

Despojos da “lava jato”

*Here is no water but only rock
Rock and no water and the sandy road
The road winding above among the mountains
Which are mountains of rock without water
If there were water we should stop and drink
Amongst the rock one cannot stop or think
Sweat is dry and feet are in the sand
If there were only water amongst the rock
Dead mountain mouth of carious teeth that cannot spit
Here one can neither stand nor lie nor sit*



330-340)

Georges Abboud
professor e advogado

Terminada a guerra, contam-se os despojos. Tudo aquilo que a violência do conflito ocultava ou que a nossa inevitável parcialidade de contemporâneos nos impedia de ver fica mais claro e uma análise mais ponderada de determinadas situações torna-se possível. Passados alguns anos de seu ápice glorioso, a operação "lava jato" deixa nas mãos daqueles interessados em pensar seriamente o país a árdua tarefa de mitigar os prejuízos decorrentes de uma devassa feita sob o signo do combate à corrupção.



Existem duas premissas. Primeiramente, o combate à corrupção é não só desejável como essencial a uma democracia constitucional madura. Em segundo lugar, tal combate pode e deve ser levado a cabo sem a destruição de reputações ou a bancarrota de empresas importantes à economia do país. Hoje, essa conclusão é mais fácil de ser dita e defendida, por essa razão, é impossível não render homenagens a alguns juristas que enxergaram, antes de todos, os riscos degenerativos da "lava jato". De nossa parte, homenageamos Pedro Serrano, Walfrido Warde, Rafael Valim e Lenio Streck, dentre outros nomes que também fariam justiça a essa referência.

Já tratamos em diversos de nossos escritos como o adágio do *combate à corrupção* tornou-se um simples *enunciado performático*, na acepção que John L. Austin dá à expressão: trata-se de enunciados despidos de qualquer sentido e, por isso mesmo, não podemos submetê-los a testes de veracidade ou validade [1].

Transposta para a realidade da argumentação jurídica, tais enunciados servem como uma luva ao ativismo judicial, especialmente àquele que denominamos especificamente *ativismo performático* [2], e o enunciado do *combate à corrupção* pode servir também como traço distintivo dos ativismos que denominamos *messiânico* ou *puramente consequencialistas* [3].

O juiz — ou, mais especificamente, o aparato estatal organizado em torno dum objetivo específico (o suposto combate à corrupção) — surge como alguém disposto a encaminhar a sociedade ao verdadeiro progresso, buscando atingir certas consequências que ele, juiz, julga as melhores, através dos meios disponíveis [4].

Os resultados devastadores da operação "lava jato" estão à disposição daqueles que queiram vê-los: a normalização da violação de garantias processuais penais, a espetacularização de prisões e conduções coercitivas e a celebração de acordos de leniência e acordos de colaboração premiada abusivos e financeiramente devastadores às empresas envolvidas.

Infelizmente, o curto espaço deste artigo não permite que nos atenhamos às formas por meio das quais um combate disfuncional da corrupção pode prejudicar o país. Para nossa sorte, o ilustre advogado e pensador brasileiro Walfrido Warde já fê-lo por nós [5].

A hipótese que procuraremos desenvolver neste breve texto é a seguinte: a forma com que o aparato estatal organizado em torno da "lava jato" enfrentou a corrupção no país caracteriza o chamado *Estado de Coisas Inconstitucional* ["ECI"], a respeito do qual o STF já se debruçou no bojo da ADPF 347, ocasião em que tratou das condutas omissivas e comissivas do Estado que colocaram em crise grave e permanente o sistema prisional brasileiro.

É bem verdade que já nos posicionamos de forma crítica ao ECI [6] e evidentemente ainda sustentamos que a técnica decisória não deve ser vista como uma espécie de *ativismo judicial do bem*. Contudo, não pudemos deixar de perceber que a figura do ECI possui potenciais explicativos ainda não explorados pelo STF, especialmente quando articulado em conjunto com a temática da *degeneração* do direito.



O presente texto é uma releitura do ECI buscando efetuar uma compatibilidade epistemológica com o que denominamos de paradigma da proceduralização descrito em nosso *Direito Constitucional Pós-Moderno*.

Como se sabe, o ECI é uma técnica decisória tirada da prática da Corte Constitucional da Colômbia a partir da decisão SU-559, de 6/11/1997. Trata-se de "figura jurisprudencial" que caracteriza uma situação de violação massiva e repetida de direitos humanos ao qual se atribuem "falhas estruturais" das políticas de Estado [7].

