

Lenio Streck: O (pen)último texto sobre a suspeição de Moro



Lenio Luiz Streck
jurista e professor

Tenho assistido com certo desânimo os debates sobre a suspeição do ex-juiz

Moro. Independentemente das inclinações pessoais do leitor, gostaria de oferecer algumas balizas para superar esse impasse ou, ao menos, "limpar o campo" para divergências mais produtivas. E essas balizas vêm da teoria do direito. É estranho constatar isso, mas o direito é uma das poucas áreas do conhecimento na qual as pessoas se orgulham de ser "anti-teóricos".

Ocorre que sempre teorizamos, mesmo quando dizemos que não. Por trás de nossa prática sempre há uma teoria. Até o maior dos materialistas tem de aceitar o paradoxo de estar propondo uma teoria. Até o pragmata precisa de uma teorização para rejeitar a teoria.

Pois bem. Há vários modos de analisar o "caso da suspeição" do ex-juiz Moro. Hoje quero fazer uma limpeza, abrir uma clareira nessa floresta densa que é o fenômeno formado pela "lava jato" e forçatarefa, os diálogos capturados, a operação spoofing que, de modo transversal, acabou por validar as mensagens hackeadas, assim como os conceitos de (im)parcialidade, *lawfare* e agir estratégico do Ministério Público. Bola ao chão. E então ao centro do campo.

Como fazer isso? Simples e complexo. E faço-o a partir de um autor que é muito caro à doutrina jurídica do mundo e de muitos ministros das Cortes brasileiras. Falo de Ronald Dworkin e seu conceito de agulhão semântico, positivismo e criterialismo. Parecem palavras difíceis, mas tentarei urbanizar essa província.

Como ocorre com praticamente qualquer caso jurídico (engana-se quem diz que isso só se dá nos "casos difíceis", isto é, os casos sem uma solução direta "à mão" do freguês), *podemos ter sobre ele divergências empíricas e divergências teóricas*. As primeiras são autoexplicativas. *Desacordos empíricos são desacordos sobre os fatos: aconteceu ou não aconteceu?* Pense num caso comum de trânsito, de responsabilidade civil. Ocorreu o fato? Meu carro bateu ou não bateu no seu? Podemos divergir. Mas desacordos empíricos são de mais fácil resolução. **É mais fácil concordar empiricamente.**



Temos verificações possíveis, no sentido forte da palavra. Provas factuais.

Já os desacordos teóricos estão em outra esfera. Não discordamos sobre os fatos. Não discordamos sobre o direito aplicável ao caso. Não discordamos sobre as leis ou precedentes relacionados. *Mas discordamos sobre os fundamentos do próprio direito e as exigências desses fundamentos diante do caso concreto.*

Utilizando esses conceitos, podemos organizar o debate sobre a suspeição nos seguintes pontos:

1. Temos convergência sobre as questões empíricas, isto é, os diálogos são o que são. Eles existem. Estão revelados. E periciados. E tratam de relações inapropriadas entre acusação e juiz.
2. Neste caso, como consequência, se não temos divergência quanto as questões empíricas, resta-nos saber se temos divergências teóricas (técnico-jurídicas) sobre o significado do empírico (sendo bem simples: qual é "o nome da coisa"?). Vamos discutir, então, se o direito admite ou não admite esse tipo de comportamento. Aqui, *tertius non datur*.
3. Para que alguém insista numa divergência empírica, seria preciso negar a existência dos diálogos, ou aceitar que eles tenham ocorrido, mas minimizar sua frequência.

Diante desse tipo de negacionismo, é despiendo discutir divergências teóricas. Porque se o empírico é negado, não há espaço para discutir acerca do que o direito tem a dizer sobre as consequências do empírico.

Portanto, admitido que tenhamos convergência sobre o empírico (os diálogos existem e dizem o que dizem), resta-nos enfrentar as divergências teóricas sobre o significado jurídico do empírico, isto é, o fenômeno empírico pode ser nominado de "suspeição-parcialidade"?

Eis o clarear da clareira. Temos de responder à pergunta: **sobre o que estamos divergindo?**

E é aqui que essa questão tão complexa, de diálogos e *hackers* e negativas e desculpas e normalizações e julgamentos e tentativas de não julgamento e justificações e notas na imprensa e manchetes e GloboNews e "narrativas" e manifestações com um juiz fantasiado de herói e protestos em frente a casa de ministro do Supremo... fica fácil.

