

Bastardo inglório ou meramente suspeito?

ALBERTO ZACHARIAS TORON

“Não percebo”, disse Alice. “É terrivelmente confuso”. “É a consequência de se viver para trás”, disse a Rainha afavelmente. “Ao princípio fica-se um pouco entontecido”. [...] “Que espécie de coisas se lembra melhor?”, arriscou-se Alice a perguntar. “Oh, das coisas que aconteceram na semana que vem”, respondeu a Rainha num tom descuidado. “Por exemplo, agora”, continuou, pondo um grande adesivo no dedo enquanto falava, “estou a lembrar-me do Mensageiro do Rei. Está agora na prisão a ser castigado; e o julgamento não começa senão na próxima quarta-feira; e é evidente que o crime só virá no fim”.⁷¹

(Lewis Carroll, em *Alice do outro lado do espelho*)

1. O tema da imparcialidade no processo penal

Sobra razão a Gustavo Badaró quando afirma que “a palavra juiz não se compreende sem o qualificativo de imparcial”.⁷² Não é por outra razão que a Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada ao direito brasileiro⁷³ por meio do Decreto n° 678/1992, é clara ao dispor no seu artigo 8°, item 1, o seguinte: “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 [...]”.

71 CARROLL, Lewis. *Alice do outro lado do espelho*, Lisboa: Editorial Estampa, 1971 *apud* MARTINS, José de Souza Martins. *Sobre o modo capitalista de pensar*. São Paulo: Hucitec, 1978. p. IX e 43.

72 BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 40.

73 No RE n° 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 04.06.09, o STF decidiu que a CADH tem *status* de diploma supralegal.

Assim, a falta de previsão expressa na Constituição Federal da exigência de um juiz imparcial ficou suprida na medida em que o Brasil se tornou signatário de tratados internacionais de direitos humanos que preveem expressamente essa garantia.

Em outro trabalho, Gustavo Badaró leciona que, muito embora a Constituição Federal não traga uma previsão expressa sobre a garantia de um juiz imparcial, é bastante claro, pela interpretação de seus demais princípios, que se trata de uma garantia constitucional implícita que decorre de princípios como a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, o Juiz natural e a ampla defesa, entre outros.⁷⁴ Gilmar Mendes é cirúrgico: “Integra também o conceito de juiz natural, para os fins constitucionais, a ideia de imparcialidade”, “isto é, a concepção de ‘neutralidade e distância em relação às partes’ (‘Neutralität und Distanz des Richters gegenüber den Verfahrensbeteiligten’).”⁷⁵

De outro lado, conforme ensina Antônio Scarance Fernandes, a garantia do Juiz natural (artigo 5º, LXIII, CF) não se limita ao Juiz competente segundo regras preestabelecidas, mas “é com essa garantia que fica assegurada a imparcialidade do juiz, vista não como seu atributo, mas como pressuposto da própria existência da atividade jurisdicional”.⁷⁶

Enfim, se, como garantia implícita ou em virtude da introjeção no ordenamento jurídico nacional dos tratados que versam expressamente sobre a questão, tanto faz. O fato é que a imparcialidade do Juiz é considerada, nas palavras de Aury Lopes Junior, “um ‘princípio supremo do processo’ e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reparto judicial justo”.⁷⁷ Não fosse assim, não teríamos regras de impedimento e suspeição dos juízes.

Bem por isso, ao reconhecer a suspeição de certo magistrado que oficiava numa Vara Especializada em São Paulo, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região proclamou: “XXI - A imparcialidade do Juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente, assegurando às partes que não sofram o arbítrio das autoridades do Poder Judiciário ao prestarem a tutela jurisdicional” (Exceção de suspeição criminal nº 0006145-22.2009.4.03.6181/SP, Rel. Des. Fed. Cecília Mello).

Fixadas essas premissas sobre a importância da imparcialidade do Juiz para o exercício da jurisdição, nada melhor do que examinar um pouco do que se passou em algumas das ações penais ocorrentes na operação Lava Jato, que já dura mais de seis anos.

74 BADARÓ, Gustavo. Direito a um julgamento por um juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do Juiz nos sistemas em que não há a função do Juiz de garantias. Disponível em <http://www.badaroadvogados.com.br/?p=331>. Acesso em: 21 ago. 2014.

75 GILMAR, Mendes. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva – IDP, 2007. p. 545.

76 FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 115.

77 LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 183.

2. A cena forense na Lava Jato

Desde o começo da fase ostensiva da Operação Lava Jato, o Juiz que a tocava dava sinais claros de sua parcialidade. Proferia decisões cautelares e interlocutórias indicativas de que já havia julgado e condenado os acusados. Mais: deixava nítido, desde a fase instrutória, que, escancaradamente, buscava confirmar a tese acusatória.