O ECI converge com aquilo que César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco denominam "litígios estruturais", ou seja, casos dotados das seguintes características: (1) afetam um grande número de pessoas que alegam, diretamente ou por meio de entidades representativas, violações aos seus direitos; (2) envolvem vários *braços* do Estado responsáveis pelas falhas sistemáticas em políticas públicas; e (3) envolvem uma solução complexa, ou seja, o juiz da causa determina que as várias entidades públicas atuem coordenadamente para a proteção de toda a população (e não somente dos demandantes) [8].

Não há, no ECI, um *ato normativo específico* do Poder Público a ser combatido; a violação ocorre através de uma plêiade de ações (e/ou omissões) do Estado. Tal circunstância já permite uma primeira aproximação com aquilo que em nosso *Processo Constitucional Brasileiro* denominamos um novo paradigma da jurisdição constitucional: o julgamento, pelo STF, de *temas* ao invés de atos normativos específicos [9].

Entendemos, contudo, que um passo adiante é agora possível. O *diagnóstico* do ECI — a tomada de consciência da impotência do Judiciário frente aos problemas das sociedades hipercomplexas, do qual decorre a necessidade de uma atuação coordenada dos Poderes na tomada de soluções estruturais e procedimentais que envolvam temas complexos — torna possível sua assimilação crítica ao paradigma da proceduralização.

Em situação recente, o STF deparou-se com a necessidade de enfrentar o tema da letalidade de operações policiais em comunidades, naquela que foi batizada de "ADPF das Favelas" (nº 635), ajuizada após a lamentável chacina ocorrida no Jacarezinho, no Rio de Janeiro, em 6/5/2021. Ainda mais triste é que passado um ano do ocorrido a história se repetiu — novamente como tragédia — com outra ação policial sanguinária, desta vez na Vila Cruzeiro.

Além de oferecer uma resposta material exemplar à violência desmedida das operações policiais, a "ADPF das Favelas" permitiu que o STF retomasse um caminho de funcionalização específica desse instrumento processual como especificamente voltado ao enfrentamento de situações de elevada complexidade [10]. No bojo da ADPF 760-DF o ECI voltou às atenções do STF no voto da relatora ministra Carmen Lúcia ao reconhecer o ECI das políticas públicas ambientais brasileiras [11].



Não podemos perder de vista que o mundo contemporâneo, descrente das grandes narrativas, traz consigo, ao mesmo tempo, o aumento formidável da complexidade interna das sociedades, e a crítica, cada vez mais feroz, das velhas estruturas hierárquicas de organização social. O conhecimento e as informações acerca dos temas de maior relevância social circulam pelas redes e plataformas digitais de comunicação, modelos de produção autônomos e independentes.

A sociedade pós-moderna se vê, portanto, dividida em vários sistemas autônomos, como o direito, a economia, a ciência, os meios de comunicação de massa etc. O indivíduo não pode mais ser definido à moda do século 19, somente em função da história e da tradição cultural.

Ele emerge, no *Admirável Mundo Novo* de Aldous Huxley, como um dos novos focos emanadores da racionalidade pública, papel que antes cabia ao Estado, à exclusão de todos os outros setores da sociedade. Um dos traços distintivos da pós-modernidade é a sua crescente complexidade. Esta deve ser compreendida como a interação de sujeitos e informações em planos múltiplos de modo a estruturar uma infinidade de novas interações.

Na pós-modernidade, para que o direito não caia em obsolescência, ele precisa incorporar a reflexividade de modo a conseguir se transformar em uma estrutura dotada de capacidade cognitiva de aprendizado. Um exemplo disso, pode-se dizer, foi a fixação de critérios cumulativos para a decretação de prisões temporárias (ADIns 4.109 e 3.360). O STF, colhendo os frutos amargos da experiência prática, interveio na forma regulatória típica da jurisdição constitucional contemporânea.

A complexidade gerada pela crescente fragmentação da sociedade das redes só pode ser enfrentada, ou potencialmente resolvida, por meio de uma nova racionalidade, heterárquica e experimental, que deverá antecipar as possibilidades de falha e o surgimento de consequências nefastas, sempre se arranjando e rearranjando, conforme o aprendizado que se obtém da prática [\[12\]](#).

A "face oculta" da "lava jato", quando viu a luz do dia, revelou um verdadeiro aparelhamento das estruturas do Estado para um combate agressivo e ineficiente da corrupção que teve como vítima a própria sociedade, que sofreu com os nefastos efeitos econômicos da crise que se instalou com a bancarrota das empresas e a disseminação de uma imagem absolutamente negativa e repulsiva ao grande capital estrangeiro.

