

O LIVRO DAS SUSPEIÇÕES

Lenio Streck

Marco Aurélio de Carvalho
Orgs.



Honoré Daumier, Un plaideur peu satisfait

O que fazer quando sabemos
que sabemos que Moro era parcial e suspeito?

PRERÔ
Grupo Prerrogativas

O livro das suspeições

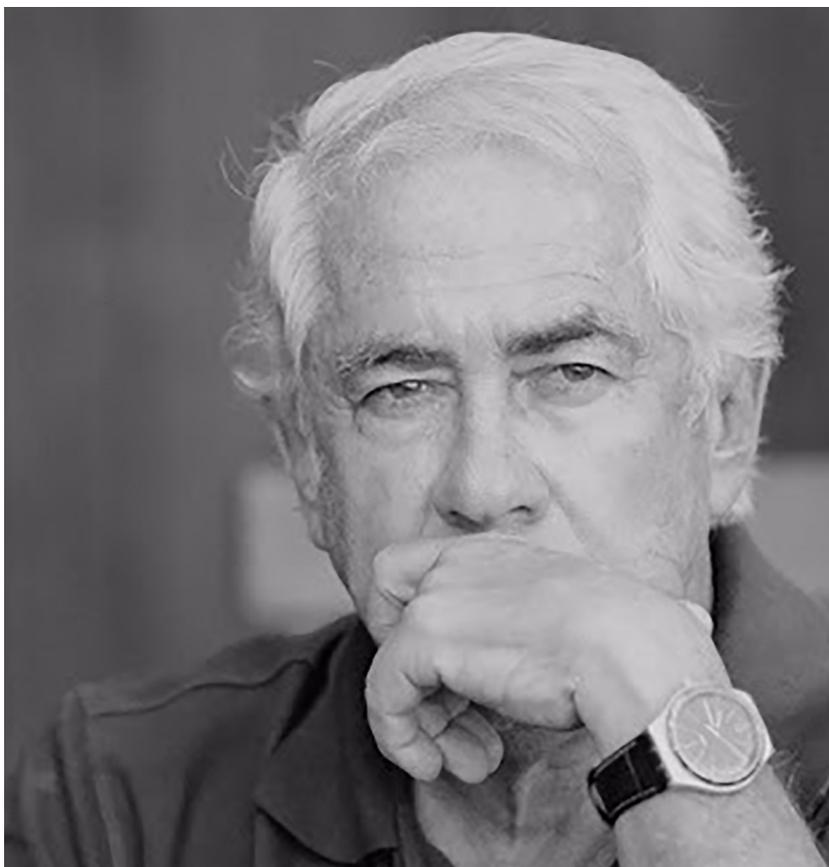
LENIO STRECK
MARCO AURÉLIO DE CARVALHO
ORGS.

APOIO



Consultor Jurídico
conjur.com.br





“A advocacia é o confronto direto entre a civilidade e o arbítrio”

Sigmaringa Seixas (1944-2018), advogado,
inspirador do Grupo Prerrogativas

Agradecimentos

Às vozes silentes do grupo Prerrogativas. De corpo e alma, o grupo está no Livro!

A Giovanna Dias, Frederico Pessoa da Silva e Felipe Philipp, membros do Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos, pela montagem e revisão desta obra.

Sumário

Por que um livro sobre “Suspeições”? À guisa de apresentação!	13
O que fazer quando todos sabemos que sabemos que Moro e o MPF foram parciais?	15
Considerações sobre a imparcialidade judicial	27
Delineamentos sobre a aferição da quebra da imparcialidade do juiz a partir do exame de comportamentos do magistrado responsável pela Operação Lavajato	35
Bastardo inglório ou meramente suspeito?	49
Lava Jato e princípio da imparcialidade	65
Precisamos falar de imparcialidade	75
Um juiz no banco dos réus	83
Sempre Suspeito	91
A constituição para todos	99
A parcialidade do Juiz Sérgio Moro como Projeto Político de Poder e a criminalização da atividade política como estratégia	107
Exibir para esconder	129
A magistratura parcial escancarada: Moro, a confissão e os fatos	143
Uma aula de história aos defensores do rol taxativo de nulidades	149
A suspeição de Moro no caso Eduardo Cunha	153

Sumário

O habeas corpus 164.493/PR impetrado perante o Supremo Tribunal Federal: “aquele da suspeição”.	167
O Juiz que não era	175
O caso do Juiz que corrompia processos: notas sobre os atentados de Sergio F. Moro à dignidade do sistema de justiça brasileiro.	183
A admissibilidade processual das mensagens reveladas pelo The Intercept no julgamento da suspeição por parcialidade do ex-Juiz Sérgio Moro.	197
Vaza Jato – Uma inimiga do povo?	205
O prejuízo da Cooperação Internacional ilegal da República de Curitiba: informalidade e pretensão de soberania	211
A falsa denúncia de Dallagnol	217
A agenda anti-Moro	219
Juiz de ataque	223
O culto a justiceiros cobra seu preço. E ele é caro.	235
Homenagem à magistratura	239
Façamos Justiça à Lava-Jato	241
Moro versus Lula: um caso clássico de suspeição judicial	251
Moro e a Vaza Jato – cooperação mais do que selvagem	263
Quando a parcialidade é extraterritorial, tudo se explica	275
A parcialidade do ex-juiz Sérgio Moro por interesses políticos e eleitorais	289
À guisa de Post Scriptum	294

Autores

Alberto Zacharias Toron. Advogado criminalista, Doutor em Direito pela USP, Professor de Direito Processual Penal da FAAP, ex-Presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e ex-Diretor do Conselho Federal da OAB.

Antônio Carlos de Almeida Castro, Kakay. Advogado criminalista.

Antonio Pedro Melchior. Advogado. Professor de Direito Processual Penal. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND-UFRJ).

Augusto de Arruda Botelho. Mestre em Direito Penal Econômico pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas, especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra e especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca, ex-Presidente e conselheiro do IDDD (Instituto de Defesa do Direito de Defesa), conselheiro da Human Rights Watch.

Bruno Salles Pereira Ribeiro. Advogado e mestre em direito pela Universidade de São Paulo.

Carol Proner. Advogada, Doutora em Direito, Professora de Direito Internacional Público, Diretora do Instituto Joaquín Herrera Flores-AL, Diretora do Mestrado/Doutorado em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento UPO/UNIA, Espanha, autora de livros e artigos sobre soberania, direito internacional, comércio internacional, lawfare, democracia, direitos humanos

Célio Rabelo. Advogado associado do Figueiredo & Velloso Advogados.

Conrado Almeida Corrêa Gontijo. Advogado criminalista, Doutor e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP; membro da Comissão de Direito Penal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SP).

Daniella Meggiolaro. Advogada criminalista, diretora do IDDD (Instituto de Defesa do Direito de Defesa), conselheira da OAB/SP e presidente da Comissão de Direito Penal desta última entidade.

Diogo Bacha e Silva. Em estágio de Pós-Doutorado em Direito na UFMG, Doutor em Direito pela UFRJ, Mestre em Direito pela FDSM.

Djefferson Amadeus. Advogado criminalista, Mestre em Direito e Hermenêutica Filosófica, membro do MNU, da IANB, da FEJUNN e da ABJD.

Dora Cavalcanti. Advogada criminalista.