2.1. As audiências

Com a reforma em 2008 do Código de Processo Penal, as partes inquiriam a testemunha em primeiro lugar, e o juiz, se for o caso, supletivamente, apenas para esclarecer algum ponto omissis, é que formula perguntas⁷⁸ (CPP, artigo 212, parágrafo único). No ponto, Antonio Magalhães Gomes Filho observa:

“A nova regra adotada pelo legislador brasileiro para a produção da prova testemunhal tem suas raízes no sistema adversarial anglo-americano, no qual prepondera na atividade probatória a iniciativa dos interessados, tanto na proposição como na produção da prova”.⁷⁹

Mas, na Lava Jato, não era assim; o Juiz seguia o sistema presidencialista: ele presidia e buscava a prova.

Com o pretexto de “esclarecer”, destruía-se a prova feita pela defesa e se construía a da acusação. Para exemplificar: A título de “esclarecimentos do juízo”, o Juiz fazia perguntas que induziam a testemunha ou colaborador a afirmar as condutas imputadas na peça acusatória do Ministério Público Federal. Ao perguntar sobre o “clube” que supostamente os empresários teriam formado, ele “questionava” se o aumento da eficiência deste se dava por meio da cooptação de diretores da Petrobrás e se essa cooptação se dava por meio do pagamento de propina e se, por fim, o clube definia previamente quem iria ganhar a licitação e repassava essa informação aos diretores “cooptados”:

[...] Juiz Federal: Mais esclarecimentos do juízo também. Aqui vou pedir desculpas também por eventualmente me repetir, mas pra ficar uma ordem clara aqui. O senhor mencionou que a partir de 2003, 2004, houve um aumento da eficiência do clube?

Depoente: Sim.

Juiz Federal: Pelo que eu entendi, pela cooptação dos diretores?

78 STF: HC n° 111.815, Rel. p/ Acórdão em Min. Luiz Fux, *DJe* 14.02.18; STJ: HC n° 147.282, Rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 16.11.10. No mesmo sentido: HC n° 137.089, Rel. Min.ª Laurita Vaz, *DJe* 02.08.10; HC n° 180.705, Rel. Min.ª Laurita Vaz, *DJe* 28.06.11.

79 GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (Coord.). *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Thompson Reuters, Brasil, 2018. p. 455.

Depoente: Perfeito, exato.

Juiz Federal: E essa cooptação dos diretores se dava mediante pagamento de propina?

Depoente: Sim, senhor.

Juiz Federal: Como funcionava? O clube definia previamente quem iria ganhar a licitação e isso era repassado aos diretores? O senhor pode me esclarecer?

Ou seja: sem qualquer provocação da defesa ou da acusação, foram feitas “perguntas” que já continham todos os elementos para a condenação dos acusados pelos crimes de organização criminosa (“houve um aumento da eficiência do clube?”), cartel (“O clube definia previamente quem iria ganhar a licitação e isso era repassado aos diretores?”) e corrupção (“E essa cooptação dos diretores se dava mediante pagamento de propina?”).

Insatisfeito, o Juiz ia além, tentando alterar as respostas do colaborador acerca do objetivo do alegado pagamento de propina, para corroborar a tese acusatória. Respondendo a perguntas do MPF e da defesa, o colaborador Augusto Mendonça Neto disse, de forma categórica, que a vantagem indevida era paga para que o diretor da Petrobrás “não atrapalhasse” as empresas e que era “inimaginável” não contribuir:

Depoente: Ele [diretor] pode prejudicar desde não convidar; retirar com algum argumento do processo licitatório; pode atrapalhar, e muito, o andamento dos contratos... Porque eles... ajudar é difícil, muitas vezes pedimos ajuda para os diretores com relação a problemas que aconteciam nas obras e os diretores não tinham o poder de ajudar, mas de atrapalhar eles sempre tinham um poder importante, de modo que era muito mais no sentido de atrapalhar do que ajudar. Eu diria que seria inimaginável não contribuir ou não fazer com que se comprometeu contribuir

[...]

Depoente: O poder, como eu estava falando, o poder de um diretor da Petrobrás pra atrapalhar é muito grande

Mas, chegada a hora de seus “esclarecimentos”, o Juiz “questionou” se a propina “era necessária para que fossem convidadas as empresas repassadas” e, não satisfeito com a resposta do colaborador – que deixou claro que o pagamento era exigido pelos diretores no momento da assinatura do contrato, para que a empresa pudesse fazer a obra – “perguntou”: “Então a propina era paga pra que ele respeitasse a indicação das empreiteiras?”:

Juiz Federal: Essa vantagem que era paga, essa propina que era paga aos diretores, então, era necessária pra que fossem convidadas as empresas repassadas?

Depoente: Sim. Na verdade, o assunto do pagamento das comissões sempre era uma coisa que era discutida com os diretores na fase de assinatura do contrato, um pouco antes ou um pouco depois, mas eles eram quem procuravam

as empresas diretamente, pelo menos foi o que aconteceu no nosso caso, mas era uma parte do combinado, pra que determinada empresa fosse assumir o compromisso de fazer determinado pagamento era necessário que ela ganhasse a obra, e pra isso deveriam ser convidadas aquela listagem de empresas.

