este. Neste caso, em que se considera que o estado de exceção como instituto pertencente ao ordenamento jurídico e assim previsto em lei, sua aplicabilidade se dá dentro dos parâmetros legais, porém, se não previsto no ordenamento vigente, poderá ser analisado como “[...] um fenômeno essencialmente político ou, em todo caso, extrajurídico”. (AGAMBEN, 2004, p. 38). Neste grupo de doutrinadores que consideram a impossibilidade de previsão normativa constitucional do estado de exceção está incluído Carl Schmitt.

Existe também uma divisão entre os países que regulam o instituto do estado de exceção e outros que não tratam normativamente do assunto. Vale ressaltar que tal diferenciação não esgota todos os países, mas pretende-se explicar alguns deles. No que diz respeito aos que normatizam a medida de exceção, incluem-se, França e Alemanha. Em relação aos que preferiram não regular esse tema estão Itália, Suíça, Inglaterra e Estados Unidos.

No que concerne à relação do estado de exceção e atuação dentro dos limites legais, alega-se: “[...] uma *necessidade que não conhece lei nem limites. A estrita medida da necessidade é a estrita medida de algo que não tem limites*, porque esses limites são estabelecidos por quem exerce o poder”. (ZAFFARONI, 2006, p.24-25). O chefe do poder estatal exerce suas decisões de maneira extralegal, ou seja, fora da lei. A necessidade e urgência de retorno à normalidade faz com que se desconheça a ordem normativa e que tudo seja possível para que se retorne à estabilidade social. A “[...] necessidade age aqui como justificativa para uma transgressão em um caso específico por meio de uma exceção”. (AGAMBEN, 2004, p.40-41).

A respeito da medida de exceção como necessidade do Estado caracterizado como uma ordem do soberano, ainda que esta não seja jurídica, pode-se entender assim que, “[...] o caso excepcional, o caso não descrito na ordem jurídica vigente pode ser, no máximo, caracterizado como caso de extrema necessidade, como risco para a existência do Estado ou similar, mas não ser descrito como um pressuposto legal”. (SCHMITT, 2006, p. 8).

Neste contexto de violação das leis vigentes de um país, poderá predominar a vontade pessoal dos interesses de governantes e de alguns setores da sociedade de variados ramos que são apoiadores ao governo em detrimento da obediência à juridicidade, como se pode perceber:

Esta concessão da emergência outra coisa não é que a ideia do primado da *razão de Estado* sobre a *razão jurídica* como critério informador do direito e do processo penal, seja simplesmente em razões excepcionais como aquela criada pelo terrorismo político, ou de outras formas de criminalidade organizada. (FERRAJOLI, 2010, p. 747).

Os políticos favoráveis à inserção do estado de exceção sinalizam para a sociedade a necessidade de medidas emergenciais e incomuns ao Estado de Direito, tendo em vista um “perigo iminente” que levará segundo o que eles propagam, ao caos. Este perigo deve ser combatido para aqueles que admitem o estado de exceção, mesmo que de maneira que contrarie as normas em vigor, para que se possa retornar ao *status* de liberdade e à paz.

A possibilidade da situação do estado de exceção no país que seja constitucional e democrático de Direito deverá ser considerada a última medida e em casos extremos, como de guerra declarada por outro país ou nas hipóteses constitucionais e não por “[...] tentativa de incluir na ordem jurídica à própria exceção, criando uma zona de indistinção na qual fato e direito coincidem”. (AGAMBEN, 2010, p. 80).

A distorção no emprego da medida de exceção pelo governante, como é o caso dos privilégios concedidos aos interesses privados em desfavor dos proveitos públicos, como demissões arbitrárias de servidores concursados e estáveis como justificativa de cortes de gastos, em que o Estado tentará justificar as medidas incomuns sob a justificativa da necessidade, na qual “um governo impessoal das leis cede lugar ao governo pessoal dos homens”. (VALIM, 2017, p. 12).

No concernente a um dos múltiplos conceitos do estado de exceção, considera-se que:

De forma sucinta, pode-se colocar que a exceção decorre de uma situação política extrema, baseada nos parâmetros de amizade-inimizade, da qual uma decisão última é tomada por meio da soberania decorrente de uma unidade política. (MATTEI, 2013, p. 24).

A conflitualidade vivenciada por um país em situações como as de guerra, calamidades, dentre outras, assim dispostas no âmbito constitucional, legitima a ideia que práticas de exceção e não duradouras dentro da legalidade sejam decretadas. O que não poderá ser admissível num governo democrático são exatamente o excesso e caráter permanente na atuação da medida de exceção, descumprindo a ordem jurídica e atuando arbitrariamente.

Carl Schmitt acreditava que ao soberano devem ser concedidas a liberdade e capacidade decisória para que se busque o retorno à normalidade, não sendo pensado por este mesmo autor que tais poderes poderiam se corromper e desviarem em outros interesses. Assim, ratifica o entendimento de que, “[...]em momento algum, Schmitt crê na possibilidade de uma distorção do poder soberano de atuar na defesa de interesses pessoais e individualizados”. (MATTEDI, 2013, p. 31). Schmitt acreditava na atuação consciente do soberano, não podendo ser seu poder decisório limitado ou mesmo coagido.

A soberania é definida por Schmitt pela concentração de poder decisório numa só pessoa, em que este soberano dispõe da decisão para ordenar, por exemplo, uma medida de exceção, sendo assim decisões independentes e que não se distribui em ou originam outros poderes. Assim, “soberania é o poder supremo não derivado e, juridicamente, independente”. (SCHMITT, 2006, p.18).

Dentre as diversas características que Carl Schmitt atribui ao soberano, o chefe do poder estatal está em decisões de medidas excepcionais como também quanto à suspensão de ordens normativas, em que, segundo Schmitt, o soberano se encontra fora do ordenamento jurídico, porém a ele pertence, constituindo um paradoxo do pensamento desse autor:

Ele decide tanto sobre a ocorrência do estado de necessidade extremo, bem como sobre o que deve fazer para saná-lo. O soberano se coloca fora da ordem jurídica normalmente vigente, porém a ela pertence, pois ele é competente para a decisão sobre se a Constituição pode ser suspensa *in toto*. (SCHMITT, 2006, p. 8).

O soberano é quem concentra todo o poder decisório do Estado. Assemelha-se, como já expresso, à monarquia e, em casos mais recentes do século XX, às ditaduras. A ele cabe realizar toda decisão necessária para que a sociedade retorne à normalidade,

pois o soberano “[...] cria e garante a situação como um todo na sua completude. Ele tem o monopólio da última decisão.” (SCHMITT, 2006, p. 14)

Ainda no que é pertinente à definição do estado de exceção e ao entendimento das suas características desde o alcance da atuação do soberano na fase inicial do assunto perpassando para a atualidade em outros tipos de governo, pode-se dizer que:

O estado de exceção é uma suspensão do ordenamento jurídico em circunstâncias nas quais há a presença de um risco existencial de uma determinada nação ou coletividade, através de uma decisão política soberana. Entretanto, nos dias atuais, a aplicação da exceção somente formalmente justifica-se pela supressão de situações limites nas quais o ordenamento não propicia uma solução segura e adequada. Há um desvirtuamento generalizado na utilização do instituto para que o soberano esquive-se da obediência aos parâmetros normativos impostos. (MATTEDI, 2013, p. 66).

É possível identificar algumas peculiaridades referentes ao estado de exceção, como a suspensão do ordenamento jurídico e a soberania de quem é detentor do poder. Na atualidade, em alguns países, existe a previsão legal das possibilidades do estado de exceção em casos extremos. O governante, entretanto, ultrapassa e viola em alguns casos os limites legais ou mesmo se posicionando acima da ordem legal, desrespeitando garantias fundamentais e em busca de exterminar possíveis inimigos políticos, religiosos, como os que tenham posições opostas em relação às pretensões do governo, levando à perseguição e prisão ou até mesmo à morte.

Neste sentido, aquele que possui o poder estatal de ordenar a medida de exceção descumpra a lei e as garantias fundamentais de uma nação, encontrando-se “[...] acima do ordenamento, para que tenha poder de suspendê-lo, tendo por escopo a saída do caos e busca de uma situação de normalidade em que as leis podem ser aplicadas novamente”. (MATTEDI, 2013, p. 42).

A inserção da medida de exceção pelo soberano para se chegar novamente à normalidade faz com que sejam ilegalmente praticadas violações das garantias constitucionais, por meio da perseguição penal a quem se oponha à ideologia governamental, o que é típico de governos ditatoriais, como ocorrido no Brasil nos anos de 1960 a 1988, quando as ações excepcionais eram coordenadas pelas forças armadas.

Neste sentido, é de suma relevância para estas ditaduras, bem como para seus interesses, que a ordem jurídica não esteja em desarmonia com suas medidas

excepcionais, sendo “[...] importante que as leis lhe dê respaldo, prevendo instrumentos que facilitem o agir abusivo e ampliem seu poder.” (CHEMIM, 2017, p. 31).

No âmbito dos países da América do Sul, e quanto ao estudo da exceção, em específico, a ordem normativa constitucional vigente no Brasil, é possível que o presidente da República autorize o estado de defesa, que é uma das medidas emergenciais em virtude de questões de risco para a sociedade, como calamidades. O estado de defesa tem por objetivo “[...] preservar ou restabelecer a ordem pública ou a paz social ameaçada por aqueles fatores de crise”. (SILVA, 2007, p. 764).

Em relação ao aspecto normativo e à possibilidade da medida de exceção, é inerente à autonomia do chefe do Poder Executivo do Brasil para decretar o estado de defesa, sendo obrigatória a consulta prévia ao Conselho da República e ao Conselho de Defesa Nacional, como dispõe o *caput* do artigo 136.. A decretação do estado de defesa, porém, “[...] não pode ser, situação de arbítrio, mas situação constitucionalmente regrada”. (SILVA, 2007, p. 765).

O estado de exceção como justificativa para situação emergencial do caos que perpassa determinado país pode ser um instrumento perigoso da validação de práticas violadoras de garantias penais, como mencionado anteriormente, e assim permitir ações contra a dignidade da pessoa humana, submetendo a risco princípios penais assecuratórios do cidadão. Assim, a medida de exceção “[...] passa a ser a regra” (BENJAMIN, 1942, p. 67), e um método de governo.

Quando a medida de exceção pretende se tornar a regra existirá uma crise de competência entre os poderes, como, por exemplo, o Legislativo, Executivo e Judiciário. Agamben atribui como uma das características da exceção a inexistência ou “[...] abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judicial – mostra aqui sua tendência para se transformar numa prática de governo duradoura”. (AGAMBEN, 2010, p. 21).

A crise entre os poderes de uma República, como citado há pouco, é certamente danosa e põe em risco a democracia. A independência, harmonia e separação dos poderes com base na tripartição de Montesquieu ficam descaracterizadas. Neste sentido, por exemplo, o parlamento deixa de exercer sua função típica de legislar, não sendo mais “[...] órgão soberano a quem respeita o poder exclusivo de obrigar os cidadãos por

meio das leis: limita-se a ratificar os decretos emanados do poder executivo. Em sentido técnico, a República já não é parlamentar mas governamental”. (AGAMBEN, 2010, p.34).

Neste contexto relativo às consequências do estado de exceção, pode-se compreender que,

Em todo caso, uma vez aberto o caminho da emergência como necessário para a defesa do Estado (contra o terrorismo e contra si mesmo), dever-se-ia ao menos ter a coragem e a honestidade de admitir que uma tal resposta ao perigo subversivo era uma resposta fora da lei, como são sempre as respostas de guerra, para não corromper desta maneira os princípios garantistas do direito penal, que é essencialmente um instrumento de paz. (FERRAJOLI, 2010, p. 768).

Os princípios penais garantidores do processo penal são mecanismos assecuratórios ao réu, como a garantia ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, legalidade, imparcialidade, dentre outros. Ao decretar a guerra existe a banalização dessas garantias, principalmente em detrimento dos inimigos contrários ao governo vigente. Em deturpação ao estado de exceção com o fundamento da busca para manutenção da “ordem” e “normalidade”, o poder governante se utiliza ilegalmente dos meios não previstos para justificar seus atos, aumentando desta maneira o caos já existente.

Houve um projeto de lei da atual Constituição italiana que versava sobre o direito de resistência do povo contra as arbitrariedades do governo que violassem liberdades fundamentais e direitos constitucionais. O artigo, no entanto, não foi aprovado. Já na Alemanha, foi inserido um artigo em sua Constituição que também trata do assunto direito de resistência. (Artigo 20)<sup>22</sup>.

A justificativa da inserção do estado de exceção inicialmente foi a guerra e o combate aos terroristas e aos países invasores, como ocorreu nos Estados Unidos da América, em 2001, no atentado terrorista com aviões liderados por “homens-bomba”, e que vitimou centenas de pessoas com a queda das “Torres Gêmeas”, as quais eram grandes prédios empresariais. O poder estatal, contudo, poderá considerar outras hipóteses de decretação das medidas excepcionais e assim pressionar o Poder Jurisdicional para condenar ou absolver essas pessoas. Com efeito, se inexistente a

---

<sup>22</sup> Art. 20 da Constituição Alemã: Contra qualquer um, que tente subverter esta ordem, todos os alemães tem o direito de resistência, quando não houver outra alternativa.

independência dos magistrados e o desrespeito às suas prerrogativas predomina nos julgamentos a exclusiva subjetividade dos juízes como decisiva “[...] as pessoas passam a depender de um julgador e não de provas concretas, um claro e notório absurdo”. (GONÇALVES, 2011, p. 17).

O estado de exceção, inicialmente concebido por Schmitt, que significava autonomia, liberdade do soberano para tomar às decisões e conseguir o retorno à normalidade, provavelmente, poderá ter sido distorcido em alguns casos, como mencionado, pelos estados totalitários.

O totalitarismo pode ser percebido por via de algumas características que levam à quase “anulação” da reflexão humana:

Em primeiro lugar, havia a destruição do homem jurídico ou político, colocando-o fora da lei; em segundo lugar, a destruição da pessoa moral tornando sua consciência impotente; e em terceiro lugar, eliminando a sua singularidade e espontaneidade, o indivíduo humano estava destruído, como se o significado de sua vida não era ter sido um começo, mas ter-se tornado um cadáver. (MATTEDI, 2013, p. 54).

Dentre as distintas peculiaridades sobre o totalitarismo, uma de suas “intimidações” ao cidadão é a obrigatoriedade, essencialmente, de unanimidade reflexiva política, inexistindo criticidade sobre o momento vivido pelo país nem mesmo ações contrárias aos interesses e políticas do governo. A busca da liberdade de expressão, associação e, manifestações são tolhidas nos regimes totalitários. O estado de exceção é um instrumento que pretende favorecer a ocorrência destas características.

Assim, o estado de exceção, que era um instrumento utilizado em casos extremos e com o objetivo de reconquistar a paz e a normalidade na sociedade, com o desvirtuamento das finalidades totalitárias, transformou-se em “[...] um instrumento utilizado pelos líderes totalitários que buscavam de uma forma de justificação para os seus objetivos e atos”. (MATTEDI, 2013, p. 60).

O emprego do estado de exceção como legitimação dos abusos de poder, sejam nas esferas legislativas, executivas ou judiciárias, certamente traz um rompimento com as garantias democráticas e ineficiência na efetivação de princípios constitucionais submetendo a perigo a sociedade, que têm por base a democracia e a supremacia

constitucional. De efeito, das consequências podem advir para o Estado Democrático e Constitucional de Direito, com o emprego da exceção:

Os desmandos do executivo perante o judiciário e o descaso do legislativo atuando como uma marionete nas mãos dos detentores do poder são vexatórios e humilhantes para uma nação que se diz uma república democrática. As instituições tornam-se instrumentos de exercício das vontades pessoais dos detentores do poder. É uma constante presença de usurpação de poder. (MATTEI, 2013, p. 98).

O estado de exceção, quando se torna medida permanente e utilizado para intimidar outros poderes estatais que gozem de autonomia, como inibindo a atuação de magistrados, servidores estatais e demais pessoas, desconsidera as garantias constitucionais e liberdade de criticidade social, bem como as prerrogativas inerentes aos poderes estatais.

No Estado de Direito, o cumprimento da legalidade deve ser a regra. O estado de exceção deve ser previsto no ordenamento e utilizado em último caso, somente nas hipóteses constitucionais. O equilíbrio e autonomia entre os poderes, com a busca do diálogo com povo e governantes, são fundamentais para a essência e pluralidade democrática.

### 3.2 O inimigo do direito penal

O tema sobre o inimigo do Direito Penal teve como um de seus percussores o alemão Günther Jakobs. Esse autor nasceu em julho de 1937, na Alemanha, época em que este país vivenciava o regime nazista de Adolf Hitler. Jakobs analisa o inimigo como uma ameaça à humanidade, devendo assim ser combatido.

Dentre as diversas reflexões de Gunther Jakobs sobre o inimigo do Direito Penal está a defesa da ideia de que este inimigo não é detentor dos direitos ou mesmo garantias. Para ele, os inimigos poderiam ser terroristas e também criminosos que cometessem delitos na esfera econômica. Jakobs acredita na distinção de direitos, diferenciando em Direito Penal do inimigo e o do cidadão, não devendo este ser contaminado por aquele. O cidadão comete, segundo Günther, delito por fato qualquer e sendo assegurado a este os direitos. Já ao inimigo, por atentar contra o Estado, não deve nem mesmo ser tratado como pessoa, sendo um risco à sociedade.

Em contraposição diametral à teoria do Direito Penal do inimigo, de Jakobs, o qual busca como fundamento de seu pensamento a extinção do inimigo sem as garantias dos direitos, está do outro lado o autor italiano que defende o Estado de Direito e as garantias penais e processuais a toda pessoa, Luigi Ferrajoli.

Entre as garantias fundamentais penais defendidas por Ferrajoli estão o cumprimento da legalidade, a imparcialidade do juízo, a presunção de inocência, a motivação das decisões judiciais e outras processuais que permitam a defesa do réu de se manifestar sobre acusações no âmbito processual.

Assim, pode-se dizer que há uma distinção sobre o Direito Penal do inimigo a ser tratada pelos autores Jakobs e Ferrajoli. O primeiro autor acredita que o inimigo deve ser extinto sem garantia dos direitos, pois representa um risco a uma nação. Segundo ele, “O Direito Penal do inimigo é aquele praticado para os não cidadãos, no qual resta a coação como pena”. (JAKOBS, 2005, p. 22). Já Ferrajoli acredita nas garantias constitucionais fundamentais inerentes a todos os seres humanos, apesar da condição em que se encontre.