Evelyn Melo Silva. Advogada. Especialista em Direito Administrativo, Criminologia, Direito e Processo Penal. Membro da Comissão de Direito Eleitoral e da Comissão de Proteção de Dados e Privacidade da OAB/RJ. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político - ABRADep. Membro do Grupo Prerrogativas.

Fabiano Silva dos Santos. Advogado, professor, mestre e doutorando em Direito pela PUC/SP.

Fábio Tofic Simantob. Advogado, mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, foi um dos fundadores do Instituto de Defesa do Direito de Defesa, entidade que presidiu no triênio de 2016 a 2019.

Fernando Augusto Fernandes. Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal Fluminense, Mestre em Criminologia e Direito Penal pela Universidade Cândido Mendes e Advogado.

Fernando Hideo Lacerda. Doutor e mestre em Direito pela PUC-SP, Advogado criminalista, sócio do escritório Serrano, Hideo e Medeiros Advogados, Professor de Direito Penal na Escola Paulista de Direito, Membro do Grupo Prerrogativas e da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia.

Gabriela Shizue Soares de Araujo. Advogada. Mestre e Doutoranda em Direito Constitucional pela PUC-SP. Coordenadora do Núcleo da Memória dos Direitos Humanos da Comissão de Direitos Humanos da OAB-SP. Membro do Observatório de Candidaturas Femininas e da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/SP.

José Carlos Abissamra Filho. Advogado criminalista, diretor do IDDD e membro da Comissão de Direito Penal da OAB/SP.

Juliano Breda. Advogado, Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná

Lenio Luiz Streck. Jurista, Professor Titular da Unisinos-RS e Unesa-RJ, Doutor e Pós-Doutor em Direito e sócio do escritório Streck & Trindade Advogados Associados.

Leonardo Isaac Yarochevsky. Advogado, mestre e doutor em ciências penais pela UFMG.

Luiza A. V. Oliver. Advogada criminalista, mestre em direito penal pela New York University, NYU.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Pós-Doutorado com bolsa da CAPES na Università degli studi di Roma III. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

Marcelo Turbay Freiria. Advogado criminalista, graduado em Direito pela Universidade de Brasília-UnB, Mestre em Direito e Estado pelo IDP, conselheiro da OABDF, presidente da Comissão de Direito de Defesa da OABDF.

Maíra Fernandes. Advogada criminal. Mestre em Direito e especialista em Direitos Humanos pela UFRJ. Conselheira da OABRJ.

Marco Aurélio de Carvalho. Sócio fundador do Grupo Prerrogativas e da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD), Conselheiro do Sindicato dos Advogados de São Paulo, Sócio fundador do CM Advogados.

Mauro de Azevedo Menezes é advogado em Brasília; mestre em Direito Público; ex-presidente da Comissão de Ética Pública da Presidência da República (03/2016 – 03/2018).

Miguel Pereira Neto. Advogado e Mestre em Direito Processual pela USP.

Natália Di Maio. Advogada criminalista, associada do IDDD e secretária da Comissão de Direito Penal da OAB/SP.

Pedro Estevam Alves Pinto Serrano. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP; Pós-Doutoramento em Teoria Geral do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Pós-doutorando em Ciência Política pelo Institut Catholique de Paris; Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito e de Teoria Geral do Direito da Pós-Graduação da PUC/SP.

Pedro Ivo Velloso. Sócios do Figueiredo e Velloso Advogados.

Priscila Pamela C. Santos. Pós-graduada em Direito Penal Econômico pela FGV, Especialista em Direitos Humanos, Raça e Gênero pela Faculdade de Direito da USP. Presidente da Comissão de Política Criminal e Penitenciária da OAB/SP.

Rafael Borges. Sócio de Nilo Batista & Advogados Associados, atua na defesa do The Intercept Brasil e do jornalista Glenn Greenwald.

Rafael Fagundes. Sócio de Nilo Batista & Advogados Associados, atua na defesa do The Intercept Brasil e do jornalista Glenn Greenwald.

Roberto Podval. Advogado criminalista. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra-PT.

Roberto Tardelli. Procurador de Justiça Aposentado – Advogado, Sócio da Banca TGCriminalistas.

Samara Castro. Advogada. Vice-Presidente da Comissão de Proteção de Dados e Privacidade da OAB-RJ. Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB-RJ. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP). Pesquisadora do Instituto Liberdade Digital (ILD). Membro do Grupo Prerrogativas.

Thales Cassiano. Advogado associado ao escritório Bouza Advogados, bacharel em direito pela UnB, especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra e Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS.

Ticiano Figueiredo. Advogado criminalista. Sócios do Figueiredo e Velloso Advogados.

Por que um livro sobre “Suspeições”? À guisa de apresentação!

Há uma frase anedótica – que soa absolutamente verdadeira – que é contada na Inglaterra: na democracia, se baterem à sua porta de madrugada, é o leiteiro. Quem usava muito essa frase era Otto Maria Carpeaux, que, em 1940, escapou por um triz do nazismo na Europa.

Pois é assim que imaginamos o funcionamento da democracia. E podemos parafrasear: na democracia, se um juiz se mostrar parcial, com certeza, ele será afastado do processo. Talvez por isso o Tribunal dos Direitos Humanos da Comunidade Europeia tenha cunhado o enunciado: “Justice must not only be done; it must also be seen to be done”. Isto é, não basta o juiz ser imparcial; ele tem de parecer imparcial.

Pois foi isso que nos motivou a escrever e organizar o presente livro que apresentamos ao Brasil. Durante todo o período em que estive à frente da “Operação Lava Jato”, o então juiz Sérgio Moro nunca pareceu imparcial, nunca foi imparcial e saiu parecendo parcial.

Claro que, ao seu lado, estava a Força Tarefa da Lava Jato, que agiu de forma não isenta o tempo todo, a ponto de o TRF4 assim declarar, em acórdão que, nesta parte, transitou em julgado: “Não é razoável exigir-se isenção dos procuradores da República”.

Assim, se não é razoável que se possa exigir isenção por parte dos agentes do Ministério Público, parece que se normalizou, no âmbito da Operação Lava Jato, que também não fosse razoável exigir que o próprio juiz da causa agisse com isenção/imparcialidade.

Depois da divulgação dos diálogos pelo Intercept, parece razoável afirmar que, de fato, juiz e procuradores não agiram de forma isenta. O antigo chefe da Força Tarefa

da Lava jato, o então procurador Carlos Lima, confessou, em rede nacional (Globo News), que eles escolheram um lado na política.

O ponto, então, que nos leva a organizar e escrever este livro é o seguinte: se todos já sabem o que o juiz e os procuradores fizeram e se já é de conhecimento público que não houve imparcialidade na Lava Jato – especialmente nos processos envolvendo o ex-presidente Lula – fica, desse modo, a pergunta: o que fazer quando se sabe que se sabe.

Essa é a questão. Por isso, apresentamos este *Livro sobre as suspeições* não somente à comunidade jurídica, mas, sim, também ao povo brasileiro. Um conjunto de juristas, abrigados no Grupo Prerrogativas, em face da importância e gravidade do assunto, considerou que a história dos julgamentos da Lava Jato tinha de ser contada apondo os elementos objetivos e subjetivos que estiveram por trás das narrativas que alteraram profundamente os rumos da política brasileira.