Nesse aspecto, o ECI é fundamental porque as ilegalidades da "lava jato", se vistas de forma isolada, não permitem depreender o estado de degeneração alcançado. Pelo contrário, somente quando olhamos, de forma holística, para as diversas ilegalidades perpetradas é que vislumbramos como uma parcela significativa do Estado se degenerou em um punitivismo ideologicamente persecutório. O ECI nos possibilita enxergarmos além da ilegalidade do caso concreto para visualizarmos a degeneração. Aqui reside nossa revisão sobre o ECI. O ECI, compreendido à luz da proceduralização, é um conceito que nos permite enxergar a floresta para além das árvores.



Dito de outra forma: o *modus operandi* da "lava jato" instaurou um *Estado de Coisas Inconstitucional*, ou seja, um problema estrutural que atinge a sociedade em diversos "âmbitos" — político, econômico, jurídico etc. — e só pode ser resolvido a partir de uma atuação conjunta de diversos ramos do Estado e da sociedade civil.

É bom ressaltar que, a despeito da relevância incalculável da temática debatida na ADPF 347 — *leading case* do ECI no STF — não se tratava de uma temática propriamente *complexa*, mas, antes, da pura falha reiterada e sistemática na adoção de políticas públicas carcerárias eficientes. Coisa muito diversa ocorre com o *Estado de Coisas Lavajatista* que colocou o direito na posição de *prestador de desequilíbrios funcionais* diversos: as medidas tomadas pela operação repercutiram nos sistemas jurídico, político, econômico etc.

É absolutamente essencial, em nossa visão, que o STF volte ao enfrentamento do ECI para explorar as potencialidades de seus diagnósticos e, com suporte nos mecanismos oferecidos pelo paradigma do *direito procedural*, estabeleça a possibilidade de soluções dialogadas, menos traumáticas e mais eficientes ao combate à corrupção, seja revendo erros do passado ou prevenindo-os de se repetirem no futuro.

[1] John L. Austin, *How to do Things With Words*. 2.ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975, p. 4 e ss.

[2] Georges Abboud, *Processo Constitucional Brasileiro*, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 10.2.1, p. 1533 e ss.

[3] Não é demais lembrar que a tipologia das cicatrizes ativistas por nós proposta em nosso *Processo Constitucional Brasileira* é meramente didática. Cf. *Ibidem*, n. 10.2, p. 1.531-1.533.

[4] A esse respeito, Cf. Maira Scavuzzi, *Juízes fazem justiça? decisão judicial e democracia constitucional*, Casa do Direito, 2021; e Georges Abboud, Maira Scavuzzi e Matthäus Kroschinsky, Consequencialismo, teoria da decisão e jurisdição constitucional, in: *Revista dos Tribunais*, vol. 1.038, abril/2022, pp. 249-279.

[5] Cf. Walfrido Warde, *O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país*, Leya, 2018.

[6] Cf., por todos, *Processo Constitucional Brasileiro*, n. 6.11.1, p. 1.285.

[7]



César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p. 13.

[8] *Ibidem*, p. 15.

[9] *"Em contrapartida, a atuação da jurisdição constitucional em face de uma determinada temática, se adequadamente calibrada perante o paradigma da autonomia do direito, pode se materializar em uma revolução paradigmática do constitucionalismo contemporâneo. Fazemos essa assertiva porque, apesar de a jurisdição constitucional, ao analisar temas, aumentar sobremaneira seus poderes, trata-se de mudança que poderia proporcionar maior integridade e coerência à funcionalização do STF. Se adequadamente compreendida essa mudança, poderia haver alto ganho qualitativo nas decisões da jurisdição constitucional."* Georges Abboud, *Processo Constitucional Brasileiro*, cit., nº 3.19.4.1, p. 702.

[10] *"É cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver (i) uma violação generalizada de direitos humanos; (ii) uma omissão estrutural dos três poderes; e (iii) uma necessidade de solução complexa que exija a participação de todos os poderes."* STF, Tribunal Pleno, ADPF 635 MC, rel. min. Edson Fachin, j. 18/8/2020, DJe 2/6/2022.

[11] *"As políticas públicas ambientais atualmente adotadas revelam-se insuficientes e ineficientes, portanto constitucionalmente inválidas, para atender o comando constitucional de preservação do meio ambiente e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pela extrema gravidade e urgência que a questão representa."* ADPF 760, rel. Min. Carmen Lúcia, p. 155/159 do voto.

[12] Cf. Georges Abboud, *Direito Constitucional Pós-Moderno*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, Parte III.

Meta Fields