Juiz Federal: Então a propina era paga pra que ele respeitasse a indicação das empreiteiras?

Depoente: Sim, principalmente.

Mais adiante, o Juiz procurou fazer prova da alegada fraude à licitação, que não era objeto da acusação no processo em que se ouvia o colaborador:

Juiz Federal: E nessas licitações que abria a Petrobrás, aí participavam só as empresas do Clube?

Depoente: Normalmente, sim. Durante um período isso foi efetivo.

Juiz Federal: E o senhor mencionou anteriormente, o que era combinado efetivamente é que as empreiteiras que não ganhariam apresentariam propostas pra perderem isso?

Depoente: Sim.

Juiz Federal: Então era burlada a licitação da Petrobrás, na prática?

Depoente: Na prática era combinado entre as empresas quem iria ganhar.

A parcialidade do Juiz também ficou clara nos “esclarecimentos” referentes ao depoimento de Julio Gerin de Almeida Camargo. O trecho a seguir mostra como o Juiz procurou induzir o colaborador a confirmar que os empresários tinham conhecimento do pagamento da vantagem indevida, mesmo depois de Julio Camargo já ter respondido que isso não era discutido com os empreiteiros:

Juiz Federal: O senhor mencionou no seu depoimento que como a regra do jogo exigia das empresas o pagamento de propinas, além do fato de firmar os contratos de consultoria pra fazer frente a propinas, acredita que os representantes das empresas para as quais atuou sabiam dos pagamentos da vantagem indevida. É isso ou eles não sabiam?

Depoente: Formalmente não sabiam. Agora, como era regra do jogo, e todos eles participavam do mesmo mercado... Eu nunca conversei com eles sobre isso.

Juiz Federal: Quando eles contrataram, eles sabiam que o senhor ia adotar esse tipo de procedimento pra obter sucesso nessa contratação?

Depoente: Doutor, eles me deram uma missão; fazia parte do meu contrato obter o sucesso.

Juiz Federal: Quando o senhor disse que isso era uma regra do jogo, esse conhecimento era comum dentro desse meio da Petrobrás e das empreiteiras?

Depoente: Eu diria que a partir de 2008, 2009, essa regra do jogo não diria que era 100%, mas era bastante conhecida.

Foi tão nítido o pendor acusatório do juiz, que o veterano advogado Antonio Claudio Mariz de Oliveira, em plena audiência, advertiu o Juiz de que “sua pergunta ca-

beria mais ao representante do Ministério Público”. E com razão! Basta dizer que o signatário deste texto, também em audiência, protestou veementemente contra a postura do Juiz que ia facilitar a resposta para o delator Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, é só ver:

Defesa: O senhor levou alguma vez este tipo de lista com ele pra lá ou o viu levar?

Depoente: Não, senhor.

Defesa: Como o senhor sabe disso pra fazer essa afirmação?

Depoente: Porque era importante que o convite fosse restrito a uma quantidade de empresas.

Defesa: Tá, mas eu pergunto, como é que o senhor sabe que ele levava alguma lista?

Depoente: Porque ele era a pessoa que fazia os contatos com a Petrobrás.

Defesa: Sim, ele fazia os contatos com a Petrobrás, isso é inegável, mas a pergunta é: como é que o senhor sabe que ele levava essa lista, já que o senhor não levava com ele?

Depoente: Eu não sei se ele levava uma lista, se ele falava ou como era feita esta comunicação, mas o fato é que...

Defesa: Havia uma comunicação?

Depoente: Para uma determinada licitação, era discutida uma lista de empresas que iriam participar e isto era discutido com a Petrobrás.

Defesa: O senhor não sabe se era uma lista ou se ele levava de boca, mas que ele levava, levava. Esse é o seu conhecimento?

Depoente: Sim.

Defesa: E como é que o senhor sabe que ele levava, se o senhor não levava com ele e nem participava dessa interlocução?

Depoente: Porque as empresas convidadas eram as que deveriam ser convidadas.

Defesa: Ou era a Petrobrás que as convidava?

Depoente: Quem convidava é a Petrobrás, porém era dentro das empresas que deveriam ser efetivamente convidadas.

Juiz Federal: Conferia então com o resultado da prévia definição pelas empreiteiras, é isso?

Depoente: Sim. Aliás, eu posso deduzir que de alguma forma essa lista chegava à Petrobrás.

Defesa: O senhor deduz isso como?

Juiz Federal: Porque é...

Defesa: Não, Vossa Excelência vai responder por ele?

Juiz Federal: Não, mas...

Defesa: Aliás, eu queria lançar meu protesto aqui, com a devida e máxima vênua à pessoa de Vossa Excelência, magistrado que todos nós respeitamos, mas

as perguntas de Vossa Excelência, muitas delas já tinham as respostas e eram profundamente induzidas pra confirmar, com a devida vênia, a hipótese acusatória. Eu já disse...