O conjunto de ilegalidades e inconstitucionalidades, referendado por parte considerável da imprensa, em um dado momento histórico, transcende a um determinado lapso temporal. O direito brasileiro jamais será o mesmo: ele é ALJ (antes da Lava Jato) e DLJ (depois da Lava Jato).

Decidimos contar e mostrar, assim, como foi possível instrumentalizar o direito em nome de um projeto político. Em nome do direito, contra o direito. E o modo como isso se tornou possível foi a violação daquilo que é o elemento mais “sagrado” de qualquer sistema jurídico e de uma democracia: o princípio da imparcialidade.

Sim, o juiz foi suspeito. O Ministério Público não foi isento. Por isso, o presente Livro das Suspeições!

Boa leitura!

LENIO LUIZ STRECK

MARCO AURÉLIO DE CARVALHO

COORDENADORES

O que fazer quando todos sabemos que sabemos que Moro e o MPF foram parciais?

LENIO LUIZ STRECK

1. A crônica de uma suspeição anunciada: o que é parcialidade?

Benjamin Franklin dizia:

A cada minuto, a cada hora, a cada dia, estamos na encruzilhada, fazendo escolhas. Escolhemos os pensamentos que nos permitimos ter, as paixões que nos permitimos sentir, as ações que nos permitimos fazer. Cada escolha é feita no contexto do sistema de valores que elegemos. Elegendo esse sistema, estamos também fazendo a escolha mais importante de nossas vidas.

Conseguir a declaração judicial de suspeição de um juiz no Brasil é tarefa embebida em extrema dificuldade. O Supremo Tribunal Federal, quando da ocasião do julgamento do HC 95518¹ — impetrado pelo brilhante Cesar Bitencourt — declarou

1 Processo Penal. *Habeas Corpus*. Suspeição de Magistrado. Conhecimento. A alegação de suspeição ou impedimento de magistrado pode ser examinada em sede de *habeas corpus* quando independente de dilação probatória. É possível verificar se o conjunto de decisões tomadas revela atuação parcial do magistrado neste *habeas corpus*, sem necessidade de produção de provas, o que inviabilizaria o *writ*. 2. Atos abusivos e reiteração de prisões. São inaceitáveis os comportamentos em que se vislumbra resistência ou inconformismo do magistrado, quando contrariado por decisão de instância superior. Atua com inequívoco desserviço e desrespeito ao sistema jurisdicional e ao Estado de Direito o juiz que se irroga de autoridade ímpar, absolutista, acima da própria Justiça, conduzindo o processo ao seu livre arbítrio, bradando sua independência funcional. Revelam-se abusivas as reiterações de prisões desconstituídas por instâncias superiores e as medidas excessivas tomadas para sua efetivação, principalmente o monitoramento dos patronos da defesa, sendo passíveis inclusive de sanção administrativa. 3. Atos abusivos e suspeição. O conjunto de atos abusivos, no entanto, ainda que desfavorável ao paciente e devidamente desconstituído pelas instâncias superiores, não implica, necessariamente, parcialidade do magistrado. No caso, as decisões judiciais foram passíveis de controle e efetivamente revogadas, nas balizas do sistema. Apesar de censuráveis, elas não revelam interesse do juiz ou sua inimizade com a parte, não sendo hábeis para afastar o magistrado do processo. Determinada a remessa de cópia do acórdão à Corregedoria Re-

que, embora comprovado o ato abusivo do magistrado, isso não implicou parcialidade contra o réu. O juiz em questão era, nada mais, nada menos que o ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro.

Paradoxalmente, nessa mesma decisão, o STF declarou que

atua com inequívoco desserviço e desrespeito ao sistema jurisdicional e ao Estado de Direito o juiz que se irroga de autoridade ímpar, absolutista, acima da própria Justiça, conduzindo o processo ao seu livre arbítrio, bradando sua independência funcional.

Nesse caso em que o STF desenhou o retrato de Moro, esculpindo-o em carrara, não tendo, ademais, poupado adjetivos fortes à conduta abusiva do juiz, não foi declarada a suspeição, uma vez que “o conjunto de atos abusivos, no entanto, ainda que desfavorável ao paciente e devidamente desconstituído pelas instâncias superiores, não implica, necessariamente, parcialidade do magistrado”.

Veja-se. O precedente de então, e que, ao que me consta, não foi superado, é o de que apenas não se declara a suspeição por parcialidade quando as decisões decorrentes de condutas desse jaez são corrigidas por instâncias superiores.

A *priori*, tal entendimento parece razoável. No entanto, se a conduta abusiva do juiz impregna o conjunto probatório, como se fosse o veneno da tese dos frutos da árvore envenenada, parece evidente que, desde sempre, o processo será nulo. De todo modo, dependerá do exame do caso concreto. Como, aliás, deve ser a análise de um precedente. Nenhum precedente se aplica em abstrato ou automaticamente.

Para ser mais claro: no caso do HC impetrado por Bitencourt, o STF apenas remeteu cópias para a Corregedoria, porque já estavam corrigidos os erros e as diatribes do juiz Moro. Observe-se: já estavam corrigidos os atos do juiz. Agora, a *contrario sensu*, pode-se deduzir, então, que, se houvesse qualquer prejuízo ao paciente, a nulidade seria declarada pelo Supremo Tribunal.

Portanto, a *holding* desse precedente do Supremo Tribunal Federal foi que a alegação de suspeição ou impedimento de magistrado pode ser examinada em sede de *habeas corpus* quando independente de dilação probatória. É possível verificar se o conjunto de decisões tomadas revela atuação parcial do magistrado neste *habeas corpus*, sem necessidade de produção de provas, o que inviabilizaria o *writ*.

Temos então que, segundo o STF, é perfeitamente possível ir além do rol taxativo

gional da Justiça Federal da 4ª Região e ao Conselho Nacional de Justiça. Ordem conhecida e denegada. (HC 95518, Relator(a): EROS GRAU, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-054 DIVULG 18-03-2014 PUBLIC 19-03-2014).

do artigo 254 do CPP (na contramão, recentemente, o TRF4 decidiu² que o rol era absolutamente taxativo, com o que nada podia ser feito).

Hermeneuticamente, registro que essa tese da taxatividade é, com clareza, o resquício da corrente textualista na interpretação brasileira. Por ela, por exemplo, o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* (de 1954) teria sido julgado no sentido da continuidade da separação racial entre crianças (aliás, o ex-textualista Adrian Vermeule, professor de Harvard, diz que, pelo textualismo, a discriminação deveria continuar).

Temos de saber, então, qual é a jurisprudência que vale:

a) a que sustenta que é possível examinar a parcialidade em sede de *Habeas Corpus* quando há prova pré-constituída (elementos objetivos);

b) a que sustenta que “a arguição de suspeição do juiz é destinada à tutela de uma característica inerente à jurisdição, que é a sua imparcialidade, sem a qual se configura a ofensa ao devido processo legal” (STJ no HC 172.819/MG);

c) a que assegura que “(a Constituição Federal prevê uma) garantia processual que circunscreve o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e possibilita às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido”.

Ou vale a jurisprudência que:

d) se apegava a um textualismo ingênuo e ultrapassado (algo como propugnava Adrian Vermeule até há pouco tempo), sustentando que o rol do artigo 254 é taxativo, com o que a parcialidade acaba ficando de fora ou se constituindo quase que em uma “prova diabólica”?