Após esta breve introdução sobre algumas considerações relevantes e que repercutiram principalmente na esfera jurídica, pode-se desenvolver estas reflexões que desencadeiam outros temas relacionados ao assunto, buscando a conexão com a atualidade e, mais adiante, relacionando com casos práticos.

O inimigo do Direito Penal está inserido no estado de exceção. Como uma das características de ambos os institutos, estão o emprego da aparente legalidade e o autoritarismo dos governantes, em que tudo é possível para que se busque a normalidade da realidade, sendo recordados desta maneira o Estado absolutista e a supremacia do monarca, em que o soberano poderia realizar todas as medidas necessárias para combater o adversário de cunho político, ideológico ou econômico.

Neste contexto da permissão de qualquer hostilidade para o combate e eliminação do inimigo, recorda-se do autor Carl Schmitt. Já para Jakobs, o inimigo é o criminoso de alta periculosidade à sociedade. O inimigo é “[...] quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal; por isso não pode ser tratado como cidadão, mas sim deve ser combatido como inimigo”. (JAKOBS, 2009, p. 17).

Relativamente ainda, à identificação dos inimigos, e que representariam potenciais risco e dano à sociedade, bem como uma ameaça para a situação política dominante, pode-se dizer que estes inimigos são assim considerados por vários fatores entre eles os de “[...] partido político, por bandeira de proteção dos direitos dos mais pobres, pelos interesses dos mais ricos e por fatores que ainda deixam a percepção de mundo como uma sociedade de classes”. (PREUSSLER, 2017, p. 94).

Já sob outro aspecto, o inimigo é selecionado “[...] de acordo com o momento histórico. Para tanto, basta citar as ocorrências do Nazismo [...]”. (BEZERRA; LOPES, 2013, p. 59). A seletividade do inimigo do Direito Penal é também preconceituosa, movida por interesses políticos e econômicos, a fim de que essas pessoas sejam excluídas da sociedade. No momento histórico referente ao nazismo e sobre o regime de Hitler, este perseguiu e cometeu diversas atrocidades, como as câmaras de gás contra inimigos políticos e religiosos antagônicos ao seu governo.

Em todo caso, uma das exigências das arbitrariedades cometidas no estado de exceção é que todos os indivíduos que componham este tipo de governo e a sociedade

não divirjam, como realizando manifestações contra o poder estatal, ou mesmo disseminando informações para a sociedade que submetam a risco a atuação do poder governamental. Desta maneira, “[...] quem não se identifica com a vontade popular expressa pelo chefe é um potencial inimigo”. (FERRAJOLI, 2014, p. 46).

No início do estudo sobre o inimigo do Direito Penal feito por Jakobs, uma das razões desta perseguição, como também a eliminação do inimigo da sociedade, era a motivação pela guerra. Com o passar do tempo, entretanto, à razão essencial, como se pode notar no regime fascista ocorrido na Itália e em outros países, incidiram outros fundamentos, dentre eles o de maior relevância que foi o “[...] de caráter político, porque *a questão que se coloca é – e sempre foi – dessa natureza*”. (ZAFFARONI, 2006, p. 16).

O inimigo do Direito Penal foi perseguido continuamente após a Segunda Guerra Mundial por diversas razões, de natureza política, econômica ou religiosa. Esta perseguição, no entanto, poderá se dar ainda num Estado Democrático e Constitucional de Direito, no qual, por meio das hipóteses de admissibilidade legal do estado de exceção, justificada como medida temporária e emergencial, torna-se duradoura, usando a “busca da normalidade” para cometer arbitrariedades, abusos e violações legais.

O inimigo do Direito Penal não é considerado como um cidadão com direitos e garantias fundamentais. Ele é conhecido como um dano e um risco à sociedade e ao governo vigente. Neste sentido de perseguição e restrição dos direitos fundamentais do inimigo, e na busca persecutória de toda forma pela sua prisão ou mesmo eliminação, a perseguição e restrição opõem-se ao ordenamento jurídico brasileiro à luz da Constituição de 1988, em que um dos pilares da garantia fundamental constitucional democrática é o princípio da dignidade da pessoa humana inserido no artigo 1º, III.

A constante perseguição ao inimigo, que o Estado justifica também como sendo uma ameaça à sociedade, causa tensões sociais e várias consequências aos cidadãos em geral como, “alarmes falsos” em locais públicos e privados, mobilização de policiais e militares em demasia, portando grandes armamentos, sob a justificativa de a qualquer momento ocorrer um ataque terrorista, dentre outros, pois:

[...] ao se buscar reprimir uma conduta antes mesmo que esta ocorra é o mesmo que sancionar os pensamentos de um indivíduo, como se o perigo fosse concreto e iminente a todo instante, o que não logra êxito com a realidade e enseja um estado de tensão permanente, injustificável. (GONÇALVES, 2011, p. 16).

O inimigo público é considerado perigo constante, tensionando toda a sociedade, mudando hábitos regulares e até mesmo é possível que ocorram exacerbadas fiscalizações rotineiras a tudo e todos para que se encontrem vestígios ou alguma tática para coibir informações sobre o adversário a ser capturado.

Quanto à desconsideração da pessoa do inimigo constituindo como uma “[...] essência do tratamento diferenciado que se atribui ao *inimigo* consiste em que o direito *lhe nega sua condição de pessoa*. Ele só é considerado sob o aspecto de *ente perigoso ou daninho*”. (ZAFFARONI, 2006, p. 18).

Existem autores que ainda consideram a existência de dois direitos distintos, como o Direito Penal do cidadão e o do inimigo. O cidadão é reconhecido como pessoa e detentor de direitos, podendo produzir provas, direito a tutela jurisdicional, dentre outros. Já em relação ao inimigo, são realizadas várias medidas coativas, como prisão preventiva, intervenção nas comunicações e diversas outras.

Em decorrência da falta de direitos ao inimigo do Direito Penal, a nomenclatura “direito do inimigo” realizada por alguns autores, “[...] não pode ser considerado como direito, principalmente por não possibilitar de forma plena o exercício do contraditório e ampla defesa”. (BEZERRA; LOPES, 2013, p. 61). O direito de resposta às acusações realizadas em detrimento do réu, bem como que a este seja dado o direito de defesa por todo o procedimento processual e em relação às diversas acusações por parte do autor, constitui um direito fundamental e essencial que deve ser resguardado considerado verdadeiramente como tal.

O Direito Penal deve ter por fundamento a garantia dos direitos fundamentais a todos, seja inimigo público, ou não. A razão de incriminar determinada pessoa deve-se dar quanto ao aspecto objetivo e a culpabilidade do réu quanto a determinado delito, e não ao caráter subjetivo, personalíssimo, em que se pune por perseguições e motivações políticas à pessoa. O sistema penal deve ser entendido e refletido como garante paz social e da ordem, buscando intervir somente quando outro tipo de seara do direito não for competente e habilitado para tal.

Pode-se dizer que o cidadão tem direitos de se manifestar e defender-se; já o inimigo não tem direitos, mas dever de obedecer às ordens estatais, pois os inimigos

representam um “dano” à sociedade, sendo assim irrelevante a sua condição humana e considerando-o como um ser de alta periculosidade para as pretensões estatais, como é o caso de um terrorista.

A teoria do Direito Penal do inimigo, iniciada por Günther Jakobs, foi polêmica e, assim foram realizadas algumas críticas às suas ideias de combate àquele que não tem direito às garantias fundamentais, sendo apenas um prisioneiro ou inimigo a ser extinto pelo Estado.

Dentre as diversas críticas às ideias de Jakobs está à incompatibilidade trazida por ele a respeito do inimigo em relação ao Estado Democrático de Direito, pois violaria a isonomia entre as pessoas, sejam cidadãos ou inimigos, levando ao total arbítrio estatal. Outra crítica que se faz a Jakobs é, ainda, a desconsideração do inimigo como pessoa e como não humano.

Por fim, ainda quanto às objeções à teoria de Günther uma delas diz que sua concepção de inimigo do Direito Penal fere os pilares do Estado Democrático e Constitucional de Direito:

[...] por desconsiderar princípios fundamentais do sistema penal vigente, o Direito Penal do Inimigo não pode ser considerado como direito, principalmente por não possibilitar de forma plena o exercício do contraditório e da ampla defesa. (BEZERRA; LOPES, 2013, p. 61).

A respeito do inimigo do Direito Penal existe outra consideração a se fazer, especificamente sobre a função do Judiciário em relação ao julgamento de um “inimigo” criminal. No caso do Brasil, que tem a Constituição como norma hierarquicamente superior às demais, esta ordem normativa proclama o cumprimento das garantias fundamentais à luz do Estado de Direito.

O inimigo é considerado sob dois parâmetros. Um deles se refere à relevância concedida pelo poder jurisdicional, dependendo, assim, da análise subjetiva do juiz para designar o real perigo do inimigo penal para a sociedade. Em outras palavras, pode-se dizer que, “[...] o grau de periculosidade do inimigo – e, portanto, da necessidade de contenção – dependerá sempre do juízo subjetivo do individualizador, que não é outro senão o de quem exerce o poder”. (ZAFFARONI, 2006, p. 25).

O outro parâmetro que caracteriza o inimigo do Direito Penal refere-se à subjetividade daquele que praticou determinada conduta considerada “danosa” a determinado Estado, ocorrendo, desta maneira, o julgamento pessoal do inimigo e não predominando a atuação considerada prejudicial:

Ademais, no Direito Penal do Inimigo, há uma verdadeira caçada ao ator de um pretense delito, pois o agente é punido pela sua identidade, por suas características e pela sua personalidade. Pune-se o autor, e não, a conduta delitiva em si. Assim, reprova-se a periculosidade do agente e não sua culpabilidade. (BACK, 2017, p. 106).

No Estado Democrático de Direito, o Judiciário não poderá realizar juízos valorativos ou morais com a finalidade, e ao arripio da legalidade, e da imparcialidade, de privilegiar determinados setores da sociedade e do governo, ao considerar o inimigo sob determinada maneira. É assegurado, também, que a este potencial inimigo, à luz da Constituição do Brasil e da legalidade, sejam aplicadas todas as garantias fundamentais cabíveis, como ampla defesa e contraditório.

Assim, no Brasil, que tem como governo a República Federativa, formada pelos Estados Membros da Federação, bem como pela separação, equilíbrio e autonomia entre os poderes estatais, o Judiciário não pode se deixar influenciar por decisões externas à sua e vindo a interferir no seu julgamento, pois, neste caso, pode dizer que “[...] se uma decisão judicial se deixa influenciar pelo clamor popular, pelo anseio de um setor da política ou pelos interesses publicados na mídia, um dos pilares do regime republicano se perde”. (MORAIS; MARQUES, 2017, p. 284).

Em suma, o inimigo do Direito Penal representa o adversário público em que é perseguido, não tendo direitos e garantias fundamentais, mas que deve cumprir que o poder estatal ordena. Este direito penal de coação, por ordens autoritárias, sem direito de contraditório e ampla defesa, eminentemente condenatório, que age por interferências externas à sua decisão competente, não é característico da essência do Estado Democrático e Constitucional de Direito, que busca assegurar e preservar os direitos fundamentais, mas se relaciona ao estado de exceção onde o soberano tem o poder da última e absoluta decisão.

### 3.3 Ativismo judicial e política criminal

Neste segmento, identificam-se os aspectos morais e políticos que fundamentam as decisões judiciais, bem como a maneira como estes fatores poderão influenciar no poder decisório dos julgadores, a fim de explicar os principais aspectos que caracterizam esta modalidade de julgamento, como a questão do ativismo judicial, em que alguns doutrinadores atribuem o excesso de discricionariedade dos juízes, descumprindo o dever de imparcialidade e proferindo julgamentos políticos.

A Constituição vigente no Brasil inseriu no ordenamento jurídico, as garantias processuais fundamentais, obrigatórias tanto ao poder julgador, quanto para acusação e defesa. Os magistrados possuem discricionariedade em suas decisões, ou seja, aos julgadores são permitidas autonomia e relativa liberdade com limites legais para decidir um aspecto contraditório como, por exemplo, o conflito entre normas jurídicas ou mesmo um caso complexo em que seja necessário que o juiz exerça sua liberdade de escolha interpretativa à luz da legalidade.

O tema sobre a discricionariedade do poder jurisdicional deve ser entendido como uma liberdade limitada ou relativa de escolha normativa do magistrado à luz da Constituição, tendo por base a lei e os entendimentos jurisprudenciais consolidados sobre determinado assunto. Caso contrário, atuando com excesso discricionário, e, com efeito, descumprindo a legalidade e julgando à margem do que estabelece as normas jurídicas, ou mesmo criando situações extralegais alheias à sua competência, poderá incorrer o juiz em ativismo judicial.

A discricionariedade dos magistrados se exprime num contexto que se refere à motivação das decisões judiciais, na qual o poder de decisão dos julgadores deverá estar em consonância com as diretrizes normativas constitucionais vigentes, a fim de que a liberdade de escolha do juiz não viole garantias fundamentais, pois o poder discricionário

[...] deriva de uma liberdade relativa, na medida em que se devem aferir os contornos de juridicidade da decisão judicial. Parece-nos, neste sentido, fugir completamente dos limites de discricionariedade a decisão na qual o juiz estabelece uma solução que conflitue com leis, princípios e costumes sedimentados numa cultura jurídica. (GUIMARÃES, 2014, p. 49).

Em contrapartida o ativismo judicial se excede quanto à utilização da discricionariedade e assim interfere no poder decisório dos magistrados. Existem, desta maneira, interpretação e aplicabilidade legal extensiva, ou seja, incongruentes em relação aos parâmetros legais, agindo de maneira política, moral, numa “[...] escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. (BARRROSO, 2012, p. 25).

O ativismo judicial é caracterizado por decisões que extrapolam os limites legais como também o descumprimento dos preceitos normativos constitucionais, em que “[...] juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”. (STRECK, 2012, p.589).

No Brasil, destacou-se a denominada “Operação Lava-Jato”, a qual se propunha investigar políticos, empresários, dentre outras pessoas envolvidas em crimes como os de corrupção e lavagem de dinheiro, sendo designado para tais julgamentos o juiz de 1ª instância, titular da 13ª Vara Federal de Curitiba, Sérgio Moro, que se destacou na imprensa nacional e internacional pela repercussão do artigo a que foi condenado o ex-Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, por nove anos e seis meses de prisão no ano de 2016 pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

A sentença condenatória refere-se ao caso Tríplex no Guarujá - São Paulo, em que o ex-Presidente e sua esposa seriam proprietários, como também teriam adquirido este imóvel como forma de propina em facilitação dos contratos da Petrobrás para beneficiar a empreiteira OAS. Assim, o ex-Presidente foi condenado pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, ensejando inúmeras controvérsias na seara jurídica e na sociedade. Entre os questionamentos, está a atuação do juiz Moro na condução de procedimentos processuais na Operação Lava-Jato, seja pela provável insuficiência jurídica na fundamentação da decisão, bem assim de inexistência de provas comprobatórias.

No ítem 236<sup>23</sup> da sentença, Sérgio Moro admite a ocorrência de prisões excepcionais praticadas durante a “Lava-Jato”. Desta maneira, há fundamento mínimo

---

<sup>23</sup>Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/LulaSENT1.pdf/view>. Acesso em: 5 de Janeiro de 2019. Item 236: “As prisões preventivas decretadas no presente caso e nos conexos devem ser compreendidas em seu contexto. Embora excepcionais, as prisões cautelares foram impostas em um quadro de criminalidade complexa, habitual e profissional, servindo para interromper a prática sistemática de crimes contra a Administração Pública, além de preservar a investigação e a instrução da ação penal”. (p. 42).

em apenas dizer que tais detenções se deram por “criminalidade complexa”, e com o intuito de preservar a investigação e a instrução penal, não detalhando o que poderiam ser esses desdobramentos. Entende-se que poderiam ter ocorrido ativismo judicial e arbitrariedade na decisão, bem como a realização de medidas excepcionais, o que viola o Estado Democrático de Direito no Brasil e a legalidade, já que efetivados sem justificativa jurídica suficiente.

Outra medida questionável e que poderia ser entendida como ativismo judicial foi o ato do juiz Sérgio Moro, que autorizou a publicidade da interceptação telefônica entre a então Presidente Dilma Rousseff, detentora de foro privilegiado e o ex-Presidente Lula. O magistrado expressou no item 126 da sentença<sup>24</sup>, que “[...] o Judiciário não deve ser o guardião de segredos sombrios dos governantes [...]”.

A situação processual em, que foi igualmente questionável a atividade jurisdicional em exame, diz sobre a necessidade de condução coercitiva do ex-Presidente, quando, no caso, não ocorreu nenhum óbice ou mesmo negativa do réu de realizar o depoimento pessoal. Assim, o juiz justificou tal ato para “evitar riscos a agentes policiais” no item 73<sup>25</sup> da sentença. Neste sentido, macula-se a imagem e honra do investigado, artigo 5º, X, Constituição Federal de 1988, para privilegiar os agentes de segurança pública, transformando um ato procedimental em grande evento penal e midiático.

Por fim, ainda sobre a Operação Lava-Jato e os atos procedimentais praticados pelo juiz Moro que poderiam caracterizar ativismo judicial, cabe ainda fazer menção ao item 623<sup>26</sup>, no qual o magistrado faz suposições e juízos valorativos, a respeito da reforma do apartamento tríplice que seria supostamente do ex-Presidente, não tendo sido

---

<sup>24</sup> Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-la-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/LulaSENT1.pdf/view>. Acesso em: 3 de Janeiro de 2019. 126: “não deve o judiciário ser o guardião de segredos sombrios dos Governantes do momento e o levantamento do sigilo era mandatório senão pelo Juízo, então pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda que, em respeito à decisão do Supremo Tribunal Federal, este julgador possa eventualmente ter errado no levantamento do sigilo, pelo menos considerando a questão da competência, a revisão de decisões judiciais pelas instâncias superiores faz parte do sistema judicial de erros e acertos”. (p. 22)

<sup>25</sup> Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-la-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/LulaSENT1.pdf/view>. Acesso em: 2 de Janeiro de 2019. 73: “Mas, no caso, a medida era necessária para evitar riscos aos agentes policiais que realizaram a condução e a busca e apreensão na mesma data”. (p. 16).