Juiz Federal: Desculpa, eu fui gentil ao senhor e...

Defesa: Não, Vossa Excelência sempre foi muito gentil e eu também estou sendo gentil, porque esse é o sentimento de todos, agora eu lavro meu protesto aqui, está lavrado, como isso vai ser valorado futuramente... Ok, mas está dito.

Juiz Federal: Tá bom, doutor, chega de perguntas.

Mais claro impossível em termos de parcialidade. Não por acaso, no já citado acórdão do TRF³, relativo à exceção de suspeição de magistrado federal atuante na jurisdição criminal em São Paulo, ficou expresso o seguinte:

[...] Não estando satisfeito com as respostas dadas, o magistrado pode e deve complementar a inquirição da testemunha, buscando elucidar os pontos não esclarecidos, consoante dispõe o artigo 212, § único, do CPP.

XIV - Diversa é a hipótese dos autos em que o excepto prosseguiu repetindo perguntas sobre pontos já esclarecidos pela testemunha e sobre os quais não pairavam dúvidas, restando claro o seu inconformismo com as respostas dadas, a evidenciar sua pretensão na obtenção de respostas diversas das que efetivamente foram dadas.

XVI- O modo como procedeu demonstra que o excepto perdeu a isenção necessária ao julgador, assumindo uma das partes na relação processual na busca da prova para a acusação.

É precisamente o caso do então Juiz que conduzia a Lava Jato em Curitiba! Despu-doradamente, buscou a prova para a acusação, muito, aliás, à moda do Juiz inquisidor de outras épocas e que ele ressuscitou.

2.2. Prisão preventiva

Mas o Juiz escancarou de vez sua parcialidade, mostrando claramente que via os acusados como culpados, realizando nítido prejulgamento, quando veio a decretar nova prisão preventiva contra alguns dos empresários que estavam prestes a ter seus *habeas corpus* julgados pelo STF. Para que não pairarem dúvidas, vejamos os seguintes excertos da referida decisão:

Despacho em conjunto nos processos 5002238-79.2015.4.04.7000;
50022465620154047000, 5002763-61.2015.4.04.7000 e
50027705320154047000

[...]

Grandes empreiteiras do país, entre elas a UTC Engenharia e a Camargo Correa, se reuniam, acertavam entre elas os resultados das licitações da Petrobrás, fraudavam as licitações para que a empresa previamente definida ganhasse o certame e para impor o seu preço nas obras, pagavam, em cada grande contrato da Petrobrás, propinas dirigidas a diretores e empregados da Petrobrás e a agentes públicos, como o ex-Diretor Paulo Roberto Costa, entregavam os valores a profissionais da lavagem, como Alberto Youssef ou Julio Gerin Camargo (grifamos).

O esquema criminoso foi revelado, em detalhes, em depoimentos prestados por criminosos colaboradores, como Paulo Roberto Costa, Alberto Youssef, Augusto Ribeiro e Julio Gerin Camargo, além de encontrar apoio em significativa prova documental e no depoimento de testemunhas. As provas estão detalhadas nos decretos das preventivas.

Sim, para bom entendedor meia palavra basta. As grandes empresas se reuniam... “acertavam entre elas os resultados das licitações da Petrobrás, fraudavam as licitações para que a empresa previamente definida ganhasse o certame e para impor o seu preço nas obras”. O caráter assertivo das ações não deixa dúvida: “acertavam”, “fraudavam” e “impor”. Não há qualquer relativização ou matização. As ações se passaram; foi assim; já estava julgado! Os crimes, só resta concluir, ocorreram. O Juiz já os havia constatado e “sentenciara” antes de julgar, *avant la lettre*.

Depois, o Juiz explicitou: “pagavam, em cada grande contrato da Petrobrás, propinas dirigidas a diretores e empregados da Petrobrás e a agentes públicos, como o ex-Diretor Paulo Roberto Costa, entregavam os valores a profissionais da lavagem, como Alberto Youssef ou Julio Gerin Camargo”. Novamente se nota com clareza a assertividade das sentenças gramaticais da decisão: “pagavam propinas”, “entregavam valores a profissionais da lavagem”.

Não satisfeito com o prejulgamento do caso que ainda estava, ao menos formalmente, para ser julgado, o Juiz, afirmando a existência dos crimes que, insista-se, iria julgar, registra:

A ilustrar que os crimes não se resumem aos praticados contra a Petrobrás, relewa destacar que, incidentemente, surgiram indícios veementes do pagamento de propina pela UTC/Constran a servidores do Governo do Maranhão da gestão passada, inclusive ao ex-chefe da Casa Civil, para obtenção de liberação de precatório milionário pelo Estado [...]