Eis a questão: valem “a”, “b” e “c”, lidos separadamente ou conjuntamente, ou vale a alternativa “d”?

Ora,

I) uma coisa é dizer que, no artigo 254, estão elencadas hipóteses de afastamento do juiz;

II) outra coisa é dizer que o dispositivo elenca (tod)as hipóteses de afastamento.

Veja-se que se trata de uma regra. E onde está o princípio? Ou a imparcialidade não é um princípio? Não encontrei quem dissesse que não. Consequentemente, a resposta deveria ser óbvia.

De saída, o próprio texto da lei tem lá suas idiossincrasias. Como a parcialidade não está elencada, entendem parte da doutrina e jurisprudência (dominantes?) que, fora das hipóteses (taxativas) do artigo 254, a parte não conseguirá demonstrar a suspeição. Não há algo errado nisso?

Se a tese da taxatividade do rol do artigo 254 for vitoriosa, então sequer poderemos

² MARTINS, Jomar. Inquirição dura do juiz não significa quebra de parcialidade, decide TRF-4. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 25 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-25/inquiricao-dura-juiz-nao-significa-quebra-parcialidade-decide-trf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

cumprir os ditames do Tribunal Interamericano, que diz que é garantia do acusado ser julgado por um tribunal imparcial. Assim, por aqui, se não enquadrarmos nenhum ato do juiz ou do tribunal naquele rol taxativo, mesmo que o juiz tenha sido parcial até as grimpas, nada acontecerá. Ou minha leitura é equivocada?

Vamos a um exemplo: o juiz pode esculachar o réu, cometer abusos (como o fez o juiz Moro no HC mencionado), mas, se ele não é “inimigo capital”, nem parente, nem cônjuge, sócio etc., não haverá parcialidade. É a tese da taxatividade.

Ora, o fato de uma atitude do juiz não preencher as “taxativas” hipóteses da lei não quer dizer que não tenha sido parcial.

Deve haver um modo, jurídico, pelo qual nós possamos dizer que não pode ser assim. O “não pode ser assim” – que sintetiza o que chamo de constrangimento epistemológico³ e encerra o papel da doutrina – está na origem da própria ideia de Direito. Sir Edward Coke disse ao rei absolutista, no século XVII, que não podia ser daquele jeito.⁴

Nem os notórios processualistas que professam o instrumentalismo negam que a imparcialidade seja um princípio (este, de fato, preenche todos os requisitos exigidos de um princípio). Consequentemente, o artigo 254 deve ser lido a partir da iluminação deontológica do princípio da imparcialidade, previsto, aliás, nas convenções e tratados assinados pelo Brasil de há muito. Por exemplo, o Pacto de San José da Costa Rica – 1969, artigo 8º, e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que vê o problema da seguinte maneira: exige-se não só a imparcialidade; exige-se a aparência de justiça. A tese é: “Justice must not only be done; it must also be seen to be done”.

Veja-se que, passado mais de um ano da divulgação dos diálogos entre procuradores da “Lava Jato” e o ex-juiz Sérgio Moro, algumas questões deve(ria)m estar consensuadas:

- Primeiro, que as conversas configuram relações promíscuas e ilegais entre juiz e membros do Ministério Público;

- Segundo, houve a violação de comezinhos princípios éticos e jurídicos acerca do devido processo legal;

³ Em meu *Dicionário de Hermenêutica*, digo que “o constrangimento epistêmico ou epistemológico se coloca, assim, como mecanismo de controle das manifestações arbitrárias do sujeito moderno. Isso porque o problema central desse sujeito ‘assujeitador’ [...] reside na indiferença radical por ele manifestada em relação a qualquer forma de exterioridade, quer seja divina, mundana, quer social. O sujeito torna-se estranho a tudo que não é ele, como se os olhos se tivessem virado nas órbitas para olharem apenas para suas próprias cavidades”. (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2020).

⁴ Importante é o processualismo de resistência praticado por juristas como Eduardo José da Fonseca Costa, com seu belo livro *Levando a imparcialidade a sério*. (COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério*: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2016).

- Terceiro, ficou claro que a defesa foi feita “de trouxa” pelo juiz e pelo MP, porque combinaram esquema tático sem que ela imaginasse o que estava ocorrendo (a defesa pediu várias vezes a suspeição do juiz);

- Quarto, o juiz visivelmente atuou na acusação, violando o princípio acusatório e a imparcialidade; o juiz Moro chegou a sugerir a oitiva de uma testemunha e cobrou mais operações policiais; como diz o jornalista Ranier Bragon, as conversas não dão margem a dúvida: o juiz tomou lado.⁵

- Quinto, o conteúdo dos diálogos não foi negado (falarei na sequência sobre sua (i)licitude).

Por evidente, se isso não é parcialidade, tanto do juiz como do Ministério Público, então teremos que trocar o nome das coisas. Simples assim. Podem Dallagnol e Moro tentar (se) explicar. Mas a rosa não perde seu perfume se a chamarmos de cravo, como na peça *Romeu e Julieta*, de William Shakespeare.

Fosse na Alemanha, os protagonistas estariam sujeitos ao artigo 339 do Código Penal, aqui traduzido livremente (chama-se de *Rechtsbeugung* - prevaricação): Direcionar juiz, promotor ou qualquer outro funcionário público ou juiz arbitral o Direito para decidir com parcialidade contra qualquer uma das partes. Pena: detenção de 1 a 5 anos, e multa.

Sigo. Vamos a algumas explicações. Como garantista, admito que os diálogos sejam frutos de prova ilícita (hackeamento), questão até agora não esclarecida. Então o Procurador Dallagnol e os demais ficam livres de processo judicial, porque contra eles não se pode usar a prova. Portanto, é consenso no Direito brasileiro que ninguém pode ser condenado com base em prova ilícita. Porém, também é consenso o réu poder ser beneficiado por ela.

Explico: À época dos vazamentos, no calor dos acontecimentos, expliquei para vários sites e rádios essa questão, lembrando um exemplo de meu professor de processo penal, nos anos 70: se uma carta for aberta criminosamente (violação de correspondência) e nela se descobrir que um inocente está pagando por um culpado, o inocente poderá se beneficiar dessa prova ilícita. Tenho isso muito claro. Mas, por garantia, encaminho os leitores para o comentário de Araken de Assis e Carlos A. Molinaro ao artigo 5, LVI, da CF, no livro *Comentários à Constituição do Brasil*.⁶

Registro, ainda, que, na opinião do perito Fabio Malini, professor do Laboratório

5 BRAGON, Renier. Sete meses após ‘pendurar’ a toga, Moro vê cair a capa de imparcialidade - Conversas expõem a ‘operação mãos não tão limpas’ do ex-xerife da Lava Jato. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 11 jun. 2019. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/ranier-bragon/2019/06/sete-meses-apos-pendurar-a-toga-moro-ve-cair-a-capa-de-juiz-imparcial.shtml>>. Acesso em: 23 jun. 2020.

6 MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; CANOTILHO, J. J.; STRECK, L. L.; LEONCY, Léo Ferreira (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 470.

de Estudos sobre Imagem e Cybercultura da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), dificilmente os diálogos divulgados são produto de hackeamento. Para ele, a causa pode ter sido algo simples: descuido dos usuários. O professor-perito lembra, ainda, que os fatos indicam que não foi ativado o modo de destruição das mensagens do Telegram.