<sup>26</sup> Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-la-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/LulaSENT1.pdf/view>. Acesso em: 3 de Janeiro de 2019. 623: “Afinal, como já adiantado e apenas a título exemplificativo, não se amplia deck da piscina, ou realiza-se a demolição de dormitório, ou colocam-se novas paredes, ou retiram-se instalações da sauna, para ganhar um depósito, para agregar valor a um apartamento, mas sim para atender aos desejos do cliente proprietário”. (p. 150).

encontrada escritura pública ou mesmo documentos oficiais que comprovem a posse e a propriedade por parte de Luiz Inácio Lula da Silva.

O juiz citado realiza comentários pessoais no decorrer do item 623, assim também, políticos, induzindo a uma hipotética veracidade das informações, sem comprovação nem fundamentação suficiente, como se pode notar.

Alguns doutrinadores diferenciam o ativismo judicial da judicialização da política. O primeiro é uma atuação excessiva, pessoal, com a intenção de fazer “justiça” ou mesmo políticas públicas. Já o segundo é denominado como “[...] uma transferência de poder para magistrados e tribunais, com significativas alterações na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”. (OLIVEIRA, 2018, p. 222).

Assim, no âmbito internacional, existem diversos exemplos em que as cortes supremas do Judiciário decidem querelas relevantes até mesmo da segurança nacional, assuntos que, assim, são referentes à política governamental dos Poderes Executivo e Legislativo. O Judiciário pratica funções atípicas em demasia em razão de crises e inoperância dos outros poderes.

A prática do ativismo judicial pelo Poder jurisdicional descumpra as garantias fundamentais processuais do Estado Democrático e Constitucional de Direito, essenciais para exatamente evitar arbitrariedades, juízos pessoais e valoração de julgamentos morais em detrimento da efetivação da legalidade.

Neste sentido, sobre o ativismo e malefícios para o regime democrático, pode-se asseverar que “[...] o ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública”. (STRECK, 2016, p. 724).

O comportamento ativista é caracterizada pela politização de aspectos judiciais, sendo o poder julgador uma espécie de acusação e sentenciante, ao mesmo tempo, sobre o fundamento de princípios e valores morais da sociedade. A intenção, desta maneira, é “fazer justiça” em que se “[...] julga “conforme sua consciência” ou julga “conforme o justo” ou “primeiro decide e depois vai encontrar um fundamento” ou ainda “julga conforme os clamores da sociedade””. (STRECK, 2016, p.727).

O magistrado não é uma “máquina ou robô” que decidiria automaticamente, sem sentimentos ou de maneira totalmente isenta quanto às análises pessoais. No exercício do seu ofício de poder julgador e como agente político estatal, entretanto, há de entender

que não poderá sobrepor interesses particulares, para beneficiar a si próprio e a terceiros, descumprindo assim as garantias democráticas e violando os direitos das partes.

Nelson Nery Júnior e Georges Abboud (2016, p. 192) consideram que o ativismo se assente em convicções pessoais, buscando realizar “justiça”, ainda que não observando a legalidade. Para eles o ativismo atua em descompasso relativamente legalidade em curso.

Na atuação política da atualidade, realizada por alguns setores da mídia, os jornalistas procuram informar o público acerca da perspectiva da necessidade de se realizar justiça contra a corrupção, selecionando casos de grande repercussão, por exemplo, como foi o evento da investigação e condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Neste sentido, são concedidas ao Poder Judiciário relevância e confiança como possíveis instrumentos de solução eficaz para o combate à corrupção. Assim, o Poder Jurisdicional decide casos envolvendo determinados políticos e ex-presidentes, quando muitas vezes, não são de sua competência julgadora, mas que a busca da “justiça” é condição “preponderante”, atendendo aos apelos sociais e jornalísticos. Assim, o Poder Jurisdicional é elevado ao “*status*” de poder político e jurídico, desviando-se das finalidades constitucionais.

O ativismo judicial pode ser mais frequente com o excesso de “confiança” e de “ilegitimidade” dado pela mídia, parte da sociedade, e até mesmo outros poderes estatais. O chamamento para decidir casos típicos do Legislativo e Executivo para proferir julgamentos e efetivar anseios morais torna-se prática rotineira. Desta maneira, [...] o ativismo judicial eleva o Poder Judiciário à condição de instância moral superior da coletividade. Há, nessa circunstância, uma veneração social do papel exercido pelo Poder Judiciário”. (OLIVEIRA, 2018, p.231).

A atuação dos poderes julgadores, entretanto, deve ser norteadada pelo cumprimento da legalidade, que é um limite ao poder decisório. O ativismo, porém, é caracterizado por “[...] uma atuação judicial que extrapola os limites jurídicos (Constituição, Princípios Jurídicos, Leis, Jurisprudência, etc.) e/ou invade a competência dos demais poderes”. (STRECK, 2016, p. 730).

O ativismo judicial como prática do Poder Julgador não observa limites nem condições legais, sendo um fenômeno de caráter persecutório em que garantias fundamentais são relativizadas e descumpridas. Neste aspecto, em face de ausência de cumprimento da legalidade e relativização das garantias,

O ativismo funciona como autêntica manifestação do direito penal máximo, vale dizer, um sistema penal incondicional e ilimitado, que se caracteriza pela incerteza e pela imprevisibilidade das condenações e das penas. Conseqüentemente, esse sistema de intervenção penal se caracteriza pela utilização de um mecanismo de poder não controlável de forma racional, especialmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação. (OLIVEIRA, 2018, p. 233).

O Direito Penal, desta maneira, é utilizado, principalmente, como meio de perseguição abusiva a pessoas, como governantes, líderes estatais, dentre outras personalidades relevantes no âmbito social. O ativismo por meio do Poder Jurisdicional manifesta-se de maneira protagonista nas decisões em casos de grandes repercussões.

É neste sentido que ocorre o aparecimento dos denominados “juízes justiceiros”, que têm por fim expor publicamente a moralidade, fazendo com que, assim, aflorem esses tipos de magistrados. São

[...] juízes que passam a acreditar em sua missão de realizadores de uma justiça ideal, que estaria inscrita no ordenamento jurídico do Estado, que lhes teria outorgado a sacra missão de eliminar o mal da sociedade, expresso em criminalidade e violência. (CASTRO, 2017, p. 301).

O juiz não deve apenas reproduzir os dispositivos legais pertinentes àquele determinado caso concreto, mas também interpretar, num Estado Democrático de Direito, as garantias constitucionais inerentes a todos em sociedade. A motivação das decisões judiciais exige o detalhamento, de modo que se observe e cumpra princípios constitucionais e das normas vigentes.

Por esta razão descabe aos magistrados como função típica, essencialmente, criar direitos, ou seja, não compete a sua função essencial a elaboração de normas jurídicas. O ativismo judicial ocorre exatamente assim, quando o magistrado “[...] cria direitos com base na missão positiva de dar conta do sentimento constitucional para concretizar as promessas da modernidade”. (OLIVEIRA, 2018, p. 232).

Com o intuito de explicar a relevância do tema para a contemporaneidade, pode-se perceber que há diversas características relativas ao ativismo judicial e que ocorrem atualmente em alguns países constitucionais democráticos.

De todo modo, há um claro avanço do modelo de ativismo penal antigarantista e com grave mácula acerca da legalidade penal [...]. Ora, o Judiciário avança acerca do legislativo para definir ou ampliar de forma indevida o alcance dos tipos penais, ora invade a seara do Poder Executivo para atuar como protagonista no combate à criminalidade, de modo a formatar o modelo de direito penal máximo, com grave prejuízo ao Estado Democrático de Direito. (OLIVEIRA, 2018, p. 234).

Este fragmento sintetiza diversas peculiaridades sobre o avanço do ativismo judicial na atualidade, como os já discutidos: violação de garantias constitucionais, descumprimento da legalidade nas decisões judiciais, usurpação de competências típicas do Legislativo e do Executivo, protagonismo dos juízes nas decisões judiciais, uso da moralidade e da politização para motivar as sentenças e acórdãos.

O Direito Penal não pode ser meio essencialmente de perseguição criminal, a fim de ter como finalidade precípua o encarceramento do réu, sem observar os direitos e garantias que lhe pertencem. Ele há de propor a ser uma esfera do Direito, que, além de inibir a prática criminal, previne atos contrários à lei, realizando assim, “[...] política de transformação social e institucional, para a construção da igualdade, da democracia e de modos de vida comunitária e civil mais humanos”. (BATISTA, 1990, p. 37).

Em suma, o poder decisório não pode se utilizar de meios arbitrários, pessoais e fora da lei, excessivos e que prejudiquem a democracia e o Estado de Direito. Assim, um dos melhores caminhos de se evitar o ativismo judicial e de politização das decisões tornando-as interesses pessoais, “[...] é a observância do ordenamento, por via das regras e dos princípios”. (OLIVEIRA, 2018, p. 224).

### 3.4 Populismo Penal Midiático

Os meios para difusão de informação coletiva – as mídias possuem diversas finalidades essenciais na sociedade dentre as quais a de informar sobre os acontecimentos e relatar os fatos ocorrentes de maneira imparcial. Neste sentido, esses meios contribuem para a atualização do que acontece e o que se vivenciou em distintos lugares em cada momento da história, pois “[...] aquilo que sabemos sobre nossa sociedade, ou mesmo sobre o mundo no qual vivemos, o sabemos pelos meios de comunicação”. (LHUMANN, 2005, p. 15).

É certo que grande parte das informações recebidas pela sociedade em várias regiões e países advém dos variados tipos de comunicação, como internet, revistas, jornais, rádios, dentre outros. Atualmente, o meio de comunicação muito utilizado como fonte de pesquisa científica, e também informativa, é a internet, onde se avançou em demasia devido às necessidades de comunicação da sociedade e ao progresso tecnológico.

Em virtude da necessidade de os seres humanos se manterem informados sobre os acontecimentos, como, por exemplo, o esclarecimento a respeito dos assuntos políticos, econômicos e sociais, é necessário que a sociedade em relação à mídia fique “[...] dependente dela para se atualizar e ter ciência dos acontecimentos do mundo. (MASI; MOREIRA, 2014, p. 438). Esta dependência poderá ocasionar alguns desdobramentos que serão esclarecidos no trabalho.

A intensidade na divulgação informativa como a que exercem os meios de comunicação influencia diversas vezes na conduta política dos cidadãos sobre determinado tema. Por exemplo, no caso da mídia televisiva, como um dos meios mais acessados pela sociedade para obter a informação, consiste numa expressiva fonte informativa. A mídia possui uma espécie de “[...] poder político, e ao mesmo tempo econômico, que controla a informação e a formação da opinião pública.” (FERRAJOLI, 2014, p. 43).

O assunto sobre populismo penal está relacionado também a uma difusão de informações repassadas por alguns setores da mídia de maneira espetacular, destinando, em alguns casos, diversos dias de determinado programa semanal, para insistir em relação ao mesmo assunto destacado pela própria imprensa, com intenção de justificar o posicionamento midiático sobre determinado tema e com viés político de

criminalizar ou absolver o réu, e, ainda, muitas vezes explorando e vulgarizando a vida pessoal do acusado, como no caso dos assuntos criminais, para que se faça “justiça” perante a sociedade.

Assim, entende-se que o populismo penal é caracterizado por ser

[...] uma política criminal sem qualquer estudo científico, sem qualquer estudo de caso, sem análise dos fatores preponderantes do crime e criminoso, sem estratégias, sem eficácia, sem freios. É um ataque aos denominados “inimigos” do Estado, é uma política de exclusão dos indivíduos e supressão de direitos e garantias.<sup>27</sup> (SOHSTEN, 2019).

Sendo assim, o populismo penal não se propõe o estudo mais detalhado e técnico sobre a análise dos casos da criminalidade na sociedade, mas com a finalidade, em algumas situações, de perseguir o acusado e, assim, a manutenção do discurso “[...] populista midiático prioriza a proteção do público em detrimento das garantias fundamentais do transgressor”.<sup>28</sup> (SIMI, 2017).

No populismo penal midiático, as garantias fundamentais constitucionais são descumpridas em favor de priorizar a condenação do réu. Os direitos constitucionais e processuais que lhes são pertencentes no decorrer do processo são relativizados a critério da discricionariedade do magistrado e desrespeitados pela mídia que pretende realizar eminentemente matérias especulativas e julgamentos antecipados.

Desta maneira, a condenação do réu é “adiantada” pela mídia, sendo este “julgamento” formado pela divulgação de áudios e fatos do caso que ainda estão sobre a análise do Judiciário. Foi assim que, como uma das garantias essenciais para preservação do réu de modo a evitar julgamentos antecipados e uma condenação sem fundamentos suficientes, a Constituição do Brasil de 1988 inseriu o princípio da presunção de inocência, artigo 5º, LVII, para que sejam garantidas as liberdades fundamentais ao réu, de modo a evitar tratamentos inconstitucionais, como desconsiderações quanto a imagem e honra do acusado.

---

<sup>27</sup> SOHSTEN, Natália França Von. **Populismo Penal no Brasil**: o verdadeiro inimigo social que atua diretamente sobre o direito penal. Brasil. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13214](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13214) . Acesso em: 7 de Janeiro de 2019.

<sup>28</sup> SIMI, Felipe Haigert. **O populismo penal midiático e sua vingativa de punir**. Brasil, 21 fev. 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/02/21/o-populismo-penal-midiatico-e-sua-forma-vingativa-de-punir/> Acesso em: 5 de Janeiro de 2019.

Em decorrência dessa inobservância midiática ao princípio da presunção de inocência no populismo penal, “[...] muitos inocentes já são condenados, antes de todo o caminho processual penal, pois o tribunal midiático já realizou todo esse procedimento e o julgado e já decretando sua sentença”.<sup>29</sup> (MOREIRA, 2018).

Além da violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, o populismo penal midiático publica matérias diversas, inclusos reportagens “teatrais” com a intenção de priorizar e repercutir na sua audiência - os telespectadores, ouvintes, leitores e outros os aspectos tocantes, que causem indignação sobre determinado crime, com imagens que provocam medo, espanto e terror. Assim, existe “[...] uma supervalorização do crime o que é característico do chamado populismo penal midiático. Este procura criar por meio de eficientes técnicas de manipulação a sensação de insegurança e o sentimento de medo nas pessoas comuns”.<sup>30</sup> (SIMI, 2017).

Os programas policiais são os principais responsáveis por essas espetacularizações, como a divulgação dos momentos após a prisão do acusado, da cena do crime, depoimentos de delatores e materiais utilizados para cometimento de determinada infração, utilizando-se da linguagem informal para dizer o *modus operandi* em que ocorreu a situação, o que contribui para o populismo penal e produz desgaste para imagem e honra do réu.

Os apresentadores dos programas policiais, em algumas ocasiões, propagam a notícia do crime com notória satisfação da prisão do acusado, na qual este é tratado com desdém e deboches em rede nacional e local, o que vem a contrariar o princípio da dignidade da pessoa humana no Estado de Direito. Alguns, até mesmo, incorporam na televisão “super-heróis”, a fim de aumentar a audiência, com o objetivo e discurso de que se faça “justiça”.

O populismo penal midiático persegue determinado inimigo político, religioso ou social a fim de realizar “julgamentos políticos” sobre um adversário estatal e infringindo as garantias fundamentais constitucionais.

---

<sup>29</sup> MOREIRA, Thiago dos Santos. **O espetáculo do direito penal midiático proporcionado pelos programas policiais e a ofensa aos direitos fundamentais**, 5 jan. 2018. Disponível em: <https://www.abracrim.adv.br/artigos/o-espetaculo-do-direito-penal-midiatico-proporcionado-pelos-programas-policias-e-a-ofensa-aos-direitos-fundamentais> Acesso em: 3 de Janeiro de 2019.

<sup>30</sup> SIMI, Felipe Haigert. **O populismo penal midiático e sua vingativa de punir**. 21 fev. 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/02/21/o-populismo-penal-midiatico-e-sua-forma-vingativa-de-punir/>. Acesso em: 2 de Janeiro de 2019

Os meios de comunicação, quando contribuem para a condenação ou absolvição relativamente a determinado réu, faz com que sua atuação jornalística se desvirtue dos paradigmas democráticos atuando de maneira seletiva em que se busca transmitir a “[...] noção de certo e errado, lícito e ilícito. As inferências que isso acarreta para o fenômeno criminal, estudado pela Criminologia, são, portanto, evidentes”. (MAIS; MOREIRA, 2014, p. 440).

Quando ocorre seletividade da imprensa na perseguição ao réu, isso faz com que aconteçam a violação da imparcialidade e a diminuição na confiabilidade das informações, pois demonstra a intenção política e ideológica a respeito de determinado assunto, ou pessoa, particularmente. É de se perceber, todavia, que existem alguns fatores atenuantes para a exploração midiática procede de modo seletivo, como são os casos da

Posição social dos investigados e réus (grandes empresários, parlamentares no pleno exercício de mandato eletivo, servidores públicos influentes); as prisões provisórias fartamente decretadas e sua relação direta com o emprego de alguns meios de prova, notadamente a colaboração premiada; o impacto político de decisões cautelares e condenações proferidas pelo juiz, reverberadas pelos meios de comunicação; a partidarização do debate político sobre o episódio; o enaltecimento do discurso de moralização política do país. (GOMES, 2016, p. 231).

Em relação aos fatores ora mencionados pode-se dizer que alguns são de enorme importância para o estudo do populismo penal midiático e para que a mídia realize a seletividade e a perseguição, como o fato de o investigado ser um consagrado empresário ou político popular.

Outro fator de destaque é a valoração, e com a publicação, das delações premiadas, em que os delatores realizam acusações a respeito do réu para buscarem benefícios nas suas respectivas condenações, algumas delas irrelevantes para o caso, mas vertiginosamente divulgadas no âmbito dos meios de comunicação. Assim, em cada depoimento existe ênfase midiática para impulsionar a comoção social em desfavor do réu, e que por vezes este poderá ser também um adversário ou “inimigo” para as pretensões e interesses daquele grupo empresarial jornalístico.

Em suma, a respeito da seletividade midiática, o Poder Judiciário não poderá colaborar para que se descumpra, por exemplo, o princípio da presunção de inocência, como autorizando a publicação das interceptações telefônicas, estando o julgamento do réu pendente e por outros fatores enumerados. Assim, é vedado ao [...] “magistrado não

deve disputar hegemonia política, não pode criar narrativas, nem antecipar juízo de culpabilidade e tampouco colaborar para que a mídia promova a execução de cidadãos”. (CITTADINO; MOREIRA, 2017, p. 84).