De fato, além dos crimes contra a Petrobrás – que desde logo dava como certos – aponta o caso do Maranhão que nem estava sob sua alçada (estava no STJ sob a re-

latoria do Min. Luiz Felipe Salomão (Sindicância 431) e, depois, por decisão do STJ, entregue à justiça do Maranhão e ali arquivado).

Da forma como o Juiz conduziu o processo, foi, como dizem os comentaristas de futebol, para a defesa, meramente, “cumprir tabela”, pesa dizê-lo.

Até mesmo notícias de imprensa, que o próprio Juiz havia afirmado não estarem devidamente apuradas, vieram a servir como “fato superveniente” para uma nova decretação da prisão preventiva contra alguns empresários que se viam acusados. Para lembrar: A revista *Veja* havia publicado no começo de fevereiro de 2015 que os advogados teriam ido ao Ministro da Justiça para discutir a questão da prisão dos empresários e para que ele intercedesse junto aos ministros do STF na questão da soltura. Na semana seguinte, a *Veja* publicou outra matéria, dizendo que não haviam sido os advogados que teriam procurado o Ministro, mas este é que os havia chamado para discutir o tema das delações.

O Juiz, no seu infinito autoritarismo, sequer “tolerava” que se discutissem as questões do processo com o então Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo. Ele havia dito nos autos ser intolerável que

“emissários dos dirigentes presos e das empreiteiras pretendam discutir (grifei) o processo judicial e as decisões judiciais com autoridades políticas, em total desvirtuamento do devido processo legal e com risco à integridade da Justiça e à aplicação da lei”.

Verdade ou não que o Ministro da Justiça influiria nas prisões preventivas, não cabia ao Juiz, ao reprovar a suposta conduta dos advogados, fazer isso refletir sobre os acusados e impor-lhes uma nova prisão. Afora a desmedida e inédita demonstração de autoritarismo e truculência.

Sim, o Juiz presumia veraz a ocorrência de encontros – fortemente contestados pelo próprio Ministro da Justiça e também pelos advogados – de que o processo correria risco. Com isso, mais uma vez, como nos vazamentos seletivos em meio à investigação, mobilizava-se a opinião pública contra os réus, governo e, quem sabe, demovia-se algum magistrado “incauto”, ou com medo da opinião pública, de decidir os *habeas* a favor de algum acusado. O Juiz pendia sempre para o lado punitivo, da acusação.

O Juiz da Lava Jato fazia lembrar a figura do Juiz iracundo, tão bem descrita pelo saudoso Hélio Tornaghi, “que se prevalece da sua posição para tratar os advogados com desprimor ou as partes com dureza. Que confunde autoridade com tirania ...”.⁸⁰ Essa

80 TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. XVI.

segunda prisão preventiva decretada contra alguns empresários era tão arbitrária que o próprio TRF da 4ª Região veio a revogar. Obviamente, nenhum órgão da imprensa noticiou a revogação da preventiva, salvo a jornalista Mônica Bergamo, da *Folha de São Paulo*, em pequena nota.⁸¹

Incompatíveis com a imparcialidade, portanto, todas as situações de “pré-juízo”, dentre elas a do magistrado que, de alguma forma, tenha expressado juízo de valor sobre o crime ou sua autoria, ou mesmo sobre a pessoa do réu, já que tais juízos de valor demonstram falta de isenção para proferir sentença e, sendo o caso, proceder à dosimetria da pena.

A Corte Constitucional italiana, inclusive, estendeu o conceito de imparcialidade por pré-julgamento a qualquer situação na qual o magistrado tivesse valorado, de alguma forma, a responsabilidade do acusado,⁸² exatamente o que aconteceu no caso dos autos.

Como asseverou o eminente Min. Cezar Peluso no julgamento do HC nº 94.641, a qualidade de imparcialidade

“corresponde à condição de originalidade da cognição que irá o Juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja, ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir. Como é óbvio, sua perda significa falta da isenção inerente ao exercício legítimo da função jurisdicional.”⁸³

Por isso, o “super” Juiz não reunia as condições constitucionalmente impostas para julgar a causa, já que é

“suspeito o Juiz que, ainda que inconscientemente, faz considerações apriorísticas nos autos com relação às partes, denotando, à evidência, falta de serenidade para decidir a causa e comprometendo a majestade da justiça, que deve prevalecer sempre em qualquer julgamento” (RT 591/296).