Enfim, quando todos dizem que foi hackeamento, pode tudo isso, todavia, ser produto de vazamento interno. Nestas alturas, em termos de garantias, Dallagnol deve estar torcendo que seja hackeamento, porque essa prova não pode ser usada, juridicamente, contra ele e os demais.

2. Tudo o que o juiz Sérgio Moro fez: a parcialidade esculpida em carrara!

Despiciendo relembrar os “feitos” do juiz Moro, como o vazamento dos diálogos entre a ex-Presidente Dilma e o ex-Presidente Lula. E depois o pedido de desculpas em mais de 30 laudas assinado pelo juiz.

Sempre há mais coisas. Como o artigo⁷ do jornalista Guilherme Amado, no *site* da *Revista Época*, registrando aquilo que já havia sido divulgado por parte da mídia. Trata-se da entrevista do Ministro Gilmar Mendes concedida aos jornalistas Kelly Mattos, David Coimbra e Luciano Potter, da Rádio Gaúcha de Porto Alegre. Na entrevista, Gilmar Mendes acusou Sérgio Moro de “vazar propositalmente” a delação do ex-Ministro da Fazenda do governo Lula, Antônio Palocci, no segundo turno das eleições de 2018, quando ainda era juiz, “com o propósito de favorecer” a eleição do atual Presidente da República. Textualmente: o juiz “estava muito próximo desse movimento político, tanto que no segundo turno ele faz aquele vazamento da delação do Palocci; a quem interessava isso? Ao adversário [...]”. Disse ainda o Ministro do STF: “Depois, ele aceita o convite, que é muito criticado, para ser ministro deste governo [...], cujo adversário ele tinha prendido. Ficou uma situação muito delicada, se discute a correição ética desse gesto”. Havia intenção política de Moro (e, portanto, estava sendo parcial)? Bem, neste caso, respondeu o Ministro que lhe “bastam os fatos” e que o “vazamento desta delação naquele momento tinha o intuito que se pode atribuir”.

O mesmo vazamento da delação de Palocci foi duramente criticado pelo jornalista Élio Gaspari, da *Folha de São Paulo*:⁸ “A ‘bala de prata’ feriu Moro: a publicidade de

7 AMADO, Guilherme. Gilmar Mendes acusa Moro de ter vazado delação de Palocci para beneficiar Bolsonaro: em entrevista, ministro revelou bastidores de conversa com Paulo Guedes sobre ida de Moro para o governo Bolsonaro. *Revista Época*, São Paulo, 2 maio 2020. Disponível em: <https://epoca.globo.com/guilherme-amado/gilmar-mendes-acusa-moro-de-ter-vazado-delaçao-de-palocci-para-beneficiar-bolsonaro-24407183>. Acesso em: 17 jul. 2020.

8 GASPARI, Élio. A ‘bala de prata’ feriu Moro: a publicidade de um pedaço da confissão seletiva de Antonio

um pedaço da confissão seletiva de Antônio Palocci ofendeu a neutralidade do Poder Judiciário”. Afirma o autor que,

se era bala de prata, o teor da colaboração do ex-ministro da Fazenda Antônio Palocci tornou-se um atentado à neutralidade do Poder Judiciário; (...) foi uma ofensa à neutralidade da Justiça porque o juiz Sérgio Moro deu o tiro seis dias antes do primeiro turno da eleição presidencial”. O Jornal *O Globo* chegou a fazer um editorial sobre esse vazamento, dizendo que “A divulgação do depoimento de Palocci atesta ‘objetivos eleitorais.

Some-se a tudo isso os diálogos apresentados pelo *Intercept* e temos uma tempestade perfeita.

A questão transcende em muito as fronteiras brasileiras. Em 2019, depois das revelações do *Intercept*, advogados, juristas, ex-ministros da Justiça e ex-membros de Cortes Superiores de Justiça de vários países fizeram um manifesto dirigido ao Supremo Tribunal Federal e, mais amplamente, à opinião pública do Brasil para os graves vícios dos processos movidos especialmente contra o ex-Presidente Lula. Em uma parte do manifesto, lê-se: “Não há Estado de Direito sem respeito ao devido processo legal. E não há respeito ao devido processo legal quando um juiz não é imparcial, mas atua como chefe da acusação”.⁹

3. A falta de isenção do Ministério Público que transitou em julgado

Aproveito para lembrar, também, que fui o primeiro e único (ao que sei) que avisou que o item 9 do acórdão que condenou o ex-presidente Lula continha algo muito estranho: “Não é razoável exigir-se isenção dos Procuradores da República, que promovem a ação penal. *A construção de uma tese acusatória - procedente ou não -, ainda que possa gerar desconforto ao acusado, não contamina a atuação ministerial.* (TRF-4 - ACR: 50465129420164047000 PR 5046512-94.2016.4.04.7000)”.⁹

O texto é claro e transitou em julgado. O TRF4 deixou assentado que o Ministério Público pode agir sem isenção.

Palocci ofendeu a neutralidade do Poder Judiciário. *Jornal O Globo*, 3 out. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniaao/a-bala-de-prata-feriu-moro-23120931>. Acesso em: 17 jul. 2020.

⁹ Assinam o manifesto: Bruce Ackerman, John Ackerman, Susan Rose-Ackerman, Alfredo Beltrán, William Bourdon, Pablo Cáceres, Alberto Costa, Advogado, Herta Daubler-Gmelin, Luigi Ferrajoli, Baltasar Garzón, António Marinho e Pinto, Christophe Marchand, Jean-Pierre Mignard, Eduardo Montealegre, Philippe Texier, Diego Valadés, Gustavo Zafrá. Os signatários são professores eméritos, ex-presidentes de Tribunais, ex-Ministros da Justiça, presidente de Ordem de Advogados, de países como Estados Unidos, Portugal, França, Colômbia, Alemanha, México, entre outros.

Portanto, o sistema de justiça brasileiro está em uma encruzilhada. Os fins justificam os meios? O procurador Dallagnol, em vídeo, diz que não. Mas, lendo os diálogos, a prática do MPF no caso mostra claramente que, sim, os fins justifica(ra)m os meios. De uma vez por todas: um juiz não se associa com o órgão acusador.

Imaginemos o contrário: o vazamento de conversas do juiz com o advogado de defesa e depois o réu é absolvido. O que seria isso? O escândalo estaria formado. Mas como é conversa de juiz com o MP, isso é visto como “normal”, como sustentam Dallagnol e Moro. Como o sistema de justiça reagirá a isso?

Segundo o procurador Dallagnol, não há parcialidade, uma vez que “54 pessoas acusadas pelo Ministério Público foram absolvidas pelo ex-juiz federal Sérgio Moro”. Essa é a prova de imparcialidade? Primeiro, isso não significa nada. Segundo, e concedendo para fins de argumentação que signifique, da (im)parcialidade em x processos não se deriva (im)parcialidade em y processos. Simples.