Como bastante divulgado pela imprensa mundial é o que se refere à Operação Lava-Jato, que, dentre os diversos réus, teve o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, condenado, em 2016, pelo então juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba, Sérgio Moro, pelos crimes de lavagem de dinheiro e corrupção passiva.

Na sentença proferida pelo juiz ora mencionado, é possível perceber alguns itens em que ocorre a influência da mídia como base de sustentação e fundamentação da decisão judicial. Vale ressaltar que, tanto no aspecto constitucional, artigo 93, IX, quanto no Código de Processo Civil Brasileiro, artigo 489, inexistente como componente da motivação judicial a interferência midiática.

Assim, de modo exemplificativo, serão transcritos e comentados alguns trechos contraditórios e polêmicos utilizados pelo juiz Sérgio Moro, haja vista a valoração de matérias publicadas pelos meios de comunicação. No item 133<sup>31</sup> da sentença condenatória relativa ao ex-Presidente, o Magistrado realiza elogios às matérias jornalísticas na fundamentação judicial, como um meio de justificar a relevância da imprensa e a aplicação das publicações desta no decorrer do processo.

A condenação do ex-Presidente foi realizada pelo juiz Sérgio Moro e, indiretamente, também, como se poderá notar por “matérias jornalísticas” publicadas no ano de 2010 e 2014, que o juiz cita em sua sentença nos itens 412<sup>32</sup> e 451<sup>33</sup>, até mesmo transcrevendo trechos narrativos dos jornalistas ao afirmarem que o tríplice no Guarujá pertence ao ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e sua esposa Maria Letícia. A

---

<sup>31</sup> Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/LulaSENT1.pdf/view>. Acesso em: 4 de Janeiro de 2019. Item 133: “[...] O sucessivo noticiário negativo em relação a determinados políticos, não somente em relação ao ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, parece, em regra, ser mais o reflexo do cumprimento pela imprensa do seu dever de noticiar os fatos do que alguma espécie de perseguição política a quem quer que seja.” (p. 23)

<sup>32</sup> Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/LulaSENT1.pdf/view>. Acesso em: 5 de Janeiro de 2019. Item 412: “Não muito depois, em 07/02/2014, o Jornal O Globo publicou matéria dos jornalistas Germano Oliveira e Cleide Carvalho a respeito do apartamento tríplice no condomínio Solaris, no Guarujá, e que, segundo ela pertenceria a Luiz Inácio Lula da Silva e a sua esposa Marisa Letícia Lula da Silva.” (p. 66).

<sup>33</sup> Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/LulaSENT1.pdf/view>. Acesso em: 6 de Janeiro de 2019. Item 451: “Há matéria jornalística publicada em 10/03/2010, com atualização em 01/11/2010, na qual ali já se afirmava que o apartamento tríplice no Condomínio Solaris pertencia a Luiz Inácio Lula da Silva e a Marisa Letícia Lula da Silva e que a entrega estava atrasada (item 418, “k”).” (p. 82)

mídia, por meio do populismo penal, interfere na decisão judicial, o que é inconstitucional e não correspondente à legalidade vigente.

Já no item 452<sup>34</sup> da sentença do juiz Sérgio Moro, ele justifica que a atuação da imprensa em 2010, ao acusar o ex-presidente e sua esposa de serem os proprietários do tríplex, não pode constituir em manipulação das empresas jornalísticas. Quando, porém, a mídia realiza ou atribui condenações a determinada pessoa, antecipando julgamento jurisdicional, desrespeita garantias fundamentais, como a presunção de inocência, a imparcialidade, o contraditório e a ampla defesa. Não se deve confundir liberdade de expressão e informação com Poder Jurisdicional de condenação ou absolvição.

A punibilidade antecipada realizada pela imprensa antes do julgamento pelo Poder Jurisdicional quanto ao “inimigo midiático” traz, assim, um discurso politizado, moralista e com viés “justiceiro”, a fim de buscar o convencimento do telespectador/ouvinte sobre aquela informação.

Assim, quanto ao discurso midiático, pode-se analisar que essa atividade persecutória,

Se vale essencialmente das imagens, ansiedades e arquétipos em sua deliberada intenção de fazer ecoar os receios públicos e as pautas midiáticas com seu foco nas ameaças mais preocupantes, por intermédio de um discurso politizado do inconsciente coletivo. (OLIVEIRA, 2018, p. 186).

O populismo midiático se constitui exatamente pelo discurso moralista, a fim de valorizar os costumes sociais em detrimento das garantias fundamentais. Neste sentido de espetacularização das informações, o discurso político se constitui num essencial meio para propagar a moralidade, dizendo o que é certo e errado.

Esse discurso político midiático, muitas vezes, cumpre diretrizes obrigacionais voltadas para os interesses daquele grupo jornalístico, ou mesmo a fim de privilegiar determinados setores.

Em alguns casos, personalidades políticas, chefes editores de jornalismo, repórteres e apresentadores atuam em um mesmo discurso. As declarações e requisições destes setores mais propagadas na atualidade configuram a necessidade do aumento no

---

<sup>34</sup>Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/LulaSENT1.pdf/view>. Acesso em: 5 de Janeiro de 2019. Item 452: Há aqui que ser descartada qualquer hipótese de manipulação da imprensa, pois nessa época nem o ex-Presidente era investigado e nem a questão do tríplex, o que só começou no final de 2014. (p.82).

número de presídios e modificação nas leis penais para que se diminua a criminalidade. Assim, nessa divulgação intensiva sobre a possível solução para que se diminua a criminalidade, há uma implantação deste pensamento politizado do populismo penal no inconsciente coletivo “ampliando o combate à criminalidade”. É neste sentido que ressalta Bauman:

[...] a construção de novos presídios e a criação de leis penais com aumento das penas e inserção de tipos penais são medidas que aumentam a popularidade dos governantes, concedendo-lhes a imagem de autoridades capazes de zelar pela segurança individual dos cidadãos. (BAUMAN, 1999, p. 126)

Um aspecto que contribui para a caracterização do populismo penal nos meios de comunicação é o monopólio da divulgação informativa, ou seja, uma empresa jornalística de determinado país possui o controle da divulgação informativa pelo meio televisivo. Esse ponto foi tratado por Luigi Ferrajoli, que descreveu a ocorrência desta circunstância monopolista na Itália.

Segundo o autor mencionado, existe uma contradição entre poderes político e informativo em que o primeiro influencia e se sobrepõe nestas situações populistas em relação ao segundo. Assim, ocorre que,

[...] na Itália, tal propriedade em grande parte encontra-se em mãos de quem é titular do máximo poder político e tem o controle de grande parte da televisão pública, o destino de quem produz informação e, portanto, da própria informação, está a mercê de ambos os poderes, do poder privado e do poder político, fortemente entrelaçados entre si. (FERRAJOLI, 2014, p. 42-43).

A divulgação das teorias jornalísticas fica desta maneira relacionada, também, aos interesses do poder político. Assim, a influência na liberdade de informação é evidente no populismo penal e autoritário no Estado Democrático de Direito.

Com efeito, há o conflito de interesses, do qual se pode dizer que é característica da “[...] confusão com os poderes públicos e com os interesses públicos, e em última análise a primazia, não de um qualquer interesse e poder privado, mas do específico poder que é o poder de informação detido por intermédio do império televisivo [...]” (FERRAJOLI, 2014, p. 43).

Vale ressaltar o fato de que, na Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 220, § 5<sup>o35</sup>, foi inserido o interdito da formação dos oligopólios e monopólios pelos veículos de comunicação.

Quando existe esta dualidade de interesses políticos e empresariais no âmbito jornalístico, há uma “[...] confusão entre a liberdade de manifestação do pensamento e propriedade dos meios de comunicação e a conseqüente dependência, de fato, daquela a esta”. (FERRAJOLI, 2014, p. 44). A Constituição do Brasil no artigo 220<sup>36</sup>, caput, estabelece que a liberdade de expressão não poderá ser objeto de restrições ou ser extinta, nem mesmo por interesses diversos ou poderes políticos.

A Constituição é expressa em dizer que não se admitem práticas de censuras de qualquer espécie, no artigo 220, §2<sup>o37</sup>. Esta inserção no texto legal se harmoniza aos paradigmas constitucionais democráticos, que têm por fim a liberdade, igualdade, livre associação de reunião e pensamento, dentre outros direitos fundamentais.

No concernente às finalidades a que se propõe a informação no Estado Democrático de Direito, pode-se entender que,

Sob esse aspecto podemos dizer que a informação é um objeto de interesse público autônomo e coletivo, implícito em todos os princípios da democracia política: da transparência dos poderes públicos ao controle popular sobre o exercício destes, até à representatividade e à responsabilidade dos eleitos em relação aos eleitores. (FERRAJOLI, 2014, p. 57).

A liberdade de manifestação da informação imparcial e desinteressada de vieses políticos e de outros é um dos objetivos da atividade de comunicação social. O Poder Público deve fiscalizar a atuação dessas empresas jornalísticas, não interferindo nas publicações ou impondo as próprias diretrizes a fim de restringir a liberdade de informação, mas, pelo contrário, de proteger os paradigmas constitucionais.

O autor italiano Ferrajoli propõe algumas medidas que se destinam a inibir e combater o populismo penal midiático. No meio delas está, a separação entre poderes políticos e midiáticos, buscando a independência de cada entidade devido à [...] incompatibilidade entre funções políticas e grandes interesses privados, sobretudo se de relevância pública [...]. (FERRAJOLI, 2014, p. 71).

---

<sup>35</sup> Art. 220, § 5º: Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

<sup>36</sup> Art. 220, CAPUT: A manifestação do pensamento, a criação, a expressão da informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

<sup>37</sup> Art. 220, §2º: É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística

Outra solução proposta pelo autor é a de que as empresas de comunicação cumpram a legalidade, pois é necessário para a busca de estabilidade das instituições que ocorra a “[...] sujeição à lei, isto é, aos limites e aos vínculos idôneos a garantir a liberdade de informação, como direito de todos, para além do interesse público, a uma informação livre e independente”. (FERRAJOLI, 2014, p. 73).

Por fim, o autor ainda sugere a pluralidade dos meios de comunicação, em que haja o “[...] impedimento estendido a todos de ter a propriedade privada de mais de um jornal ou rede televisiva – é a única medida capaz de assegurar um efetivo pluralismo e uma efetiva diversidade dos meios de comunicação”. (FERRAJOLI, 2014, p. 72).

Os meios de comunicação social devem atuar independente e autonomamente, sendo livre a liberdade de comunicação e de informação. A informação deve ser propagada da maneira como ocorreu, sendo transmitida de modo imparcial e desinteressada. O poder de noticiar é um importante meio para que se esclareça a sociedade a respeito dos fatos ocorridos, sem serem influenciados seja por motivação política, moral ou com finalidade populista, mas de efetivar, se o País for democrático - constitucional, os paradigmas garantistas fundamentais legais do Estado.

#### 4. A OPERAÇÃO LAVA-JATO E O EX-PRESIDENTE LULA: ATUAÇÃO DO JUIZ SÉRGIO MORO

Neste capítulo, remate do experimento, busca-se explicar alguns aspectos jurídicos correspondentes às decisões interlocutórias e atuação do juiz de primeira instância da 13ª Vara Federal de Curitiba, no Brasil, como, no caso da interceptação telefônica, condução coercitiva e a nomeação para Ministro da Justiça no Governo Federal vigente. Assim, serão analisadas essas peculiaridades referentes às decisões do juiz Sérgio Moro e a posse como ministro, com o objetivo de elucidar alguns paradigmas, dentre eles a legalidade à luz do Estado Constitucional Democrático e de Direito, bem como das garantias fundamentais constitucionais.

No capítulo 4, foram expressas duas decisões do Juiz que repercutiram em diversos meios da sociedade, como também na esfera jurídica, a qual se analisa com suporte nos elementos da motivação das decisões judiciais.

#### 4.1 Interceptação telefônica

Propõe-se, nesta subseção, analisar o ato judicial que autorizou a interceptação telefônica entre a Presidente, à época, Dilma Rousseff, e o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, realizado pelo juiz Sérgio Moro, referente à “Operação Lava Jato” em 2016, no Brasil. Esta ação investigatória desencadeou diversas prisões, mandados de busca e apreensão, condução coercitiva por crimes diferentes entre autoridades públicas de todo o Brasil e empresários, tendo como órgãos responsáveis a Polícia Federal, o Ministério Público e a Justiça Federal.

Preliminarmente, é necessário que se realizem algumas considerações sobre o tema, a fim de esclarecer os conceitos, características, admissibilidade, violações ao instituto da interceptação, e, por fim, estudar o caso concreto envolvendo as duas personalidades políticas em foco.

A interceptação telefônica pode ser definida sob duas perspectivas, em relação ao sentido amplo e restrito. Quanto ao primeiro, também denominado de sentido lato, pode-se dizer que a interceptação é “[...] qualquer ato de interferência nas comunicações alheias, quer com a finalidade de impedi-las, quer com a finalidade de delas tomar conhecimento”. (GRINOVER, 2013, p. 255). É esta maneira de intervir, controlar determinada comunicação, a fim de ter ciência a respeito de certo fato e conteúdo dialogado.

A interceptação em sentido estrito é caracterizada pela “[...] captação de comunicação telefônica entre duas pessoas, diversas do interceptador, desde que pelo menos uma delas desconhece a existência da intromissão”. (GRINOVER, 2013, p. 257). Neste aspecto, existe uma terceira pessoa que, em decorrência de autorização judicial, intercepta, o diálogo.

Ainda sobre o conceito *stricto sensu* da interceptação e a interferência na conversa telefônica entre duas pessoas sem a ciência de no mínimo uma delas, pode-se dizer também que é uma “[...] captação de conversa feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores”.<sup>38</sup> (SANCHEZ, 2019).

---

<sup>38</sup> SANCHEZ, Diego Emanuel Arruda. **As interceptações e seus limites constitucionais**: análise jurídica sobre a divulgação do diálogo entre Lula e a presidente Dilma Rousseff. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18316&revista\\_caderno=3](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18316&revista_caderno=3). Acesso em: 5 de Janeiro de 2019.

No tocante às admissibilidades de interceptação das comunicações, existem algumas hipóteses permitidas, de acordo com a doutrina, normas constitucionais e infraconstitucionais, como poderá ser percebido adiante. Nesse sentido, de acordo com os parâmetros legais, são essencialmente duas possibilidades em que pode ocorrer a interceptação telefônica,

[...] durante o curso da instrução processual penal. Apesar da decretação da interceptação telefônica ser mais comum durante a fase investigatória, é perfeitamente possível o deferimento da medida durante a instrução processual penal.<sup>39</sup> (CABRAL, 2016).

Assim, a interceptação telefônica é cabível na fase de instrução processual penal, ou seja, no momento de elaboração das provas em que o magistrado, a luz da legalidade correspondente ao tema, autoriza a quebra do sigilo e intercepta a comunicação. Também caberá na fase investigatória ou de inquérito, e que seja essencial à utilização de tal medida no decorrer do processo.

É válido ressaltar que a Constituição do Brasil, no artigo 5º, X<sup>40</sup> e XII, considera a intimidade e o sigilo das comunicações como direitos fundamentais e, assim, invioláveis, excepcionalmente no caso da interceptação nas hipóteses da fase de instrução processual penal ou investigação criminal.

A vida privada e a intimidade são garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito no Brasil, com fundamento na Constituição, de acordo com o artigo 5º, X. Desta maneira, a vida privada e a intimidade são espécies do gênero direitos humanos e, neste contexto, possuem relevância mundial, como, por exemplo, na Corte Europeia de Direitos Humanos que já tratou dos temas.

Dentre as diversas finalidades a que se propõem as garantias há pouco mencionadas, estes direitos constitucionais detêm como objetivos

[...] preservar as relações sociais mais próximas, as relações pessoais, as relações familiares e o conjunto de informações, dados, imagens,

---

<sup>39</sup> CABRAL, Camilla Cavalcanti Rodrigues. **Interceptação telefônica**: análise da Lei nº 9296/1996 segundo o entendimento dos Tribunais Superiores. 18 abr. 2016. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/index.php?artigos&ver=2.55665>. Acesso em: 3 de Janeiro de 2019.

<sup>40</sup> Art. 5, X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

comunicações decorrentes dessas relações de interferências não autorizadas, seja de agentes públicos ou particulares. (FONSECA, 2015, p.259).

As garantias fundamentais referentes a intimidade e à vida privada devem ser resguardadas para que se preserve o Estado Democrático de Direito e o cumprimento da legalidade. Certamente, não são direitos absolutos, no entanto, para sua relativização, é necessário que se observem a Constituição e, posteriormente, a lei específica sobre o assunto.

Com efeito, a autorização para interceptar ligação telefônica necessita estar de acordo, com o ordenamento constitucional, há assim em relação à Lei especial nº 9296/1996 – Interceptação telefônica, pois, “[...] da proteção à intimidade decorre o sigilo de comunicações (telefônicas, cartas, contatos via internet)”. (FONSECA, 2015, p.263).

Em suma, no que respeita aos requisitos da interceptação telefônica são eles: “[...] (a) por ordem judicial; (b) nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer; (c) para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.” (AVOLIO, 2015, p. 188). Considera-se que a autorização para interferência nas comunicações seja determinada pela autoridade jurisdicional competente. O cumprimento da ordem normativa constitucional e da lei especial sobre a interceptação das comunicações são condições obrigatórias para a validade da sua efetivação.

Existem alguns institutos jurídicos cuja regulamentação específica sobre determinado tema, é necessária para que se esclareçam matérias controversas e obscuridades que venham a ocorrer. No que concerne à interceptação telefônica, antes de 1996, pela falta de regulamentação específica, poderia ser maior a ocorrência de interesses variados e não o cumprimento das condições estabelecidas pelas normas constitucionais. Assim,

A falta de regulamentação da matéria não obstava, pois, a que na prática a utilização dos meios intrusivos na comunicação servisse aos mais variados propósitos, que não a finalidade precípua de constituir meio de prova eficaz no processo penal. (AVOLIO, 2015, p. 168).

Desta maneira, maior era a probabilidade do uso abusivo do instituto da interceptação telefônica para interesses diversos e não à proteção das garantias

constitucionais, até que, em 1996, foi criada lei especial sobre o assunto, estabelecendo diversos requisitos para a sua autorização, entre as quais, a competência para permissão, os casos de cabimento, os crimes.