Segundo Franco Cordero, citado por Marco Aurélio Mafarron,

“o chamado ‘primado da hipótese sobre os fatos’ revela-se como a situação, típica do sistema processual inquisitório, na qual são considerados e relevados

81 Edição de 17 abr. 2015.

82 TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2002. p. 70-71.

83 STF, HC 94.641, Rel. p/ Acórdão Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 06.03.2009.

apenas os significantes confirmadores da acusação, desprezando os demais. Nesses casos, forma-se um ‘quadro mental paranoico’ em que praticamente não há espaço para a defesa e o contraditório pouco influi”, e complementa para dizer que “esse ‘modus’ de raciocinar juridicamente revela fortes traços de pensamento metafísico, porque estabelece critérios de verdade (identidade) ou falsidade (diferença) de acordo com a compatibilidade ou não com os parâmetros contidos na premissa fundante em que se crê”.⁸⁴

2.3. Testemunhas de defesa

O comportamento do Juiz nas audiências e nos despachos lançados representa um aspecto da questão. Para se ter uma ideia, até mesmo quanto às testemunhas arroladas pela defesa tempestivamente na resposta à acusação, o Juiz impunha que se esclarecesse

“previamente a relevância e pertinência da oitiva dos referidos agentes públicos, inclusive se de fato têm ou não conhecimento sobre o objeto da imputação e o que poderiam esclarecer a respeito”.

Curioso é que idêntico procedimento não era tomado em relação à acusação.

Com a insistência da defesa na oitiva das testemunhas arroladas e sem a reclamada explicação quanto à pertinência, o Juiz despachou:

“a recusa em prestar meros esclarecimentos” configura “abuso do direito de defesa e não é razoável em contexto no qual é necessário imprimir celeridade ao feito, já que há acusados presos, e considerando os ônus, talvez desnecessários, causados ao serviço judiciário e igualmente às próprias testemunhas”, deferiu a oitiva das testemunhas “somente para evitar alegações de nulidade”.

Mas, ao intimar as testemunhas, enviou cópia da sua decisão na qual descreveu os motivos pelos quais acreditava que os depoimentos não seriam pertinentes ao caso. Minava e intimidava as testemunhas de defesa. Com a enorme publicidade do caso na mídia, ninguém queria depor.

⁸⁴ MAFFARON, Marco Aurélio. Quadro mental paranoico não pode imperar na solução de casos jurídicos. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, 14 jul. 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jul-14/constituicao-poder-quadro-mental-paranoico-nao-imperar>. Acesso em: 21 de agosto de 2014.

2.5. O problema é o processo

Em 29 de março de 2015, sob o sugestivo título “O problema é o processo”, o Juiz da Lava Jato e o então Presidente da Associação dos Juízes Federais – AJUFE, Antonio Cesar Bochenek, publicaram, no *Estado de São Paulo*, artigo que diz respeito aos processos da Operação Lava Jato. Além da manifesta violação ao artigo 36, III, da Lei Orgânica da Magistratura – que impede que juízes se manifestem na mídia sobre processos pendentes de julgamento – o texto revelou o que já era evidente: o Juiz da causa já havia se convencido da existência de crime no caso concreto.

Não há margem para dúvida. Os juízes afirmam categoricamente que houve pagamento de propina e superfaturamento de obras e que as empresas fornecedoras da Petrobrás estavam envolvidas em um “esquema criminoso”:

A Petrobrás sofreu danos econômicos severos, ilustrados pelo pagamento de propinas milionárias a antigos dirigentes e pelo superfaturamento bilionário de obras. Além dos danos imediatos, a empresa sofreu grave impacto em sua credibilidade. A própria economia brasileira, carente de investimentos, sofre consequências, com várias empresas fornecedoras da Petrobrás envolvidas no esquema criminoso.⁸⁵

Será que, ao final, o Juiz seria capaz de reconhecer, por exemplo, que as obras não foram superfaturadas (como inclusive revelou Paulo Roberto Costa em petição lançada nos autos)? Hoje conhecemos a resposta.

O curioso é que, no referido artigo jornalístico, o Juiz referia que o processo e suas garantias eram um estorvo. Reclamava da necessidade da prisão logo na sentença de primeiro grau em casos graves; claro, como o que ele cuidava. Um escárnio se pensarmos que a Constituição presume a inocência das pessoas até o trânsito em julgado (CF, artigo 5º, inciso LXVII).

2.6. O prazo para a manifestação da defesa

Mesmo o prazo para a apresentação das respostas defensivas correu sem que se tivesse acesso a documentos referidos na própria denúncia. O prazo exíguo de 10 dias para a resposta à acusação, mesmo que esta não seja exauriente, era francamente insuficiente diante da enormidade de documentos e outras ações que deveriam ser verificadas, pois, nesse espaço de tempo, também corre o prazo para a apresentação de exceções, como, por exemplo, a de incompetência. Aliás, para que se tenha uma

⁸⁵ BOCHENEK, Antonio Cesar. O problema é o Processo. *Estadão* – Política, São Paulo, 29 mar. 2015. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>. Acesso em: 18 jul. 2020.

dimensão da grandeza das coisas, o TRF4 já havia dito sobre a Operação Lava Jato: “a definição da competência depende obrigatoriamente da análise das investigações e do conjunto probatório, reunido em milhares de áudios e de mensagens colhidas (até o momento cerca de 28.000 arquivos de áudio, 2.000 mensagens SMS, mais de 10.000 mensagens)”.⁸⁶ Mas, mesmo assim, o Juiz queria que em 10 míseros dias, a defesa apresentasse a resposta à acusação.