Além do mais, veja-se que, nos diálogos entre os procuradores, Dallagnol admite a fragilidade da prova do caso do triplex. Admite também que a prova é indireta, citando a mim e a Reinaldo Azevedo: Ainda, como a prova é indireta, ‘juristas’ como Lenio Streck e Reinaldo Azevedo falam de falta de provas. Creio que isso vai passar só quando eventualmente a página for virada para a próxima fase, com o eventual recebimento da denúncia, em que talvez caiba, se entender pertinente no contexto da decisão, abordar esses pontos. Vamos ao ponto. Tenho esse hábito de chamar as coisas pelos seus nomes. Diferentemente do imaginário Lava Jato, que não sabe diferenciar juiz e parte, eu sei que não existe linguagem privada. Não adianta tentar criar uma novíngua exclusiva da Operação Lava Jato: os critérios para atribuição de significado e sentido são externos. Linguagem pública (Wittgenstein). Quando falta prova, falta prova. E haverá juristas, com aspas ou sem aspas, para dizerem que falta prova.

O que veio a público com as matérias do *Intercept Brasil* é nada mais que aquilo que já vinha denunciando há muito, trazido às claras por um modo não ortodoxo. O que ficou claro é que a Força-Tarefa da Lava Jato, sob o pretexto da luta contra a corrupção, trocou o Direito pela Política. Na espécie, os procuradores ignoraram as lições mais elementares que qualquer aluno de graduação aprende em Introdução ao Direito. Eles, juntamente com o juiz Moro, colocaram-se acima do Estado de Direito.

Atropelaram garantias, atropelaram a Constituição, atropelaram a lei. E vejam, a crítica que aqui faço é muito provavelmente a mais fácil que já tive de escrever. Está tudo ali. Escrito. E o que está escrito importa, por mais que se neguem as evidências. A propósito, lembro-me dos meus tempos de Promotor de Justiça, na minha primeira Comarca, nos confins do Rio Grande do Sul. Um cidadão foi acusado de ter furtado um porco. No depoimento à autoridade policial, confirmou que, efetivamente, vinha

carregando o porco nas costas. Indagado sobre o que fazia o porco na sua “cacunda”, o réu respondeu: “Qual porco? Ah, esse que colocaram nas minhas costas?”. Na especificidade, o réu não se ajudou muito. Como no episódio do furto do porco e da “versão exculpante” do indiciado, as explicações de Moro e da Força-Tarefa desafiam a luz solar.

Ademais, recordo-me de que Dallagnol e Moro não podem se queixar, uma vez que o primeiro defendeu com ardor o pacote das 10 medidas, em que constou que notícias anônimas podem ser usadas para iniciar investigação, porque o que importa é “levar atos corruptos ao conhecimento do cidadão” (veja-se: eu não concordo com isso; quem diz isso é Dallagnol). Esse ponto é bem lembrado pelo advogado Gamil Hireche.¹⁰ Perfeito. Aqui, no caso, nem há anonimato, pois não? As mensagens do *Intercept* não são indícios?

Já Moro sempre disse que ninguém está acima da lei e, no programa do jornalista Bial, justificou o vazamento das conversas de Lula com Dilma deste modo: “O problema ali não era a captação do diálogo e a divulgação do diálogo, era o diálogo em si, o conteúdo do diálogo, que era uma ação visando burlar a justiça. Este era o ponto”. Pois é. Uma clara confissão. Na novilíngua de Moro, o vazamento ilícito de escutas possui outro nome: “divulgação do diálogo”.

4. À guisa de proto-conclusão!

Tudo muito simples, pois não? E por que, ainda com todos esses elementos, parte da comunidade jurídica aplaude as ilicitudes? A resposta pode ser esta: por causa do tipo de ensino jurídico e do desprezo dessa parcela de pessoas por aquilo que lhe dá sustento: o Direito. Fossem médicos, fariam passeata contra os antibióticos e o uso do raio laser nas cirurgias. Motivo: salva muita gente.

O sintoma: Precisava mesmo de tudo isso, de todo esse tempo para que a explosão acontecesse? Precisava que viesse o jornalista Glenn Greenwald jogar isso na nossa cara para que acordássemos como comunidade jurídica? Já estava tudo ali. Talvez não estivesse dito, mas o não dito já existia. A paralipse já tinha ficado muito clara naquele Power Point do Dallagnol.

Mas que seja. Que tenhamos coragem de, finalmente, encarar as coisas como elas são e chamá-las pelos nomes que elas têm.

Nossas respostas decidirão o futuro do Direito no Brasil. E, atenção: não esqueçamos que vivemos sob a febre de que temos um sistema de precedentes. Pois se ficar

¹⁰ HIRECHE, Gamil Föpel El. Coerência processual e a suposta colaboração entre juízes e promotores. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 10 jun. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-10/opinia-coerencia-processual-colaboracao-entre-juiz-promotor>>. Acesso em: 23 jun. 2020.

decidido que qualquer juiz que fez (ou faça) tudo o que fez o então juiz Sérgio Moro é um “juiz normal e legal”, então, pelo precedente que daí exsurgirá, todos os juizes poderão fazer o mesmo. E os membros do Ministério Público também poderão fazer o mesmo que Dallagnol. Eis a escolha: Estado de Direito ou Estado à margem do Direito.

Vamos esconder as ilicitudes e praticar um consequencialismo *ad hoc*? Apegar-nos a um textualismo anacrônico? O que fazer com todas as ilegalidades? Juristas e jornalistas já denunciaram o elenco de elementos que apontam para a quebra da imparcialidade.

Este é o ponto. No depoimento ao Senado, questionado pelo senador Kajuru, Moro chegou a dizer que a indicação de uma testemunha a Dallagnol tinha sido uma *notitia criminis* enviada via mensagem (repassa de *notitia criminis*). Dizer o que sobre isso? De novo, vem a metáfora do depoimento do indivíduo que furtou um porco – relatado retro -, carregando-o às costas. Quem teria colocado esse suíno nas suas espaldas? Dito de outro modo, é a primeira vez que um juiz faz *notitia criminis* via mensagem de telefone para o próprio órgão acusador que iria se beneficiar desse depoimento. Isso é normal?

Enfim, comecei e termino com Benjamin Franklin: estamos fazendo a escolha mais importante de nossas vidas. Dela depende o futuro do Direito.

Mas há ainda um espaço para uma palavra: processo é garantia. E não instrumento. Logo, o devido processo legal traz ínsita a exigência de imparcialidade, de *fairness* (equanimidade).

Vou (me) repetir, ressaltando que não é demais lembrar o modo como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos vê o problema: ele exige não só a imparcialidade; ele exige a aparência de justiça. A tese é: “Justice must not only be done; it must also be seen to be done”.

Observe-se: a Constituição já é a maior demonstração do conceito de imparcialidade. Sabem como? Se a Constituição é um remédio contra maiorias — e o é — isso já quer dizer que cumpri-la é um gesto imparcial, porque a decisão será contra as eríneas (da peça *As Eumênidas!*), contra as sereias (e seu canto) portadoras do senso comum, pelo qual os fins justificam os meios.

Ou seja, a Constituição do Brasil e o Tribunal Europeu dos DH abominam o modelo “juiz Larsen” (caso Hauschildt vs. Áustria) — esse juiz (Larsen) prejudgava e aplicava sua opinião independentemente do caso concreto.

Lanço, aqui, um *slogan* sobre o comportamento do juiz Moro. Tiro do livro *A espera dos bárbaros*, de Coetzee. O personagem narrador é um juiz.

Bom, então qual é o *slogan*? Simples: o juiz descobre que havia tortura no forte e

fica num dilema: o que fazer agora que sabe?