A interceptação possui como uma de suas características a modalidade de busca e apreensão, que tem por finalidade apreender o conteúdo tratado naquela comunicação. Em outras palavras, “a execução da interceptação é elemento de investigação (de busca) e seu resultado não é meio, mas sim fonte de prova”. (GRINOVER, 2013, p. 262-263).

A autorização judicial sobre a interceptação deve se dar conforme a legalidade vigente, à luz das normas constitucionais e de acordo com a Lei nº 9296/1996 – Interceptação telefônica, específica do assunto. Dentre os deveres de se cumprir a lei, principalmente num Estado Democrático e Constitucional de Direito, é garantir a efetivação dos direitos fundamentais. Neste sentido, pode-se afirmar que,

A interceptação telefônica não pode ser ignorada; deve, isto sim, ter regulamentação precisa, que a cerque das cautelas necessárias para garantir a tutela da intimidade, a fim de que só possa ser admitida em determinadas condições e dentro de certos limites. (GRINOVER, 2013, p. 313).

Assim, com a aprovação da Lei nº 9296/1996 – Interceptação telefônica, regulando especificamente o instituto da interceptação, tem-se mais uma fonte de observância normativa, que deve ter como parâmetro a Constituição do Brasil, a fim de limitar a atuação judicial para que sua autorização ocorra à luz do estrito cumprimento dos direitos constitucionais fundamentais, como a intimidade e o sigilo das comunicações.

As garantias ao sigilo das comunicações e intimidade, inseridas no artigo 5º, X e XII, da Constituição Federativa do Brasil, são direitos fundamentais dos cidadãos e também extensíveis aos entes públicos, por exemplo, no caso dos servidores e autoridades estatais. “Assim, o direito à inviolabilidade da correspondência e das comunicações pode ser exercido tanto em relação ao Estado e aos entes públicos quanto em relação aos particulares”. (GRINOVER, 2013, p. 244).

Os direitos fundamentais na Constituição do Brasil de 1988 são indubitavelmente relevantes para que se evite o denominado ativismo judicial descrito no capítulo imediatamente anterior, tendo por uma de suas peculiaridades a moralidade na atividade jurisdicional e o descumprimento da legalidade.

O cidadão, servidor público, agentes estatais, políticos, e demais pessoas, seja do setor público ou privado, são possuidores do direito à intimidade e ao sigilo das comunicações e correspondências. Ao interceptar determinada comunicação entre agentes políticos, por exemplo, deve-se ater com cautela em relação a este ato, pois as consequências poderão ser irreversíveis.

Quando a interceptação telefônica se faz pública através da mídia a respeito de determinado conteúdo extraído de uma conversa, a imagem, a honra, a intimidade e o sigilo das pessoas interceptadas, certamente, serão atingidos. Se a interceptação foi realizada de maneira ilícita pela autoridade jurisdicional, e mesmo que depois tente se retratar do ato, dificilmente a reputação de um agente político, por exemplo, será reconquistada, com divulgação já realizada dos conteúdos que possam expor sua vida pessoal ou profissional perante a sociedade. Assim, é complexo falar em “reconquista dos direitos fundamentais” atingidos dos interceptados, mesmo que indenizados. Deste modo, em relação aos danos de reparação difícil, causados aos interceptados é necessário que,

[...] a interceptação telefônica, precisa se ater aos limites Constitucionais autorizadores, sob o risco de, no seu emprego abusivo, transformar a persecução penal num processo demasiadamente inquisitivo e vir a causar danos graves e irreparáveis à imagem e moral dos indivíduos investigados”.<sup>41</sup> (SANCHEZ, 2019).

De acordo com o relatado na parte introdutória deste assunto, e com o objetivo de explanar a atuação do juiz Sérgio Moro na denominada “Operação Lava-Jato”, em que ocorreu autorização para interceptação telefônica entre (à época) a Presidente Dilma e o ex-Presidente Lula, serão inseridas aqui algumas das atuações polêmicas do Magistrado sobre o tema, tanto em seu despacho proferido em março de 2016, como em decisões interlocutórias proferidas no mês de julho, do ano 2017, na qual o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi condenado a nove anos e seis meses pelos crimes de lavagem de dinheiro e corrupção passiva.

---

<sup>41</sup> SANCHEZ, Diego Emanuel Arruda. **As interceptações telefônicas e os seus limites constitucionais: análise jurídica sobre a divulgação do diálogo entre Lula e a presidente Dilma Rousseff.** Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18316&revista\\_caderno=3](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18316&revista_caderno=3). Acesso em: 10 de Janeiro de 2019.

Em relação ao despacho de interceptação em foco, existem algumas justificativas controversas sobre o ato que autorizou a quebra do sigilo das comunicações. O juiz Sérgio Moro determinou a interceptação telefônica entre Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Roussef, a pedido do Ministério Público Federal. Existe um trecho em que o juiz reconhece que um dos interceptados possui foro privilegiado por ser Presidente da República e assim não seria de sua competência; todavia, mesmo assim, ele autorizou a interceptação com o seguinte argumento:

Observo que, apesar de existirem diálogos do ex-Presidente com autoridades com foro privilegiado, somente o terminal utilizado pelo ex-Presidente foi interceptado e jamais os das autoridades com foro privilegiado, colhidos fortuitamente.<sup>42</sup>

Vê-se que o juiz Sérgio Moro admite que uma das pessoas interceptadas é detentora de foro privilegiado. Apesar, no entanto, de somente o terminal telefônico do ex-presidente ter sido interceptado, como acentua o juiz, sem prerrogativa de foro, o diálogo publicado na mídia teve como um dos áudios da conversa a participação da Chefe do Poder Executivo, e que, como regra, não caberia a competência do juiz de 1º grau para sua autorização à luz do artigo 102, I, “b”<sup>43</sup>, da Constituição, mas somente ao Supremo Tribunal Federal.

Desta maneira, não competia ao juiz Sérgio Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba, autorizar a interceptação de pessoas com “foro privilegiado”, segundo consta no artigo 102 da Constituição Federal. Assim, “[...] se um dos participantes da conversa tem prerrogativa de foro por função, caberia à primeira instância mandar as provas para a corte indicada.” (CANÁRIO; VASCONCELLOS, 2016).<sup>44</sup> Portanto, compete somente ao Supremo Tribunal Federal a apuração e julgamento do Chefe de Estado e não a juiz de 1ª instância da Vara Federal.

---

<sup>42</sup>Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>. Acesso em: 8 de Janeiro de 2019. (p. 2).

<sup>43</sup> Art. 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar originariamente: b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador – Geral da República.

<sup>44</sup>CANÁRIO, Pedro; VASCONCELLOS, Marcos de. Sérgio Moro divulgou grampos ilegais de autoridades com prerrogativa de foro. 16 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-16/moro-divulgou-grampos-ilegais-autoridades-prerrogativa-foro>. Acesso em 11 de Janeiro de 2019.

Em relação às motivações explanadas na sentença em detrimento do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no item 89<sup>45</sup>, o Magistrado refere-se a esse tema das interceptações telefônicas, afirmando que houve o cumprimento estrito da Lei nº 9296/1996. No que diz respeito, entretanto, à matéria da competência e à possibilidade de autorização da medida interventiva, é questionável, em virtude da Presidente da República estar inserida na comunicação. O artigo 1º da Lei nº 9296/1996 – Interceptação telefônica já contextualizado neste assunto trata sobre a validade e nulidade da competência em tela, fixando que a autorização judicial da interceptação será nula se realizada por juiz incompetente.

Em outro trecho do despacho, o Magistrado ressalta a relevância da interceptação, tendo como fundamentos a publicidade e a ampla defesa. Ambos os institutos são relevantes para a efetivação do devido processo legal, no entanto, são questionáveis estas justificativas, justamente por não estarem explicitamente na Lei de Interceptação telefônica.

Assim, tanto na Constituição do Brasil como na Lei nº 9296/1996 – Interceptação telefônica não consta que se perderá o sigilo das comunicações em virtude de publicidade e ampla defesa. Ainda sobre a sentença do Magistrado, a motivação insiste nestas justificativas mencionadas, pois, “[...] não havendo mais necessidade do sigilo, levanto a medida a fim de propiciar ampla defesa e publicidade”<sup>46</sup>

Vale ressaltar que a lei sobre a interceptação descreve no artigo 8<sup>47</sup>, parágrafo único, sobre a manutenção do sigilo nas hipóteses de cabimento e em nenhum momento menciona que a perda do sigilo e intimidade se deem pela questão da publicidade ou mesmo em relação à ampla defesa, como foi justificado pelo juiz Sérgio Moro.

A autorização da interceptação telefônica realizada pelo magistrado Moro teve por fundamento indícios de irregularidades na posse do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva para Ministro da Casa Civil sobre o governo de Dilma Rousseff em 2017. Assim, o diálogo entre as duas autoridades não se relacionava diretamente com a

---

<sup>45</sup>Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/LulaSENT1.pdf/view>. Acesso em 4 de Janeiro de 2019. Item 89: Interceptação telefônica é medida de investigação prevista em lei, no caso a Lei nº 9. 9296/1996, tendo ela sido rigorosamente observada. (p. 17).

<sup>46</sup>Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>. Acesso em: 12 de Janeiro de 2019. (página 2).

<sup>47</sup> Art. 8: A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

“Operação Lava-Jato”, mas com a posse do ex-presidente para compor o Governo Federal. Se assim tivesse ocorrido, Luiz Inácio Lula da Silva possuiria foro privilegiado, o que sairia da competência do juiz da 1º instância federal de Curitiba. Esta provável posse do ex-presidente para a Casa Civil, o que não ocorreu, motivou o juiz Sérgio Moro a divulgar, de maneira ilícita e inconstitucional, a conversa entre as autoridades. Nesse aspecto a gravação da conversa telefônica não interessa diretamente ao caso do presidente Luiz Inácio Lula da Silva na “Lava-Jato”, o que deveria ter sido descartado, como menciona o artigo 9º<sup>48</sup> da Lei nº 9296/1996 – Interceptação telefônica.

É necessário que a interceptação telefônica se arrime em fatos reais e não em deduções, tendo em vista que “[...] a interceptação telefônica não pode ser deferida para dar início a uma investigação, logo, não existe interceptação pré - delitual, fundada em meras suposições, seja de determinada situação ou de uma pessoa”. (GARCIA, R.A.C; JORGE, A. B, 2017, p.12).

A quebra do sigilo e a interceptação foram justificadas, também, por ser necessário que a necessidade realizasse o “exame público” ou, como o próprio Julgador denomina, “saudável escrutínio público”, sobre o diálogo entre os interceptados. É desta maneira que justifica o Magistrado:

O levantamento propiciará assim não só o exercício da ampla defesa mas também o saudável escrutínio público sobre a atuação da Administração Pública e da própria Justiça criminal. A democracia em uma sociedade livre exige que os governados saibam o que fazem os governantes, mesmo quando estes buscam agir protegidos pelas sombras.<sup>49</sup>

Na Constituição de 1988 e na Lei nº 9296/1996 – Interceptação telefônica, que tratam sobre a interceptação telefônica, inexistem o predomínio e ampla defesa, publicidade e “escrutínio público” em desfavor da garantia constitucional do sigilo e intimidade das comunicações.

Em outras palavras, “[...] pelo texto constitucional, não há qualquer ressalva, acerca do escrutínio público e, menos ainda, sobre a possibilidade dos governados poderem saber o que pensam ou dizem os governantes”. (PAULA, 2017, p. 305).

---

<sup>48</sup> Art. 9 da Lei nº 9296/1996: A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta data, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

<sup>49</sup> Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php> . Acesso em: 10 de Janeiro de 2019. (p. 3).

Por fim, Sérgio Moro generaliza, ao compreender que, na democracia, os governados necessitam saber sobre a atuação dos governantes. Publicidade e transparência são princípios fundamentais e necessários no âmbito da Administração Pública. Isto decorre, entretanto, por exemplo, dos gastos públicos, políticas públicas, receitas orçamentárias, dentre outras atribuições administrativas, mas não se pode confundir com o intuito de suprimir garantias como intimidade e sigilo das comunicações.

Não se há de conceder publicidade a assuntos que envolvam autoridades com foro privilegiado, pois estes tratam de matérias que requerem a atuação sigilosa do Estado, articulações governamentais, dentre outras matérias não publicáveis ou objeto de intervenção. Quando autorizada a interceptação da conversa telefônica que envolve Chefe de Estado e ex-Presidente num panorama político democrático, esse ato, além de enfraquecer às instituições políticas, jurídicas e democráticas, infringe-se, também, a Lei de Segurança Nacional nº (7.170/1983).

Já na sentença proferida pelo juiz Sérgio Moro, é perceptível o descumprimento constitucional do artigo 5º, XII, e do artigo 8º da lei nº 9296/1996 – Interceptação telefônica, ambos já citados, em que o Magistrado transgride o dever de manutenção do sigilo das interceptações, admitindo, ainda, que possivelmente poderia ter se equivocado em ter autorizado o diálogo, como consta no item 126<sup>50</sup>.

Após a quebra do sigilo das comunicações, que viabilizou a interceptação telefônica entre a Presidente à época Dilma Rousseff e o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a Presidente protocolizou uma reclamação (23.457) junto ao Supremo Tribunal Federal, na qual teve no outro polo do ato processual, o reclamado juiz Sérgio Moro. O relator da “Operação Lava-Jato” e ministro do Supremo Tribunal Federal, à época, Teori Zavascki, cassou a decisão do Juiz Moro por diversos motivos, os quais alguns deles já foram examinados neste tema, e que também foram fundamentados pelo citado Ministro.

---

<sup>50</sup>Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/LulaSENT1.pdf/view>. Acesso em 4 de Janeiro de 2019. Item 126: “não deve o Judiciário ser o guardião de segredos sombrios dos Governantes do momento e o levantamento do sigilo era mandatório senão pelo Juízo, então pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda que, em respeito a decisão do Supremo Tribunal Federal, este julgador possa eventualmente ter errado no levantamento do sigilo, pelo menos considerando a questão de competência, a revisão de decisões judiciais pelas instâncias superiores faz parte do sistema judicial de erros e acertos”. (p. 22).

O ministro Teori Zavascki relata sobre a incompetência do juiz Sérgio Moro para autorizar a quebra do sigilo das comunicações, em razão da prerrogativa de foro referente à presidente Dilma Rousseff, com base no artigo 102, I, “b”, da Constituição do Brasil, observando que o juiz, “b) [...] ao constatar a presença de conversas de autoridade com prerrogativa de foro, como é o caso da Presidente da República, [...] deveria encaminhar essas conversas interceptadas para o órgão jurisdicional competente, o Supremo Tribunal Federal”.<sup>51</sup> Segundo o Ministro, ocorreu, ainda, vício de incompetência absoluta e ofensa à segurança nacional.

Neste mesmo contexto referente à incompetência do magistrado Sérgio Moro, o Ministro relata que “[...] d) seja reconhecido que o juízo da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba não detém competência para processar e julgar o feito [...], determinando-se o órgão jurisdicional competente”<sup>52</sup>.

Como um dos fundamentos também da decisão, o ministro Teori esclarece que tal ato do juiz Sérgio Moro foi precipitado e que não representava em sua totalidade relevância para as pretensões da “Operação Lava-Jato”,

Foi também precoce e, pelo menos parcialmente, equivocada a decisão que adiantou juízo de validade das interceptações, colhidas, em parte importante, sem abrigo judicial, quando já havia determinação de interrupção das escutas.<sup>53</sup>

Enfim, o ato da quebra do sigilo e interceptação telefônica realizado pelo juiz Moro foi ilegal e inconstitucional, como se pode perceber pelas mínimas justificativas relatadas na sentença e no despacho, bem como a busca de argumentos não condizentes com os parâmetros constitucionais nem com a lei de interceptação telefônica já referida.

As interceptações telefônicas ilícitas não são admissíveis no juízo penal pelo fato de serem inconciliáveis com a garantia constitucional do sigilo das comunicações, e “[...] se indevidamente admitidas, serão ineficazes, tornando nula a sentença que nelas se basear”. (GRINOVER, 2013, p. 340).

---

<sup>51</sup> Disponível em : <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/rcl23457.pdf>. Acesso em: 5 de Janeiro de 2019

<sup>52</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/rcl23457.pdf>. Acesso em: 5 de Janeiro de 2019

<sup>53</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/rcl23457.pdf>. Acesso em 6 de Janeiro de 2019

Da relevância do cumprimento da legalidade e as interceptações telefônicas deve-se entender que a

[...] dialética entre interesse punitivo e garantias do indivíduo no processo, deve ser fixada uma precisa hierarquia de valores, sublinhando-se a exigência de que o uso processual das interceptações telefônicas seja subordinado à legalidade do procedimento adotado para sua obtenção. (GRINOVER, 2013, p. 340).

A legalidade, além de assegurar que se cumpra o devido processo legal, faz com que se dê validade aos atos jurisdicionais, evitando excessos, medidas arbitrárias e ativismo judicial, prejudicando terceiros interessados e as partes no processo. Neste sentido, o órgão jurisdicional deverá ser competente, e buscar motivar sua decisão com argumentos satisfatórios e convincentes no ordenamento jurídico, pois “[...] no momento de fundamentar a autorização e, o que é mais importante, delimitar o seu alcance, a fim de que a medida excepcional não se trasmude em “alvará de bisbilhotagem””. (GOMES, 1997, p. 211).

O meio de investigação por intermédio da interceptação telefônica deverá ser utilizado como última forma de apreensão sobre determinada investigação, haja vista existirem outros meios, como o próprio depoimento pessoal em juízo, para que possam ser esclarecidas eventuais obscuridades no curso do processo. Desta maneira, se pode afirmar que “[...] entre as diversas medidas investigatórias idôneas a atingir o fim preposto, deve o magistrado buscar aquela que produza menores restrições à esfera da liberdade individual do agente”. (GARCIA, R.A.C; JORGE, A. B, 2017, p.12).

No caso em que o juiz Sérgio Moro condenou o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a interceptação telefônica foi utilizada de modo desarrazoado e ilegal, porquanto expôs o diálogo entre duas autoridades, em que uma delas gozava de prerrogativa de foro, o que tornava o Magistrado incompetente para tal ato. A interceptação telefônica deverá ser um meio subsidiário para obtenção de determinada prova, pois devem ser priorizados as garantias e princípios fundamentais do investigado no Estado Democrático de Direito, como a intimidade e a vida privada.