Por outro lado, não deixa de ser curioso que, mesmo nos processos eletrônicos, como eram as ações penais da Lava Jato, a multiplicidade de acusados não tenha implicado a concessão do prazo em dobro, como foi na Ação Penal 470 perante o STF, mas que nunca foi concedido às defesas.

Se o Juiz estava a proferir sentenças condenatórias com penas altíssimas sem examinar todo o material que mandou apreender, ou simplesmente não queria permitir a defesa que exercitasse o exame crítico das provas, algo, em qualquer caso, criticável. Não se pode obrigar a defesa, que tem o direito e o dever de ser ampla, a se defender sem ter acesso à íntegra de tudo o que lhe interessa ou possa interessar. Era igualmente injusto dar à defesa 10 ou 20 dias para analisar uma quantidade gigantesca de provas, das quais o Juiz e a Força-Tarefa do Ministério Público Federal conheciam ao menos desde 2004, ano do primeiro inquérito dessa Operação Lava Jato. Para justificar e inviabilizar a dilação de prazo, dizia-se que os réus estavam presos, mas a própria autoridade que havia imposto a prisão se utilizava disso contra a defesa dos encarcerados.

Fez-se tábula rasa da regra constante do artigo 8, item 2, alínea “c”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “[...] Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] concessão ao acusado de tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa”.

2.7. Dificuldades com o *habeas corpus*

Aqui um parêntese: para o TRF da 4ª região os *habeas corpus* não tinham lugar para remediar o cerceamento de defesa. É só ler a ementa de um deles:

1. A impetração de *habeas corpus* destina-se a corrigir eventual ilegalidade praticada no curso do processo, sobretudo quando houver risco ao direito de ir e vir do investigado ou réu. Significa dizer que o seu manejo, a fim de discutir questões processuais, deve ser resguardado para situações excepcionais, quando houver flagrante ilegalidade e que afete sobremaneira a ampla defesa.
2. Eventual discussão a respeito de quaisquer vícios materiais e formais da prova poderá ter lugar no curso da própria ação penal ou mesmo em sede recursal,

⁸⁶ Tribunal Regional Federal – 4ª Região, HC nº 5007601-32.2014.404.0000, Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto.

não restando demonstrado flagrante constrangimento ilegal capaz de provocar a suspensão dos atos processuais.

3. Não conhecida da impetração da ordem de *habeas corpus* e julgado prejudicado o pedido liminar.⁸⁷

O próprio STJ, por sua Quinta Turma, também estreitava o cabimento dos *habeas corpus*, como que a chancelar as decisões do Juiz que cerceavam a defesa. A ementa do RHC 50.758 é expressiva:

02. O Código de Processo Penal dispõe que, “nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias” (artigo 396). O prazo é peremptório (CPP, artigo 798). Não há disposição legal que permita ao Juiz alongá-lo a requerimento do réu – que afirma ser imprescindível para que possa examinar todas as provas que alicerçam a denúncia.⁸⁸

Essa era a tônica dos pronunciamentos da 8ª Turma do TRF4 e também da 5ª Turma do STJ. O juiz, literalmente, fazia o que queria, pois tinha ao seu lado não apenas os Tribunais, mas a opinião pública. Anos depois, coube ao jornalista Élio Gaspari, em inspirado texto (“O inferno de Moro, uma tragédia brasileira”, *Folha de S. Paulo*), explicar a atitude do então Juiz Sérgio Moro no processo a que respondeu Aldemir Bendine, ex-Presidente da Petrobrás, na 13ª Vara Criminal de Curitiba:⁸⁹ “Para Moro, a conta do faço porque-posso veio na semana passada, com a decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal”. Achava, “mas não podia”.

Isso mesmo, o Juiz insistiu em que o prazo para a entrega dos memoriais dos acusados delatores e delatado deveria ser comum, isto é, este não precisava saber da acusação emanada da pena dos advogados dos colaboradores. A lei não distinguia, dizia o Juiz. Sim, mas o princípio do contraditório e a garantia da ampla defesa mandam que o acusado se defenda de todas as cargas acusatórias, venham de onde vierem, inclusive de réus colaboradores. Foi o que o STF o fez ver no HC nº 157.627, da relatoria do Min. Ricardo Lewandowski.

87 HC nº 5002376-94.2015.404.0000/PR, 8ª turma, Rel. Des. Pedro Gebran Neto, j. em 11.3.2015.

88 STJ, Quinta Turma, Rel. Des. Convocado Newton Trisotto.

89 GASPARI, Élio. O inferno de Moro, uma tragédia brasileira: Ministro é hoje uma fritura ambulante. Fritam-no (ou frita-se) no Planalto, no Congresso e no Judiciário. *O Globo*, São Paulo, 1º set. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/o-inferno-de-moro-uma-tragedia-brasileira-23919261>. Acesso em: 18 jun. 2020.