Eis a pergunta: o que a comunidade jurídica e o STF farão, agora que sabem que sabem tudo sobre Moro?

Como disse o juiz-narrador do romance de Coetzee:

De forma que agora parece que meus anos de sossego estão chegando ao fim, quando eu poderia dormir com o coração tranquilo, sabendo que com um cutucão aqui e um toque ali o mundo continuaria firme em seu curso. Só que, mas, ai! eu não fui embora: durante algum tempo tapei os ouvidos para os ruídos que vinham da cabana junto ao celeiro onde guardam as ferramentas, depois, à noite, peguei uma lanterna e fui ver por mim mesmo.

Torturavam. E agora, pensa o juiz, o que fazer?

Agora ele sabe... Sabe que sabe! Não dá para tapar os ouvidos.

Até a afilhada (renegada) do ex-juiz e ex-Ministro da Justiça Sérgio Moro, a deputada Zambelli, já disse que sabe que sabe o que Moro fez...!

Considerações sobre a imparcialidade judicial

CONRADO ALMEIDA CORRÊA GONTIJO

A ordem jurídica brasileira tolera julgamentos penais feitos por magistrado que oriente o órgão de acusação a restringir o espectro de pessoas investigadas em rumorosa operação policial, para evitar prejuízos à tese acusatória? Pode o juiz sugerir ao Ministério Público que uma determinada procuradora da república receba treinamento de seus pares, por entender que ela não defende eficazmente os interesses da acusação? É equidistante das partes um juiz que busque manter contato com fontes capazes de corroborar as teses acusatórias, agindo como verdadeiro integrante do órgão ministerial e desprezando os pleitos da defesa? É imparcial um juiz que pratique esses atos?¹¹

Em sistemas jurídicos primitivos,¹² esse tipo de prática era amplamente admitido. Demonstram-no trechos do *Manual da Inquisição*, de 1525, do qual se extrai que o julgador deve “proceder diretamente, sem sutileza de advogado e nem solenidades no processo”, não estando obrigado “a seguir as regras forenses, de sorte que a omissão dos requisitos que em direito se requerem não torna o processo nulo”.

Para viabilizar a prolação de decisões condenatórias, o juiz “aconselha ao que acusa” e, “na sustentação da causa procede [...] de ofício”, porque não se há respeitar a “parte contrária”. Em relação à noção de imparcialidade, o *Manual da Inquisição* assegura que “é regra geral que não se pode recusar um” juiz, “porque sempre se presume que, para o desempenho deste cargo tão alto só se nomeiam homens justíssimos, prudentíssimos e em que não podem recair suspeitas”.

11 Todos esses eventos são descritos em reportagens publicadas pelo *The Intercept Brasil*, nas quais se atribui ao juiz Sérgio Moro o papel de verdadeiro coordenador dos trabalhos desenvolvidos pelo Ministério Público Federal, no âmbito da denominada Operação Lava Jato (<https://theintercept.com/series/mensagens-lava-jato/>).

12 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 29.

Portanto, consideradas as premissas assentadas na referida obra, são plenamente aceitáveis as condutas indicadas nas indagações iniciais do texto.

Mas é assim que a ordem jurídica vigente trata situações como essas?

Para responder a esse questionamento, o presente artigo se propõe, essencialmente, a examinar a posição da doutrina (nacional e estrangeira), o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e os postulados normativos que regem, na sistemática processual brasileira, a atuação do Poder Judiciário em causas penais.

Em clássica obra que introduz no universo jurídico boa parte dos estudantes de Direito do país, Tércio Sampaio Ferraz Jr. ensina que, no ambiente judicial, o controle do poder estatal se dá, em especial, por meio da divisão clara dos papéis desempenhados pelas partes:

“quem assume um papel não pode trocá-lo arbitrariamente”, pois que, “embora, nos procedimentos decisórios, não se possam ignorar os chamados contatos pessoais, as boas relações [...], o que conta, em última instância, é o papel assumido, e todo o resto pode aparecer como forma velada de corrupção.”¹³

A rígida separação dos papéis desempenhados pelos atores, especificamente na Justiça Penal, é exigência basilar do sistema acusatório, contemplado em nosso regime constitucional e assentado na premissa, bem exposta por Frederico Marques, de que “autor e réu se encontram em pé de igualdade, sobrepondo-se a ambos, como órgão imparcial de aplicação da lei, o titular da jurisdição”. Como “não há, em nosso processo penal, a figura do juiz inquisitivo [...], separadas estão, no Direito pátrio, a função de acusar e a função jurisdicional”.¹⁴

Enfatiza o citado estudioso que “o juiz apenas julga e aplica a lei”, e “o órgão estatal que encarna a pretensão estatal de punir é o Ministério Público”.¹⁵ Também assim, Grinover, Cintra e Dinamarco pontificam ser essencial que, no processo penal, o juiz se ponha “entre as partes e acima delas”, sempre e obrigatoriamente equidistante, o que é essencial para assegurar a imparcialidade do julgamento. Imparcialidade que é “inseparável do órgão da jurisdição”, verdadeiro “pressuposto para que a relação pro-

13 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

14 MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 3. ed. atual. Campinas: Millennium, 2009. p. 49.

15 MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 3. ed. atual. Campinas: Millennium, 2009. p. 150.

cessual se instaure validamente”.¹⁶

Scarance Fernandes, por sua vez, aduz que, sem que o juiz ocupe posição “equidistante das partes”, inexiste imparcialidade efetiva e, “sem ela, não há efetivo contraditório, não há contradição entre as partes”, falta o “pressuposto da própria existência da atividade jurisdicional”.¹⁷ Com ele concorda Greco Filho, segundo o qual “a imparcialidade do juiz é pressuposto de toda atividade jurisdicional” e, em seu aspecto objetivo, “se traduz na equidistância prática do juiz no desenvolvimento do processo, dando às partes igualdade de tratamento”.¹⁸

Analisando a mesma temática, Tourinho Filho adverte que, no âmbito processual penal, estabelece-se uma “relação jurídico-processual de natureza triangular”, na qual, além da relação existente entre as partes, baseada no princípio do contraditório, “há a relação entre o Juiz e as partes”, que apenas se legitima se a elas é dispensado idêntico tratamento, para que exista verdadeiro “equilíbrio de forças”.¹⁹

Nos casos em que tal equilíbrio é rompido, com o órgão julgador aproximando-se de uma das partes e, por conseguinte, afastando-se da parte contrária, rompe-se com atributo inafastável da jurisdição, a imparcialidade objetiva. E enfatiza o professor: “O Juiz deve ser imparcial. Como órgão que proclama o Direito, não se pode aceitar como justa a decisão proferida por Juiz não imparcial”.²⁰

Badaró, para encerrar as referências aos processualistas penais brasileiros, é claro ao afirmar que “o juiz imparcial é aquele que trata as partes de forma igualitária”. E, obviamente, no processo penal de índole acusatória, que tem como “essência” a “nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender”, a equidistância do julgador em relação às partes, às quais impera garantir “igualdade de posições”, é essencial para que se verifique efetiva imparcialidade no julgamento.²¹

Tais lições doutrinárias deixam claro que, evidentemente, o juiz que orienta o órgão acusador, aconselha-o com o objetivo de vê-lo comprovar a tese acusatória e que dialoga secretamente com fontes que se propõem a contribuir para que sejam confirmadas as imputações formalizadas pelo Ministério Público não confere idêntico tratamento às partes, pois que se aproxima demasiadamente de uma delas, distanciando-se

16 CINTRA, Antonio Carlos de Aratijo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 58.

17 FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 52/53.

18 GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 240-241.

19 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. p. 40 e ss.