O juiz Sérgio Moro era incompetente para autorizar a quebra do sigilo das comunicações entre a Presidente Dilma Rousseff e o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, haja vista que a primeira, pelo cargo ocupado, gozava das prerrogativas de Chefe do Executivo, e, sendo assim, competiria somente ao Supremo Tribunal Federal atuar nesta modalidade de intervenção. Sendo assim, a autorização para interceptar, por parte

do juiz Sérgio Moro constitui crime à luz do artigo 10<sup>54</sup> da Lei nº 9296/1996 – Interceptação telefônica.

Neste sentido, ante a incompetência do juízo de 1º grau para processar e julgar a Presidente da República, e mesmo que o Magistrado verificasse determinada ilicitude sobre alguma matéria, deveria encaminhar os autos de determinada investigação ao órgão competente, como no caso da escuta telefônica que envolveu a Presidente Dilma Rousseff, ao Supremo Tribunal Federal.

A competência do juízo da 13ª Vara não encontra amparo constitucional ou ainda em lei específica para conduzir processos e julgamentos em detrimento do presidente da república. Assim, se ocorre a avocação da competência pelo magistrado de 1º instância de matérias que não se referem a sua competência jurisdicional, viola o princípio da legalidade, pois não encontra amparo na ordem jurídica, bem como desrespeita a garantia do devido processo legal, em que este assegura o correto trâmite processual e possibilita o cumprimento dos direitos fundamentais das partes.

Finalmente, o juiz Sérgio Moro fundamenta a quebra do sigilo das comunicações entre a Presidente (à época) Dilma Rousseff e o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, unicamente, sob o argumento de interesse público, o que não consta essa justificativa nem na Constituição do Brasil, nem mesmo na Lei de Interceptação Telefônica.

Os princípios constitucionais são de observância obrigatória, pois constituem fundamento constitucional e proteção dos seres humanos, para evitar excessos de quaisquer dos três poderes no Brasil. Não se pode violar a legalidade e privilegiar atuações excessivas e em desarmonia relativamente à Constituição. As garantias fundamentais devem ser preservadas à luz da legalidade e do estrito cumprimento do dever legal.

---

<sup>54</sup> Art. 10 da Lei nº 9296/1996: Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

## 4.2 Da Condução coercitiva

A temática a respeito da condução coercitiva examina a atuação do juiz Sérgio Moro da 13ª Vara Federal de Curitiba, expondo, entre outras análises, a condução do ex-Presidente para depor e o posicionamento recente do Supremo Tribunal Federal. O caso se refere à condução coercitiva do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, realizada, em 4 de março de 2016, sendo expedido para esse ato um mandado judicial pelo Magistrado citado.

Assim, o ex-Presidente foi conduzido pela Polícia Federal para depor sobre os acontecimentos pertinentes à denominada “Operação Lava-Jato” e corrupção na empresa Petrobrás. O local do depoimento foi o Aeroporto de Congonhas, em São Paulo.

Inicialmente, cabe realizar alguns esclarecimentos sobre o instituto da condução coercitiva no âmbito do Direito Penal, buscando relacionar com as motivações decisórias explanadas pelo juiz Sérgio Moro, em seu despacho proferido no dia 29 de fevereiro de 2016, bem como em relação à sentença condenatória envolvendo o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no dia 12 de julho de 2017.

O Código Penal está com quase oitenta anos de vigência, tendo validade na sociedade brasileira desde 1940, no Governo de Getúlio Vargas. Neste sentido, o Código Penal carece de algumas modificações que acompanhem as mudanças sociais, principalmente desde a inserção da Constituição de 1988 até os dias atuais.

Com o surgimento do Código Penal num período em que não se valoravam garantias fundamentais e com a pouca notoriedade aos direitos dos cidadãos em face do Estado, acontecia que o “[...] processo penal dependia da “verdade arrancada à força” do acusado que ficava submetido a mero objeto de prova, facilmente manipulável nos sistemas autoritários e tiranos”. (MALAQUIAS, 2014, p. 166).

O uso da força era preponderantemente um meio de intimidar o depoente, a testemunha, o investigado, réu, a fim de que se realizasse a produção probatória, desde então, buscasse a incriminação do interrogado. A imposição e a intimidação estatais ocorriam pelo “domínio físico” do investigado, por exemplo. O modo de atuação coercitivo era a regra e não a exceção.

Neste sentido, a hipossuficiência do interrogado em relação ao poderio estatal era nítida, em que, pelo uso da força policial, podia de certa maneira “impor” o

andamento do interrogatório e o julgamento, o que às vezes impulsionava o cidadão até mesmo a confessar um crime não realizado.

No período ditatorial que antecedeu o Estado Constitucional e Democrático de Direito no Brasil existiram instabilidades política, econômica e de segurança, podendo-se dizer que predominava o “[...] recrudescimento da persecução penal, com a mitigação dos direitos e garantias fundamentais”. (QUEIJO, 2003, p. 2).

A condução coercitiva carrega as características, denominações, requisitos, cabimentos, dentre outras peculiaridades, de origem inquisitiva, ainda sendo utilizado pelo Poder Judiciário atualmente no decorrer do processo penal Brasileiro. É desta maneira que a “[...] condução coercitiva é uma forma impositiva de levar sujeitos do processo, ofendidos, testemunhas, acusados ou peritos, independentemente de suas vontades, à presença de autoridades policiais ou judiciárias”.<sup>55</sup> (NOVO, 2018).

Assim, por meio do mandado judicial expedido pela autoridade jurisdicional, a polícia poderá cumprir tal ato, independentemente da vontade daquele que realizará o depoimento. Se o investigado ou testemunha, por exemplo, se nega a ir, poderão ser conduzidos pela autoridade policial mediante o uso da força.

Em relação ao cabimento legal da condução coercitiva, existem dois artigos do Código de Processo Penal pertinentes ao tema, 218 e 260:

Art. 218: Se regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública.

Artigo 260: Se o acusado não atender a intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

No artigo 218 existe a obrigatoriedade de intimar a testemunha para comparecimento em juízo. Se deixar de comparecer havendo sido regularmente intimada, a autoridade judicial poderá solicitar o comparecimento da testemunha por meio do oficial de justiça ou autoridade policial para o ato.

---

<sup>55</sup> NOVO, Benigno Núñez. Condução coercitiva. 12. Mar. 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,conducao-coercitiva,590430.html>. Acesso em: 17 de Janeiro de 2019.

Já no artigo 260 é também necessário que o acusado seja intimado previamente e, em caso de não comparecimento e nem justificção da ausência, poderá ser utilizada a força policial com a finalidade de realizar a condução coercitiva e recolha do depoimento do acusado.

A condução somente será cabível nestas duas hipóteses dos artigos mencionados. O juiz Sérgio Moro, no entanto, fundamenta a condução coercitiva do ex-Presidente de modo diverso no despacho que autorizou a medida, como se pode notar no argumento trazido por ele em que

[...] a medida é necessária pois, em depoimentos anteriormente designados para sua oitiva, teria havido tumulto provocado por militantes políticos, como o ocorrido no dia 17/2/2016, no Fórum Criminal da Barra Funda, em São Paulo. No confronto entre polícia e manifestantes contrários ou favoráveis ao ex-presidente, “pessoas ficaram feridas”<sup>56</sup>.

Esta medida justificada pelo Magistrado produziu controvérsias e polêmicas, pois, para parte da doutrina, o ato poderia ter sido realizado de maneira menos constrangedora e forçosa ao ex-Presidente, como por exemplo, a viabilidade de comunicação com o advogado para garantir sua imagem, honra, integridade, devido processo legal, dentre outras garantias constitucionais distorcidas com tal ato.

No despacho proferido pelo juiz Sérgio Moro, foi ressaltada a importância de que “[...] NÃO deve, em hipótese alguma, ser filmado ou, tanto quanto possível, permitida a filmagem do deslocamento do ex-presidente para a colheita do depoimento”<sup>57</sup>. De maneira ilegal e contrária ao determinado pelo Magistrado, contudo, diversas empresas de comunicação, por meio dos repórteres, acompanharam o trajeto do ex-Presidente, em carros ou ainda de helicóptero, sendo transmitido na mídia nacional e internacional.

Já em relação à sentença do Magistrado que condenou o ex-Presidente, no item 73<sup>58</sup>, existe a justificativa sobre a alegação da segurança aos policiais, sendo de tal

---

<sup>56</sup> Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>. Acesso em: 17 de Janeiro de 2019. (p. 1)

<sup>57</sup> Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>. Acesso em: 17 de Janeiro de 2019. (p. 3)

<sup>58</sup> Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/LulaSENT1.pdf/view>. Acesso em 4 de Janeiro de 2019. Item 73: Mas, no caso, a medida era necessária para evitar riscos aos agentes policiais que realizaram a condução e a busca e apreensão na mesma data. (p. 16).

forma motivada pelo juiz Sérgio Moro. Essa fundamentação em favor do poder policial também repercutiu, em que “[...] uma suposta necessidade de segurança dos agentes policiais não pode jamais ser colocada acima das garantias individuais dos cidadãos, sem que isso represente uma ofensa ao princípio do devido processo legal”. (PINTO E SILVA, 2017, p. 404).

Ainda quanto a estas hipóteses em que o magistrado justifica o cabimento da condução coercitiva, no item 70<sup>59</sup> da sentença em detrimento do ex-Presidente, privilegia mais uma vez a segurança dos agentes policiais, relatando que Luiz Inácio Lula da Silva e seus “associados” poderiam “turbar” a diligência devido a alguns diálogos. Não justificou, no entanto, quais foram exatamente os teores das conversas as quais colocariam em risco a integridade física aos policiais.

A condução coercitiva deve ser considerada na esfera da legalidade. Vale dizer, desde a necessidade e importância de seu uso para a investigação no processo. O artigo 8<sup>60</sup> da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos descreve a obrigatoriedade de todo cidadão ser interrogado e ouvido com as garantias processuais do devido processo legal.

Um requisito fundamental para que se cumpra o mandado de condução coercitiva é a não observância, pelo acusado ou testemunha, das condições estabelecidas nos artigos 218 e 260 do Código de Processo Penal, como é o caso da intimação prévia, pois esta “[...] assegura a todo cidadão investigado ou testemunha de ato ilícito o direito à intimidade, à presunção de inocência, à privacidade, à dignidade da pessoa humana, dentre outros.”<sup>61</sup> (NOVO, 2018).

Em relação à obrigatoriedade da intimação e notificação prévia da testemunha, acusado ou investigado, descreve ainda Benigno Novo que,

A condução coercitiva decretada a partir das hipóteses legais jamais poderá ser efetivada sem notificação prévia. Por lógico que, consoante já exposto

---

<sup>59</sup>Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/LulaSENT1.pdf/view>. Acesso em 4 de Janeiro de 2019. Item 70: “Com efeitos, alguns diálogos sugeriam que o ex-Presidente e associados tomariam providência para turbar a diligência, o que poderia colocar em risco os agentes policiais e mesmo terceiros”. (página 15)

<sup>60</sup> Art. 8: Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei [...].

<sup>61</sup> NOVO, Benigno Núñez. Condução coercitiva. 12. Mar. 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,conducao-coercitiva,590430.html>. Acesso em: 18 de Janeiro de 2019

não é possível a condução coercitiva do acusado ou investigado, quanto mais sem ser previamente intimado. Refere-se, portanto, aos envolvidos no processo penal a quem a lei possibilita a adoção da medida: o perito, a testemunha, o ofendido, e quem, por qualquer motivo, deve se fazer presente.<sup>62</sup> (NOVO, 2018).

De maneira contraditória, o juiz Sérgio Moro, na sentença condenatória do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, reconhece as “controvérsias” como ele expressa no item 72<sup>63</sup> a respeito da condução da coercitiva sem intimação prévia. Portanto, neste aspecto, em relação aos requisitos da admissibilidade para a condução coercitiva, são necessárias a obrigatoriedade de notificação prévia do interrogado e ausência ou recusa em atender a intimação, de acordo com os artigos 218 e 260 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Em relação às motivações do juiz Moro sobre a condução coercitiva do ex-Presidente no sentido da ausência de intimação prévia para o ato, pode-se dizer que suas

[...] justificativas adotadas na sentença não se coadunam com a garantia constitucional do devido processo legal, uma vez que o próprio julgador reconhece que não houve intimação prévia para prestar depoimento e que tenha sido desobedecida [...]”. (PINTO E SILVA, 2017, p. 404).

Ainda sobre as peculiaridades e elementos da condução coercitiva, existe uma garantia denominada “direito ao silêncio”, a qual é um relevante instrumento para que se assegurem as garantias ao interrogado, como, por exemplo, a presunção de inocência. Quanto à mitigação do direito ao silêncio, pode-se entender que “[...] era sempre considerado em desfavor do acusado. Hoje, por expressa disposição legal, tal não mais se dá.” (CHOUKR, 1999, p. 28).

No período que antecedeu a Constituição de 1988, como nos anos de 1970/1980, o artigo 5º, LXIII<sup>64</sup>, com os princípios e garantias fundamentais, no caso do direito ao silêncio, este não foi efetivado nos períodos ditatoriais e arbitrários. Pelo contrário, buscava-se que o interrogado confessasse o delito ou obrigatoriamente dissesse alguma informação relevante para as autoridades policiais e judiciais.

<sup>62</sup> NOVO, Benigno Núñez. **Condução coercitiva**. 12. Mar. 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,conducao-coercitiva,590430.html>. Acesso em: 18 de Janeiro de 2019.

<sup>63</sup> Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/LulaSENT1.pdf/view>. Acesso em 4 de Janeiro de 2019. Item 72: Não desconhece este Juízo as controvérsias jurídicas em torno da condução coercitiva, sem intimação prévia. (página 72)

<sup>64</sup> Art. 5, LXIII: o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado.

## Um dos objetivos da garantia constitucional do direito ao silêncio do interrogado

[...] é justamente proteger o indivíduo contra qualquer tipo de indução ou compulsão que o faça incriminar a si próprio, é assegurar um *status* de intangibilidade pelo Estado no exercício de sua autodefesa. (BOTTINO, 2016, p. 5)

A garantia do direito ao silêncio sob os parâmetros constitucionais democráticos faz com que se busquem efetivamente resultados práticos na seara criminal, apesar, ainda, da presença de um Código de Processo Penal acusatório e que tem por primazia em seu *modus operandi* a persecução criminal.

Ainda sobre a garantia do direito ao silêncio, inserida no artigo 5º, LXIII, ressalta-se que a sua utilização num interrogatório “[...] não se pode interpretar o silêncio como indício de culpabilidade e tampouco o magistrado permitir-se ao exercício de constranger, induzir ou autodeterminar o acusado para que responda às suas perguntas”. (MALAQUIAS, 2014, p. 167).

O direito ao silêncio relaciona-se com um importante princípio denominado *Nemo tenetur se detegere*, ou seja, princípio da não autoincriminação, vale dizer, constitui um direito do réu em não atribuir para si a culpa de determinado crime ou mesmo produzir provas contra si. Neste sentido, é um instituto “[...] mais amplo e abrange o silêncio no interrogatório, ou seja, a pessoa acusada criminalmente tem o direito de se esquivar de perguntas que podem leva-la à confissão do crime”. (MALAQUIAS, 2014, p. 169).

A condução coercitiva, para alguns doutrinadores, equivale, mesmo que por um curto período, a uma prisão cautelar, pois viola a liberdade de locomoção como um dos pilares da Constituição Federal de 1988, inserido no artigo 5º, XV<sup>65</sup>. O espaço de tempo em que o interrogado é conduzido e escoltado perante o juízo é geralmente curto, no entanto, esse ato é inconstitucional. “Neste cenário de privação de liberdade, ainda que provisória, cria-se um estado psicológico no qual o exercício do direito ao silêncio é propositalmente dificultado.” (BOTTINO, 2016, p. 5)

De maneira diversa, o juiz Sérgio Moro, no item 77<sup>66</sup> da sentença condenatória, não considera que a condução coercitiva seja uma prisão cautelar, pois justifica que são

---

<sup>65</sup> Art. 5º, LVIII: é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

<sup>66</sup>Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/LulaSENT1.pdf/view>. Acesso em 4 de Janeiro de 2019.

apenas algumas horas, na presença do advogado, com garantia ao silêncio do interrogado e que o ex-Presidente não é um “preso político”.

Recentemente, no ano de 2018, o Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, declarou que a condução coercitiva do réu ou investigado, de acordo com o artigo 260 do Código de Processo Penal, não se harmoniza com a Constituição Federal do Brasil de 1988. Esta decisão ocorreu em sede de julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395 e 344.

De acordo com o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, o emprego da condução coercitiva, “[...] representa a restrição à liberdade de locomoção e viola a presunção de não culpabilidade, sendo, portanto, incompatível com a Constituição Federal”.<sup>67</sup>

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Edson Fachin, decidiu também que, para ocorrer o cumprimento legal do instituto em foco, se faz necessária prévia intimação para a validade da condução coercitiva. Acentua também, a necessidade da ausência injustificada do acusado ou réu, enfatizando ainda que devem ser resguardadas ao interrogado as garantias constitucionais pertinentes, como é o caso do direito ao silêncio.

De acordo com o entendimento do ministro do Supremo, Dias Toffoli, a condução coercitiva deverá

[...] zelar pela estrita observância dos limites legais para a imposição da condução coercitiva, sem dar margem para que se adotem interpretações criativas que atentem contra o direito fundamental de ir e vir, a garantia do contraditório e da ampla defesa e a garantia da não autoincriminação.<sup>68</sup>

Em suma, são pressupostos essenciais para o cabimento da condução coercitiva a intimação prévia para comparecimento em juízo, sendo necessário recorrer ao oficial de justiça ou autoridade policial se houver negação do depoente ou ausência injustificada, nos moldes do Código de Processo Penal. Ainda neste sentido,

---

Item 77: Ainda que se possa eventualmente discordar da medida, há de se convir que conduzir alguém, por algumas horas, para prestar depoimento, com a presença do advogado, resguardo absoluto à integridade física e ao direito ao silêncio, não é equivalente à prisão cautelar, nem transformou o ex-Presidente em um “preso político”. (página 16).

<sup>67</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381510>. Acesso em: 16 de Janeiro de 2019

<sup>68</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381510>. Acesso em: 16 de Janeiro de 2019

obrigatoriamente, devem ser asseguradas as garantias constitucionais fundamentais, como a presunção de inocência, contraditório e ampla defesa, devido processo legal, juiz natural, dentre outras.