Sim, fácil. Veja-se: não temos desacordos empíricos. Os diálogos estão aí e foram periciados. Temos também convergência no sentido de que, mesmo que derivados de ilicitude, os diálogos podem favorecer à defesa.

Eis o possível desacordo teórico: é legítimo que juiz e acusação assim procedam?

Desacordos teóricos, lembremos, *são desacordos sobre os fundamentos do direito*. Aquilo que



entendemos como sendo 'direito' ou não sendo 'direito'.

Aqui, leitor, é por isso que estou sempre fazendo menção e retornando àquela que é a pergunta fundamental. O que é isto — o direito. Essa é a pergunta que surge e volta a todo tempo. E volta agora no “caso da suspeição”. O que é isto — o direito?

Nesse ponto, entramos na discussão sobre como resolver desacordos teóricos¹. O critério que emana da obra de Dworkin é a *coerência*. Para que uma interpretação do que o direito exige naquele caso demonstre ser superior às outras, *ela deve ser capaz de oferecer um maior ajuste aos elementos interpretados e um conjunto de justificações mais consistente*. Podemos dizer que ela deve apresentar uma "teoria" superior às demais.

Dessa maneira, não vale criar uma interpretação *ad hoc* para aquele caso, que contrarie todo o resto do Direito. Quem defender que não houve suspeição de Moro está obrigado a praticamente declarar a inconstitucionalidade do CPP nesse ponto, rever toda a jurisprudência e rasgar bibliotecas de doutrina sobre o processo penal. *Teorias consistentes não convivem bem com anomalias, gambiarras e excepcionalidades*.

Diante disso, sou tentado a negar que exista mesmo um desacordo teórico genuíno sobre a suspeição de Moro, no sentido de uma verdadeira disputa interpretativa sobre o que o direito exige ali. Com todo o respeito — e sempre sou lhano nas discussões — *parece-me que o que existe, mesmo, é um lado interpretando o CPP e o outro lado inventando uma decisão sem qualquer ligação com o direito brasileiro* — isto é, uma defesa de que o tribunal deve decidir assim, *simplesmente porque acham que seria melhor para o país ignorar uma nulidade processual gritante como essa*. Bom, isso é consequencialismo. Porém, ainda assim resta uma questão: consequencialismo a favor de quem? Bom para quem? Para Moro? E a história institucional do Direito? Desaparece?

De novo: O Direito admite diálogos como aqueles? O CPP admite? A CF admite?

Pois é. Não me parece que seja o caso. Ou é normal que, com tudo aquilo que foi consagrado desde que inaugurado o paradigma constitucional de 1988 — e o ordenamento é um todo coerente, não um apanhado de regrinhas recortadas —, juiz atue como chefe de acusação?

Desacordos teóricos são parte do Direito. E, como não há desacordo empírico, é possível que alguém venha aqui e diga que sim, que tudo aquilo é normal, é legítimo. Bem, não sou um relativista. Acho que quem disser isso estará errado. Objetivamente errado. Não, não é normal. Assim como torturar crianças é errado em qualquer lugar do mundo. Há, assim, um mínimo de objetividade a ser considerada.

Mas vamos lá. Ainda que se diga que é normal, aquele que assumir essa postura tem de estar preparado para ir com ela até o fim. E não vai poder reclamar quando o réu for outro. E esse réu pode ser, um dia, o próprio sujeito quem diz que isso tudo é normal.

Esse é o busílis. Agora é ver se o VAR vai mandar o jogo seguir ou se vai apontar a infração da qual até o juiz fez parte.



1 A famosa discussão sobre os desacordos é levantada por Dworkin para denunciar a incapacidade do positivismo, com sua visão empirista, de dar conta de aspectos fundamentais do fenômeno jurídico. Assim, o desafio que ele lança inicialmente é como explicar os desacordos teóricos. Um outro problema que enfocamos aqui é: como resolver esses desacordos teóricos? Toda obra de Dworkin oferece o coerentismo como modelo para tanto. Outros autores, como Cass Sunstein e Jeremy Waldron, podem ser lidos como continuadores desse outro debate.

Autores: Redação ConJur