2.8. Um peculiaridades no caso do sítio de Atibaia

Fernando Bittar e Jonas Suassuna tinham comprado o sítio de Atibaia. O fato foi documentalmente demonstrado, mas a narrativa que prevaleceu foi a de que “o sítio era do Lula”. Curioso que, ao sentenciar, a magistrada frisou que a condenação do ex-Presidente passava ao largo da questão da propriedade do sítio; os próprios representantes do Ministério Público Federal haviam reconhecido que o sítio era mesmo de propriedade de Fernando e Jonas, e não do ex-Presidente Lula.

Mas deixemos de lado essa matéria embaraçosa para a acusação e falemos de algo que mostra a verdadeira cara da atuação parcial do Juiz que conduziu o caso.

Ainda na fase investigativa, isto é, antes do ajuizamento da ação penal, os procuradores da Força-Tarefa de Curitiba não permitiram que a defesa tivesse acesso aos elementos de prova amealhados. Suas Excelências limitaram o acesso amplo às provas, indeferindo a extração de cópia dos áudios/vídeos “para preservar o necessário sigilo”. Franqueou-se, apenas, “a transcrição pela própria parte no momento de vista ora requerida”.

Diante da ilegalidade, o advogado de Jonas Suassuna ajuizou uma Reclamação no STF, e a 2ª Turma julgou-a procedente para “garantir aos reclamantes o direito de obter cópias das gravações dos depoimentos audiovisuais, em meio magnético, óptico ou eletrônico”.⁹⁰ A ementa da Reclamação nº 23.101, relatada pelo Min. Ricardo Lewandowski, diz tudo:

I – O direito ao “acesso amplo”, descrito pelo verbete mencionado, engloba a possibilidade de obtenção de cópias, por quaisquer meios, de todos os elementos de prova já documentados, inclusive mídias que contenham gravação de depoimentos em formato audiovisual.

II – A simples autorização de ter vista dos autos, nas dependências do Parquet, e transcrever trechos dos depoimentos de interesse da defesa, não atende ao enunciado da Súmula Vinculante 14. [...]

Com a ação penal já instaurada, o Juiz de primeiro grau negou que a defesa do acusado extraísse cópia das mídias que continham a íntegra das interceptações telefônicas, impondo-nos o ingrato, ilegal e inexequível ônus de permanecer na secretaria da 13ª Vara Federal de Curitiba para ouvir as mais de 400 horas de gravações. Nova Reclamação foi ajuizada, desta feita por Fernando Bittar, e também deferida, de número 29.311 e relatada pelo Min. Edson Fachin.

Mas, descontadas as dificuldades, o que chamou a atenção foi o verdadeiro terrorismo que um membro do MPF, acompanhado da Polícia Federal, fez com uma

⁹⁰ Reclamação nº 23101, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 06.12/2016.

testemunha que morava nas adjacências do sítio e, sem qualquer autorização judicial, foi conduzida *manu militari* pela Polícia Federal para ser ouvida no interior do sítio, onde as autoridades montaram uma espécie de QG. Ela estava com um filho menor de 8 anos de idade, o qual ficou traumatizado com o ocorrido. Ouvido em juízo, o pai falou que o menino teve que se submeter a tratamento psicoterápico, mas que ainda acordava à noite. Todavia, para o Juiz da causa, não cabia qualquer providência do juízo com o fim de determinar a apuração do abuso de autoridade, pois não constatou o crime “com clareza”. Sim, foi de doer, mas ele, que sempre se revelou punitivo, resolveu contemporizar com o MPF e a PF.

Outro dado é que a defesa de Fernando juntou uma fita de áudio que mostrava que o distinto membro do MPF foi à casa do irmão do caseiro do sítio e o filho deste gravou uma conversa na qual um dos procuradores da República dizia que, “se você falar que o sítio é do Lula, coisa que todo mundo sabe, isso não vai complicar pra você, mas se você negar isso pode te complicar...”. O Juiz também não viu nada aí. “Superimparcial”, certo?

3. Para terminar

Com os diálogos obtidos pelo *Intercept Brasil* ficou claro o que, antes, nós, advogados, suspeitávamos e dizíamos: o Juiz jogava ativamente “no time” da acusação. Com a eleição de Jair Bolsonaro para a Presidência da República e a ida do Juiz da Lava Jato para o Ministério da Justiça, ficou claro o porquê da condução coercitiva do ex-Presidente Lula para ser ouvido; não era só uma questão de o humilhar. Ficou claro também o porquê de S. Majestade, o Juiz, ter divulgado o diálogo da ex-Presidente Dilma com seu antecessor às vésperas do seu *impeachment*; idem no que diz respeito à divulgação da delação do ex-Ministro Palocci às vésperas das eleições à Presidência da República. Juiz assim não pode ser considerado meramente suspeito.