Assim, em relação ao caso que envolveu o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, é público e notório, por via da sentença proferida pelo juiz Sérgio Moro e dos demais documentos relativos ao julgamento do ex-Presidente, o fato de havido a inconstitucionalidade e o excesso da conduta do magistrado.

De acordo com as procedidas até aqui, percebe-se que o Juiz citado não cumpriu as condições processuais penais e constitucionais para que fosse realizado o mandado de condução coercitiva. Ele mesmo reconhece o excesso em sua conduta em detrimento de Luiz Inácio Lula da Silva, no item 72 da sentença, em que o investigado sequer foi intimado previamente para comparecer a juízo. Existe desta maneira violação direta ao artigo 218 do Código de Processo Penal.

Não ocorreu, também, a necessidade de condução coercitiva. Sendo assim, esta medida foi ilegal, sob o aspecto de que não ocorreu a negação de comparecimento para depor em relação ao ex-Presidente, pois este nem mesmo foi intimado previamente. Tal fato foi assim reconhecido na sentença.

Com efeito, não se verificam na ordem de condução coercitiva do magistrado Sérgio Moro os requisitos relacionados ao assunto como: “[...] b) estrita necessidade de presença física do acusado ou investigado e c) falta injustificada à notificação para comparecer ao ato.”<sup>69</sup> (PEREIRA, 2017, p.3).

O Magistrado utiliza-se de argumentos vagos e contraditórios, inexistentes no âmbito do processo penal e da Constituição, no que se refere à condução coercitiva. Sérgio Moro motiva a condução forçada do ex-Presidente sob os argumentos de preservação da segurança dos policiais federais, para favorecer o interesse e escrutínio público e ainda que tal medida é necessária para que não ocorra turbacão às diligências.

---

<sup>69</sup> PEREIRA, Anna Beatriz Batista dos Santos. **A (in) constitucionalidade da condução coercitiva**. Rio de Janeiro. 2017. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2017/pdf/AnnaBeatrizBatistadosSantosPereira.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2017/pdf/AnnaBeatrizBatistadosSantosPereira.pdf). Acesso em: 15 de Janeiro de 2019.

Enfim, o juiz Sérgio Moro agiu de maneira inconstitucional, sucumbindo o direito de ir e vir do Investigado, a imagem, a honra. De fato, na sua fundamentação deixa de existir o mínimo respaldo legal para a ocorrência da medida. Vale ressaltar que a condução coercitiva é um ato subsidiário, ou seja, deve o investigado ou réu ser conduzido pelas autoridades policiais se as primeiras tentativas de depor em juízo não venham a lograr êxito. O juiz Sérgio Moro, no entanto, optou pela medida já inicialmente, violando a lei penal.

No decorrer da condução coercitiva, não foram garantidos os direitos fundamentais ao ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, como sua manifestação sobre o ato coercitivo em seu desfavor, o que caracteriza também a arbitrariedade da conduta do poder jurisdicional.

A condução coercitiva deverá ser efetiva com o cumprimento dos requisitos legais e fáticos, analisada à luz da Constituição, para que não ocorram decisões ilegais e que assim ocasionem danos irreparáveis à imagem e à honra do investigado, por exemplo, ou mesmo que a autorização do mandado coercitivo não se transforme em um perigoso instrumento contra os princípios democráticos, intimidando o interrogado e fortalecendo a arbitrariedade na motivação das decisões.

### 4.3 Nomeação do juiz Sérgio Moro para Ministro da Justiça

Após o pleito presidencial do Brasil em 2018, ocorreram fatos que repercutiram de maneira polêmica, próximo ao término do ano citado, os quais o convite realizado pelo Presidente eleito nas eleições de 2018, Jair Bolsonaro, e ao aceite do magistrado Sérgio Moro para compor o Governo Federal em 2019 como Ministro de Justiça e Segurança Pública.

O juiz foi responsável pela denominada Operação Lava-Jato, a qual teve como réu, entre tantos outros, o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e que foi condenado pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro a nove anos e seis meses pelo juiz de 1º instância, tendo pena aumentada para 12 anos e um mês pelo Tribunal Regional Federal da 4º Região do Rio Grande do Sul.

A nomeação do Magistrado causa diversas discussões sobre vários aspectos na imprensa, nos debates jurídicos, principalmente sobre a legalidade, imparcialidade. Em relação ao ordenamento jurídico, deve ser observado o que está inserido sobre o tema na Constituição do Brasil de 1988, na LOMAN (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) e no Código de Ética da Magistratura.

Entre outros fatores, o que certamente causa questionamentos sobre a atuação de Sérgio Moro é em relação aos seus posicionamentos externados a respeito de determinados assuntos, como foi o caso da política. Neste sentido, em entrevista ao “Estadão”, no ano de 2016, afirmou que jamais entraria para a política. Assim, se pronunciou o magistrado, dizendo:

Não, jamais. Jamais. Sou um homem de Justiça e, sem qualquer demérito, não sou um homem da política”, disse moro. “Acho que a política é uma atividade importante, não tem nenhum demérito, muito pelo contrário, existe muito mérito em quem atua na política, mas eu sou um juiz, eu estou em outra realidade, outro tipo de trabalho, outro perfil. Então, não existe jamais esse risco.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,em-2016-sergio-moro-disse-que-jamais-entraria-para-a-politica,70002578956>. Acesso em: 12 de Janeiro de 2019

Existia, assim, uma negação ou não aceitabilidade do juiz Sérgio Moro para adentrar a esfera política sob a justificativa de que ele pertencia à Justiça, e relatando que está inserido em âmbito diferente da política, como é o caso do Poder Judiciário. Por fim, é ressaltado em várias afirmações o termo “jamais”, ou seja, nunca poderia ocorrer tal hipótese em que o juiz Moro deixaria seu cargo e a função jurisdicional para atuar na esfera política.

Já no ano de 2019, quanto ao discurso do juiz Sérgio Moro, verificaram-se algumas mudanças significativas, na qual utiliza o combate à corrupção e ao crime organizado como uma de suas justificativas para aceitar ser Ministro da Justiça e Segurança Pública,

Não há combate a corrupção com impunidade. [...] são necessárias políticas mais gerais contra à corrupção, leis mais eficazes. Precisamos enfrentar os pontos de estrangulamento da legislação penal que impactam o sistema de justiça criminal com propostas simples e eficazes.<sup>71</sup>

Assim, com o discurso de posse em 2019, no dia 2 de janeiro como Ministro da Justiça e Segurança Pública do Governo Federal, presidido por Jair Bolsonaro, a atuação e imparcialidade do juiz Sérgio Moro na Operação Lava-Jato e, principalmente, no processo em que condenou o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, é demasiadamente questionada, pois este era o maior adversário político do Presidente eleito nas eleições presidenciais.

Outro fato a ser ressaltado é que o juiz Sérgio Moro se reuniu com o atual presidente no Rio de Janeiro, ainda na condição de julgador, no ano de 2018, o que pode ser compreendido como ilegal e incongruente em relação às finalidades da magistratura. Assim, em outras palavras, se pode “[...] observar que os fatos são ainda mais graves se levarmos em conta que o convite para ser ministro da Justiça foi gestado quando o magistrado ainda exercia sua função, conforme declarado pelo general Hamilton Mourão (e não desmentido).<sup>72</sup>”.

---

<sup>71</sup> Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-o-planalto/noticias/2019/01/com-desafio-de-combater-a-corrupcao-moro-toma-posse-na-justica>. Acesso em: 14 de Janeiro de 2019

<sup>72</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Periculum in moro!** É lei ou não é? Eis a questão. 19 nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-19/lenio-streck-periculum-in-moro-lei-ou-nao-eis-questao> Acesso em: 15 de Janeiro de 2019

O Corregedor Nacional de Justiça, Humberto Martins, manifestou-se sobre a atuação do juiz Sérgio Moro, bem como a respeito do aceite para Ministro da Justiça no Governo do Presidente Jair Bolsonaro. Segundo o corregedor, o magistrado “[...] vem agindo fora da ética ao aceitar conversar com o novo presidente eleito em sua possível nomeação ao cargo de ministro da Justiça”.<sup>73</sup>

Decorridos alguns dias, em 16 de novembro de 2018, o Magistrado pede exoneração do cargo, gerando algumas questões em virtude de o juiz Sérgio Moro responder a processos administrativos disciplinares perante o Conselho Nacional de Justiça que ainda não se encerraram.

Este pedido de exoneração do magistrado repercutiu sobremaneira na esfera do Poder Legislativo, porquanto três deputados protocolizaram em face do Magistrado medida judicial provisória de urgência com a intenção, em um de seus pedidos, que o Conselho Nacional de Justiça sustasse esse pedido.

A medida judicial de urgência teve como uma de suas justificativas a de que o Juiz responde a processos administrativos disciplinares que ainda não encerraram, e assim infringe o artigo 27<sup>74</sup> da Resolução 135/2011 do Conselho Nacional de Justiça que “[...] estabelece a impossibilidade de afastamento do magistrado que estiver respondendo a processo administrativo disciplinar até que haja a conclusão do processo ou do cumprimento da penalidade

Há normas relativas aos magistrados, como é o caso do artigo 95 da Constituição Federal, a LOMAN (Lei Orgânica da Magistratura), e ainda o Código de Ética da Magistratura. Neste sentido, como uma das prováveis violações a estas normas jurídicas, atenta para o fato de que o juiz Sérgio Moro ainda estava no cargo da magistratura, gozando das férias, no entanto, aproveitava tal período de descanso para organizar a montagem para o Ministério da Justiça e que,

No caso, a montagem do Ministério da Justiça e Segurança constitui atividade tipicamente político-partidária, totalmente estranha à magistratura. Estando ainda no cargo. Não é necessário ser filiado para exercer atividade política-partidária. Aliás, fosse necessária a filiação para configurar o tipo

---

<sup>73</sup> Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87994-corregedor-instaura-processos-contramoro>  
Acesso em: 18 de Janeiro de 2019

<sup>74</sup> Art. 27: O magistrado que estiver respondendo a processo administrativo disciplinar só terá apreciado o pedido de aposentadoria voluntária após a conclusão do processo ou do cumprimento da penalidade.

administrativo, a Constituição teria colocado “filiação”, e não a palavra atividade<sup>75</sup>. (SERRANO; STRECK).

A organização ministerial constitui atividade política não condizente com a função jurisdicional de magistrado. No período de férias do cargo de juiz, este lapso se refere, obviamente, ao descanso da atividade julgadora prestada pelo Magistrado. A Constituição, no artigo 95, III, proíbe aos juízes de se dedicarem às atividades político-partidárias. A denominação “atividade” está relacionada à generalidade das funções políticas vedadas aos juízes, como é o caso da organização de ministério.

No artigo 7<sup>o</sup><sup>76</sup> do Código de Ética da Magistratura também explana sobre a proibição dos magistrados em realizar atividade político-partidária. A atuação política não condiz com as garantias da magistratura, como, por exemplo, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade, inseridas no artigo 95<sup>77</sup> da Constituição do Brasil.

Já o artigo 8 do Código de Ética da Magistratura esclarece algumas finalidades legais que precisam ser cumpridas pelo órgão julgador. Dentre elas se destaca a imparcialidade, a fim de assegurar a legitimidade e a legalidade nos atos processuais, como o encargo das provas, e, principalmente, a manutenção de distância em relação às partes, sob pena de favorecimento de alguma delas.

Além do Código de Ética e da Constituição do Brasil, a LOMAN (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), no artigo 26, destaca as hipóteses de perda do cargo mediante processo administrativo e que uma dessas possibilidades está inserida no item “c”: exercício de atividade político partidária.

A parcialidade do magistrado Sérgio Moro também foi objeto de questionamentos e esclarecimentos na sentença que condenou o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Neste sentido, é relevante que se realizem algumas transcrições de itens em que o Juiz citado busca sempre justificar sua atuação e que considera esta suspeição ou mesmo impedimento do juízo um problema irrelevante.

---

<sup>75</sup> SERRANO, Pedro Estevam; STRECK, Lenio Luiz. **Moro comete infração ao tirar férias para montar equipe do novo ministério**. 5 nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-05/opiniao-moro-comete-infracao-tirar-ferias-montar-equipe-ministerial>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2019.

<sup>76</sup> Art. 7: A independência judicial implica que ao magistrado é vedado participar de atividade político-partidária.

<sup>77</sup> Art. 95: I – vitaliciedade [...]; II- inamovibilidade [...]; III- Irredutibilidade de subsídio [...].

Assim, no item 49<sup>78</sup> o juiz considera esse tema já superado. Nos itens 57, 65 e 138, o Magistrado utiliza em demasia a palavra “diversionismo”. É assim que ele denomina os argumentos trazidos pela defesa do ex-Presidente, em que até mesmo diz que são lamentáveis. Ele assinala, ainda, que consiste em uma estratégia da defesa.

No item 138<sup>79</sup> atribui ao ex-Presidente a posição de vítima nos argumentos trazidos pela sua defesa. Já no item 149<sup>80</sup>, caracteriza as medidas processuais realizadas pelos advogados de defesa dos réus como questionáveis, entre eles, a defesa do ex-Presidente, cerceando desta maneira e intimidando a defesa, no exercício do direito ao contraditório.

As motivações judiciais mencionadas a respeito de a legitimidade e da legalidade quanto à competência do magistrado são exaustivamente explanadas por cerca de 20 laudas na sentença condenatória em detrimento do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, sendo duas expressões muito utilizadas pelo Magistrado, como a negativa de “guerra jurídica” contra o réu, e em relação aos argumentos trazidos pelo ex-Presidente, segundo o juiz Sérgio Moro, constitui em mero “diversionismo”.

Finalmente, como alguns dos últimos argumentos na sentença do juiz Sérgio Moro, ele expõe opinião a respeito o caso, em que afirma não haver qualquer “satisfação” na condenação do ex-Presidente, atribuindo ainda à imagem do ex-Presidente, como “lamentável” sua condenação. Estas afirmações constaram no item 961.<sup>81</sup>

A imparcialidade é uma característica essencial e inerente ao cargo da magistratura no desempenho das suas funções, não podendo ser renunciada ou mesmo dispensada. A realização de juízos valorativos, morais e depreciativos à honra e à

---

<sup>78</sup>Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/LulaSENT1.pdf/view>. Acesso em 4 de Janeiro de 2019. Item 49: “Trata-se de questão já superada” (p.9)

<sup>79</sup>Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/LulaSENT1.pdf/view>. Acesso em 4 de Janeiro de 2019. Item 138: No fundo, portanto, é mais uma tentativa de diversionismo em relação ao mérito da acusação e de apresentar o ex-presidente como vítima de uma “guerra jurídica”. (p. 24)

<sup>80</sup>Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/LulaSENT1.pdf/view>. Acesso em 4 de Janeiro de 2019. Item 149: Apesar do disposto nos tópicos anteriores quanto as medidas processuais questionáveis tomadas pela Defesa de Luiz Inácio Lula da Silva [...] (p. 30)

<sup>81</sup>Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/LulaSENT1.pdf/view>. Acesso em 4 de Janeiro de 2019. Item 961: Por fim, registre-se que a presente condenação não traz a este julgador qualquer satisfação pessoal, pelo contrário. É de todo lamentável que um ex-presidente da República seja condenado criminalmente, mas a causa disso são os crimes por ele praticados e a culpa não é da regular aplicação da lei. Prevalece, enfim, o ditado “não importa o quão alto você esteja, a lei ainda está acima de você”. (p. 218).

imagem do réu, além de crime, poderá atribuir suspeição do Magistrado no processo ou impedimento para atuar em determinada diligência. Neste sentido, a Lei Orgânica da Magistratura, no artigo 36, III<sup>82</sup>, proíbe aos juízes tais depreciações ou atribuição de adjetivação pessoal do juiz em relação ao réu.

Alguns doutrinadores, advogados, juízes, procuradores, dentre outros do âmbito jurídico, se posicionaram quanto à nomeação do juiz Sérgio Moro para Ministro da Justiça, relatando as implicações advindas do aceite em relação ao convite feito pelo presidente eleito Jair Bolsonaro. Assim, foi refletido por Vilardi que,

“[...] legitima o discurso da parcialidade e não faz bem ao Judiciário que juízes tornem-se protagonistas com objetivos políticos. Ainda que não tenha sido o objetivo de Moro, é o que poderá transparecer”<sup>83</sup>. (VILARDI, 2018).

Os magistrados necessitam atuar com prudência, diligência e dignidade, dentre outras obrigações legais, como as inseridas no artigo 1º do Código de Ética da Magistratura. Os juízes são cidadãos, eleitores e, assim, com preferências eleitorais, mas nunca podem se valer de seu cargo para objetivos políticos e assim buscarem nomeações políticas.

Lenio Streck acentua que “[...] Moro, ao aceitar o Ministério da Justiça, partidariza a justiça. E coloca gasolina na fogueira de todos os pedidos de suspeição e impedimento feitos contra ele. Desde a divulgação da conversa de Dilma e Lula [...]”<sup>84</sup> (STRECK, 2018).

O aceite para o cargo de ministro no atual Governo Federal teve ainda contrariedades no aspecto da condenação e prisão do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, antes do pleito eleitoral de 2018, em que era um dos adversários políticos direto do presidente eleito, Jair Bolsonaro.

Nesse aspecto, analisa-se esse aspecto sob a perspectiva de que “[...] Lula era o grande opositor do Bolsonaro. Então, entendo que os diversos levantamentos de que

---

<sup>82</sup> Art. 36, III: [...] juízos depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

<sup>83</sup> POMPEU, Ana. Decisão de moro de aceitar cargo de ministro reforça críticas de parcialidade. 1.nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-01/decisao-moro-aceitar-ministro-reforca-criticas-parcialidade>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2019.

<sup>84</sup> POMPEU, Ana. Decisão de moro de aceitar cargo de ministro reforça críticas de parcialidade. 1.nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-01/decisao-moro-aceitar-ministro-reforca-criticas-parcialidade>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2019

havia parcialidade, e isso foi questionado inclusive em tribunais internacionais, estão agora evidenciados com ele aceitando ser ministro”.<sup>85</sup>

Segundo Luis Henrique Machado, é possível analisar o estado da nomeação em questão sob dois prismas: Sérgio Moro

[...] é um excelente nome para o Ministério da Justiça pela sua competência e, sobretudo, dedicação à agenda anticorrupção. Todavia o flerte político ao aceitar o convite para a pasta feito pelo candidato eleito pode colocar uma nuvem de suspeição [...].

Em suma, o aceite para Ministro da Justiça pelo magistrado Sérgio Moro ocasiona questionamentos sobre sua imparcialidade de atuação processual no caso do ex-Presidente Luiz Inácio pelos motivos já expostos. Além do mais, a polêmica é entendida também no sentido de tal nomeação poder produzir precedentes no âmbito do Poder Judiciário, o que descumpra a legalidade constitucional bem como o ordenamento referente à magistratura para agir sob o viés político partidário.

---

<sup>85</sup> POMPEU, Ana. Decisão de moro de aceitar cargo de ministro reforça críticas de parcialidade. 1.nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-01/decisao-moro-aceitar-ministro-reforca-criticas-parcialidade>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2019

## 5. CONCLUSÃO

No Brasil, por mais de 15 anos de 1960 a 1980, foi vivenciado no País uma fase ditatorial, marcada pelo governo de militares, das forças armadas. Em relação a este tempo descrito, foi característica a relativização dos direitos fundamentais, como o contraditório e a ampla defesa, devido processo legal, presunção de inocência, motivação das decisões judiciais, dentre outros.

Em 1988, com a entrada em vigor da Constituição Brasileira, ocorreu também a valorização e necessidade de cumprimento aos princípios garantes do devido processo legal, bem como dos direitos fundamentais dos cidadãos, sendo nessa perspectiva um novo paradigma normativo para o Judiciário e também aos procedimentos processuais.

A democracia na América Latina, especificamente no Brasil, se mostra vulnerável em razão de muitos fatos polêmicos ocorridos recentemente. De maneira exemplificativa, em 1992, ocorreu o *impeachment* de Fernando Collor de Melo e seu afastamento da Presidência da República. Já em 2016 houve o *impeachment* da presidente Dilma Rousseff. Por fim, em 2018, foi preso o ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, um dos maiores líderes populares, de reconhecimento internacional e com dois mandatos presidenciais.

Alguns fatores, como foram descritos na dissertação, contribuem para o agravamento da crise democrática, como é o caso do inimigo do Direito Penal. Este, numa democracia, é perseguido pelo poder estatal e midiático a fim de extingui-lo do âmbito social, pelo fato, por exemplo, de exercer liderança religiosa, política, em que poderia colocar em risco as pretensões estatais e de determinados setores que se beneficiam do governo vigente.

Outro fator que contribui para a crise da democracia é o ativismo judicial que tem como uma de suas características realizar política criminal. Esta se dá pelos juízos valorativos, moralistas, e “justiceiros”, em que o magistrado se aproveita da sua condição julgadora e atuando de maneira protagonista para proferir e assim decidir o que é moralmente correto para a sociedade, mesmo que nesse caso tenha que se descumprir alguma garantia fundamental.

Por fim, outra razão que enfraquece a democracia no Brasil e, assim, também o Estado de Direito é o populismo penal midiático. O Direito constitucional de liberdade e

manifestação de opiniões, liberdade de imprensa, é confundido com manifestações políticas jornalísticas, moralizando determinadas situações, realizando “julgamentos” espetaculosos por meio das empresas televisivas sobre os investigados e réus, a fim de que se levem à condenação.

Desta maneira, em desconformidade à Constituição e imparcialidade com que se deve nortear, a mídia torna-se uma importante aliada dos “juízes justiceiros” em que num só discurso e justificativa de “realizar justiça” não se cumprem direitos fundamentais do acusado para que se efetive o devido processo legal; pelo contrário, a perseguição criminal e a condenação “são regras que devem ser cumpridas, ainda que viole o princípio da presunção de inocência”.

Esses elementos, dentre outros, foram centrais para que contribuíssem para a crise democrática atual no Brasil, bem como são aspectos que colaboraram para a prisão do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva em 2018. A perseguição ao ex-Presidente por meios midiáticos e pelo Estado, exercida, na esfera jurídica, principalmente pelo magistrado Sérgio Moro, foi constante.

Um dos atributos que demonstram essa perseguição criminal ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foram as frequentes matérias jornalísticas envolvendo seu nome e o partido a que é filiado, Partidos dos Trabalhadores. A todo tempo uma notícia que falasse sobre política e mesmo que não fosse relacionada ao ex-Presidente, buscava citá-lo, a fim de depreciar sua imagem, honra, e criminalizá-lo.

A atuação do juiz Sérgio Moro na “Operação Lava-Jato” é inconstitucional e que repercute no âmbito social e jurídico. Como um dos réus desta operação, teve o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva o qual foi condenado em 2018 pelo Magistrado citado.

Uma de suas atuações ilegais foi a autorização para interceptação telefônica entre a Presidente (à época) Dilma Rousseff e o ex-Presidente. Vale mencionar, como visto anteriormente, que a Presidente da República possuía foro privilegiado e assim não era de competência do Magistrado de 1º instância intervir nas comunicações, e que no caso, foi Sérgio Moro. Com base na publicidade e interesse público, o juiz fundamentou tal decisão. Esta, entretanto, foi inconstitucional e sem amparo legal, pois não se cumpriram as garantias fundamentais constitucionais aos interlocutores.

Outra atividade arbitrária não condizente com o Estado Democrático de Direito pelo juiz Sérgio Moro foi a condução coercitiva do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para depor no aeroporto de Congonhas. É que essa modalidade de depoimento

exige intimação prévia, recusa do depoente, dentre outras peculiaridades que não foram cumpridas pelo juiz. O próprio Supremo Tribunal Federal reconhece a ilegalidade de se conduzir forçosamente o investigado, e testemunha para prestar depoimentos em juízo, com violação dos direitos constitucionais garantidos na Constituição de 1988, o direito ao silêncio e a livre locomoção. Certamente as medidas foram distorcidas e inconstitucionais, inclusive com ausência de contraditório e a ampla defesa.

Um dos acontecimentos de maior polêmica e que certamente trazem dúvida também à atuação do juiz Sérgio Moro no caso do ex-Presidente, foi o aceite para ser Ministro da Justiça e Segurança Pública no Governo Federal eleito em 2018, de Jair Bolsonaro, o qual era adversário político direto do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Neste sentido, a vitória de Jair Bolsonaro beneficiou o magistrado Sérgio Moro, que assumiu um dos ministérios mais importantes do Governo Federal.

A nomeação do juiz Sérgio Moro como Ministro da Justiça reforça os questionamentos de juristas na atuação do caso Lula, bem como a suspeição arguida pela defesa do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva a respeito do Magistrado. As incompatibilidades também se dão pela violação ao Código de Ética da Magistratura, Lei Orgânica da Magistratura e Constituição Federal. É que o juiz Sérgio Moro, gozando das férias do cargo de juiz de Direito, realizou atividade político-partidária, na mesma medida em que, nesse período, organizou o ministério que lhe foi designado.

Com efeito, em relação à suspeita de parcialidade do juiz Sérgio Moro relativamente ao processo envolvendo o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva tem fundamento e se justifica pelos diversos acontecimentos citados. Em tais circunstâncias, seria exigível outra atitude do Juiz à época, como o afastamento do processo contra o ex-Presidente ou mesmo se designasse suspeito para julgar o caso de Luiz Inácio Lula da Silva.

Neste sentido, deve o Judiciário se nortear com o intuito da preservação da segurança jurídica, como, por exemplo, no cumprimento da legalidade, garantir os direitos fundamentais do réu, seguir os entendimentos jurisprudenciais, a fim de que não se cometam excessos, não se julgue de maneira política com intenções pessoais ou ainda, em nome da moral e dos costumes, desconsidere o que está no ordenamento jurídico vigente, agindo de maneira excepcional, mediante aparente legalidade.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEM, Giorgio. **Estado de Exceção**. Lisboa/ Portugal: Edições 70, 2010.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boi tempo, 2004.
- ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Kruger; GRANADO, Daniel Willian. **Processo Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BACK, Charlott. Direito Penal do Inimigo (político); In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. **Comentários a uma sentença anunciada**. Bauru-SP: Canal 6, 2017, p.106-110.
- BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Rio de Janeiro: **Thesis**, vol.5, nº 1, 2012, p. 23-32.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**. As consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BEDÊ JÚNIOR, Américo; Senna, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BEZERRA, Diego Monteiro; LOPES, Lidiane Moura. A influência do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito**. a. XII, n. 15, p. 57-67, 2013.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; STRECK, Lênio Luiz. Ainda há juízes no Brasil (!) Em busca da legalidade perdida, 14 dez. 2015. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2015-dez-14/ainda-juizes-brasil-busca-legalidade-perdida>

Acesso em: 29 de Out. 2018.

BOTTINO, Thiago. A inconstitucionalidade da condução coercitiva. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)**. Ano 24. Nº 285. Ago./ 2016, p. 4-6.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAETANO, Flavio Crooce. O desrespeito ao exercício da advocacia e a ruptura do princípio da imparcialidade judicial; In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. **Comentários a uma sentença anunciada**. Bauru-SP: Canal 6, 2017, p.165-172.

CARDOSO, Oscar Valente. Direitos Fundamentais do Processo: Devido Processo Legal e Devido Processo Justo. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n.117, p.61-71, dez./2012.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CASTRO, Matheus Felipe. O martelo moro: a “Operação Lava Jato” e o surgimento dos juízes *partisans* no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 136. Ano 25. p. 293-319. São Paulo: Ed. RT, Out./ 2017.

CABRAL, Camilla Cavalcanti Rodrigues. **Interceptação telefônica: análise da Lei nº 9296/1996 segundo o entendimento dos Tribunais Superiores**. 18 abr. 2016. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/index.php?artigos&ver=2.55665>. Acesso em: 3 de Janeiro de 2019.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e lava jato**. Porto Alegre: Citadel, 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal à luz da Constituição**. São Paulo: Edipro, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelligrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

CITTADINO, Gisele; MOREIRA, Luiz; Aliança política entre mídia e judiciário ( ou quando a perseguição torna-se implacável) In: MARTINS, Cristian Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael. **O Caso Lula**. São Paulo: Astrea, 2017, p. 81-94).

CONDE, Francisco Munõz. **Introducción al derecho penal**. Buenos Aires: Editorial B de F., 2003.

COSTA, Fabrício Veiga. Imparcialidade do Juízo x a Consciência do Julgador no Ato de decidir: Um estudo crítico sob a Ótica da Processualidade Democrática. **Revista Dialética de Direito Processual**. Fortaleza. n.138, p. 20-36, set./2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal. **Revista Brasileira de ciências criminais**. Salvador, a. 15, n. 67, p. 212-252, jul/ago, 2007.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI. **Poderes Selvagens**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA FILHO. **Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrini. Anotações sobre o devido processo legal: da magna carta à constituição. **Revista Latina- Americana de Estudos Constitucionais**. Fortaleza, a.13, n.15, p. 665-692, maio./ 2014.

FONSECA, Thiago da Silva. Proteção do direito à vida privada e do direito à intimidade na ordem constitucional brasileira e na convenção europeia de direitos humanos. **Publicações da escola da AGU**. Brasília, v.39, n. 02, p. 1-280, out./dez.2015.

GARCIA, R.A.C; JORGE, A.B. Interceptação telefônica – Lei 9296/1996 e a relativização dos direitos fundamentais. Immes (Instituto Matonense Municipal de Ensino Superior). Revista Matriz Online. Disponível em: [http://immes.edu.br/novo\\_site/wp-content/uploads/2017/10/2017-Intercepta%C3%A7%C3%A3o-Telef%C3%B4nica.pdf](http://immes.edu.br/novo_site/wp-content/uploads/2017/10/2017-Intercepta%C3%A7%C3%A3o-Telef%C3%B4nica.pdf). Acesso: 22 de Janeiro de 2019.

GOMES, Marcus Alan de Melo. Crítica à cobertura midiática da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 24, vol.122, p. 229-253, ago./ 2016.

GONÇALVES, Antonio Baptita. Direito Penal do Inimigo e a globalização: quando a exceção se torna a regra – uma análise crítica. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, a.107, v. 414, p. 3-23, jul./dez. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Ativismo, discricionariedade judicial e a problemática da política criminal. **Revista CEJ**. Brasília, Ano XVIII, n. 63, p. 47-56, mai/ago. 2014, p. 47-56.

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

JAKOBS, Günter. **Direito Penal do Inimigo**. São Paulo: Livraria do advogado, 2005.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. 2. Tiragem. Lúmen Júris, 2009.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a Fundamentação das decisões**. Minas Gerais: Mandamentos, 2002.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo, 10. ed. São Paulo: LTr, 2012.

LIMA, Fernando Antônio Negreiros. **Teoria Geral do Processo Judicial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Fernando Antônio Negreiros. **Teoria Geral do Processo Judicial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LHUMANN, NIKLAS. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Paulus, 2005.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. São Paulo: Atlas, 2017.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. Princípio nemo tenetur se detegere no estado democrático de direito. **Revista dos Tribunais**. ano 103, mar. 2014. vol. 941, p.145-176.

MARTINS, Tamira Almeida. O embate dos princípio da legalidade e da moralidade na jurisdição eleitoral brasileira. **Revista brasileira de direito eleitoral**. Belo Horizonte, a.6, n. 11, p. 145-176, jul./dez, 2014.

MARTINS, Tamira Almeida. O embate dos princípios da legalidade e da moralidade na jurisdição brasileira. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral**. Belo Horizonte, a. 6, n.11, p.145-176, jul./dez. 2016.

MATTEDI, Milton Carlos Rocha. **Estado de exceção e pluralismo político**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

MASI; MOREIRA. Criminologia cultural e mídia: um estudo da influência dos meios de comunicação na questão criminal em tempos de crise. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 22, mai./jul. 2014, p. 437- 460.

MORAIS, Laio Correia; MARQUES, Vitor. Lula, o inimigo a ser combatido; In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João

Ricardo. **Comentários a uma sentença anunciada**. Bauru-SP: Canal 6, 2017, p. 284-288.

MOREIRA, Thiago dos Santos. **O espetáculo do direito penal midiático proporcionado pelos programas policiais e a ofensa aos direitos fundamentais**, 5 jan. 2018. Disponível em: <https://www.abracrim.adv.br/artigos/o-espetaculo-do-direito-penal-midiatico-proporcionado-pelos-programas-policias-e-a-ofensa-aos-direitos-fundamentais> Acesso em: 3 de Janeiro de 2019.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. A relação entre juristocracia e ativismo judicial: os direitos fundamentais em risco. In: ROSA, Alexandre de Moraes da; TRINDADE, André Karam; TASSINARI, Clarissa (org.). **Hermenêutica, constituição, decisão judicial**: Estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 187-209.

NOVO, Benigno Núñez. Condução coercitiva. 12. Mar. 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,conducao-coercitiva,590430.html>. Acesso em: 17 de Janeiro de 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Bruno Queiroz. **A crise da legalidade penal no constitucionalismo contemporâneo**. Florianópolis: Conceito editorial, 2018.

PAULA, Leonardo de. Da publicidade, da nulidade e do controle das decisões judiciais, quem está acima da lei? In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. **Comentários a uma sentença anunciada**. Bauru-SP: Canal 6, 2017, p. 304-308.

PEREIRA, Anna Beatriz Batista dos Santos. **A (in) constitucionalidade da condução coercitiva**. Rio de Janeiro. 2017. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2017/pdf/AnnaBeatrizBatistadosSantosPereira.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2017/pdf/AnnaBeatrizBatistadosSantosPereira.pdf). Acesso em: 15 de Janeiro de 2019.

POMPEU, Ana. Decisão de moro de aceitar cargo de ministro reforça críticas de parcialidade. 1.nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-01/decisao-moro-aceitar-ministro-reforca-criticas-parcialidade>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2019

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 7. ed. Porto Alegre, 2008.

PRESOTI, Fábio Passos; SANTIAGO NETO, José de Assis. O processo penal constitucional e o devido processo legal como garantia democrática. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, v.14, n. 2, p.1-368, jul./dez, 2013.

PREUSSLER, Gustavo de Souza. Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação Lava Jato como processo penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Ed. RT, a. 25, v. 134, p. 87 - 107, 2017.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira. A imparcialidade do Juiz; In: MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS; Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. **O Caso Lula. A luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil**. São Paulo: Editorial Astrea, 2017, p.159-192.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SANCHEZ, Diego Emanuel Arruda. **As interceptações e seus limites constitucionais: análise jurídica sobre a divulgação do diálogo entre Lula e a presidente Dilma Rousseff**. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18316&revista\\_caderno=3](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18316&revista_caderno=3). Acesso em: 5 de Janeiro de 2019.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

SERRANO, Pedro Estevam; STRECK, Lenio Luiz. **Moro comete infração ao tirar férias para montar equipe do novo ministério**. 5 nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-05/opiniaio-moro-comete-infracao-tirar-ferias-montar-equipe-ministerial>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Otávio Pinto e. Uso e abuso da condução coercitiva. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. **Comentários a uma sentença anunciada**. Bauru-SP: Canal 6, 2017, p. 402-404.

SIMI, Felipe Haigert. **O populismo penal midiático e sua vingativa de punir**. Brasil, 21 fev. 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/02/21/o-populismo-penal-midiatico-e-sua-forma-vingativa-de-punir/> Acesso em: 5 de Janeiro de 2019.

SOHSTEN, Natália França Von. **Populismo Penal no Brasil: o verdadeiro inimigo social que atua diretamente sobre o direito penal**. Brasil. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13214](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13214) . Acesso em: 7 de Janeiro de 2019.

SOUZA, Artur César de. Imparcialidade do juiz: similitudes e diferenciação em relação aos demais princípios constitucionais. **Revista de Processo**. São Paulo v. 270, p. 57-83, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: livraria do advogado, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.589.

STRECK, Lênio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Joaçaba**. Santa Catarina, v.17, n.3, p.721-732, set./dez. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Periculum in moro!** É lei ou não é? Eis a questão. 19 nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-19/lenio-streck-periculum-in-moro-lei-ou-nao-eis-questao> Acesso em: 15 de Janeiro de 2019

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. "Über den Begriff der Geschichte (1942). In: \_\_\_\_\_. *Gesammelte Schriften*. Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1972-1989. V. 2.2. [Ed. bras.: Franz Kafka: **a propósito do décimo aniversário de sua morte**. In: Obras escolhidas. Trad. e org. Sergio Paulo Rouanet. São Paulo, Brasiliense, 1985. V. I.]

VALIM, Rafael, **Estado de exceção: a forma do neoliberalismo**. São Paulo: Conta corrente, 2017.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 9. ed. São Paulo: Malheiro, 2006.

ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2016.