20 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2. p. 591.

21 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 43 et seq.

da outra. Logo, não é imparcial.

Idêntica é a conclusão a que se chega, quando se analisa a mesma realidade, pelo olhar da doutrina estrangeira. Assim como os doutrinadores brasileiros, Irineu Cabral Barreto considera fundamental que os juízes sejam imparciais, e que não existam quaisquer dúvidas ou reservas em relação à equidistância que devem ter das partes do processo. Afinal, “no sentido de preservar a confiança” de que gozam, “numa sociedade democrática, os tribunais devem oferecer [...] total imparcialidade”.²²

E não é suficiente, consoante destaca o referido doutrinador português, que se crie uma percepção “falsa de imparcialidade”, na qual, apenas no plano formal, o julgador confira tratamento igualitário à acusação e à defesa. Ao contrário, é imprescindível uma igualdade material, tal como também propugna Chiavario²³ em estudo sobre a Convenção Europeia de Direitos Humanos, o que apenas se alcança, caso, efetivamente, o juiz se ponha equidistante das partes.²⁴

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que integra a ordem jurídica brasileira desde a promulgação do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, prevê, de forma expressa, a importância de que se assegure a qualquer pessoa, em especial no âmbito processual penal, julgamento por juiz “imparcial”, que trate igualmente a acusação e a defesa.

Ao examinar o artigo 8²⁵ do mencionado tratado internacional, Hitters²⁶ pontifica que a imparcialidade do julgador, que tem a obrigação de atuar para garantir “igualdad efectiva de las partes en el proceso”, é elemento sem o qual não cabe falar em devido

22 BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem* anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 155/156.

23 CHIAVARIO, Mario. Art. 6 – Diritto ad un processo giusto. In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido. *Commentario Alla Convenzione Europea Per la Tutela Dei Diritti Dell'Uomo e Delle Libertà Fondamentali*. Milano: Cedam, 2001. p. 181 et seq.

24 A revelar a importância da imparcialidade judicial no contexto europeu de proteção dos direitos humanos, cumpre transcrever o artigo 6º, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”. Na mesma linha, o artigo 21, 3, estatui que, “durante o respectivo mandato, os juízes não poderão exercer qualquer actividade incompatível com as exigências de independência, imparcialidade ou disponibilidade exigidas por uma actividade exercida a tempo inteiro”.

25 Em tal dispositivo, expressamente, afirma que “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” (artigo 8, 1).

26 HITTERS, Juan Carlos. *Derecho Internacional de Los Derechos Humanos*. Ediar, 1993. p. 146. Tomo II.

processo legal. Esse posicionamento é também expresso por Carbonell²⁷, segundo o qual os juízes não podem, quer do ponto de vista subjetivo (íntimo), quer do ponto de vista objetivo, manifestando-se para o mundo exterior, ter qualquer tipo de vinculação com os interesses das partes processuais: a ele cabe, única e exclusivamente, em respeito à presunção de inocência, analisar as provas que lhe forem apresentadas e proferir a decisão que lhe pareça tecnicamente acertada.

Não pode ter interesse nem preocupação com a posição defendida pelas partes no processo, não pode, evidentemente, pretender contribuir com a acusação na construção de provas que permitam a prolação de decreto condenatório.

Merecem ênfase, também nesse sentido, as lições de Ferrajoli²⁸ sobre a imparcialidade judicial e a exigência de que o juiz dispense às partes idêntico tratamento, preservando-se sempre equidistante delas:

O juiz não deve ter qualquer interesse, nem geral nem particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado a resolver [...]. Ao mesmo tempo ele não deve ser um sujeito ‘representativo’, não devendo ter nenhum interesse ou desejo – nem mesmo da maioria ou da totalidade dos cidadãos [...].

[...] a imparcialidade requer a separação institucional do juiz da acusação pública [...]. A separação do juiz da acusação [...] indicada como primeira garantia orgânica supõe a configuração do processo como uma relação triangular entre três sujeitos, dos quais duas partes em causa e um terceiro super partes: o acusador, o defensor e o juiz [...]. Esse distanciamento do juiz relativamente aos escopos perseguidos pelas partes deve ser tanto pessoal como institucional. É necessário em primeiro lugar que o juiz não tenha qualquer interesse privado ou pessoal na solução da causa [...]. O juiz [...], se não deve gozar do consenso da maioria, tem no entanto de desfrutar da confiança dos sujeitos individuais e concretos por ele julgados, de modo que essas pessoas não só não tenham, mas inclusive não temam, ter um juiz inimigo, ou, seja como for, não imparcial [...]. Em segundo lugar, é necessário, para que seja garantida a imparcialidade do juiz, que este não tenha de modo algum qualquer interesse na causa, seja público ou institucional. Em particular, é necessário que ele não tenha um interesse acusatório, e que por isso não exercite simultaneamente as funções de acusação como inversamente ocorre no rito inquisitório [...]. É necessário,

27 CARBONELL, José Carlos Remotti. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: estructura, funcionamiento y jurisprudencia*. Madrid: Lael, 2003. p. 328.

28 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 532 *et seq.*

antes de tudo, que a função judicial não seja minimamente contaminada pela promiscuidade entre os juízes e os órgãos de polícia [...]. Por fim, as duas partes em causa devem contender em posição de paridade, de modo que a imparcialidade do juiz não seja de qualquer modo comprometida pelo seu desequilíbrio de poder e não sejam criadas solidariedades ambíguas, uniões ou confusões entre as funções judicantes e postulantes.

O Supremo Tribunal Federal, guardião máximo da Constituição Federal e das garantias fundamentais na ordem jurídica brasileira, em inúmeros e históricos julgados, afirmou existir correlação intrínseca entre a imparcialidade dos julgadores, pressuposto essencial da própria atividade jurisdicional, e a necessidade de que seja atribuído idêntico tratamento às partes na dinâmica processual. Apenas para exemplificar, no julgamento do *habeas corpus* nº 98.006/SP,²⁹ destacou a existência de um verdadeiro “dever do juiz de se manter equidistante das partes processuais em litígio”.

De diversos outros julgados, colhem-se passagens como as seguintes: “O Estado-juiz deve primar a atuação pela guarda absoluta da imparcialidade atinente aos julgamentos”;³⁰ a “ofensa ao dever de imparcialidade judicial”, com o desrespeito à “relação de equidistância em face dos sujeitos processuais” revela-se “apta a caracterizar transgressão à garantia constitucional”, “pois a ideia de imparcialidade compõe a noção mesma inerente à garantia constitucional do *due process of law*”.³¹

Dando testemunho de sua honrosa história de mais de 30 anos na Corte Suprema do país, o Ministro Marco Aurélio assentou, por ocasião do julgamento do *habeas corpus* nº 137.956/MS, que, para ele, “desde o primeiro dia como juiz, a equidistância mostrou-se verdadeira profissão de fé. O juiz não pode estar do lado deste ou daquele segmento, desta ou daquela parte”.³²

O Ministro Roberto Barroso, na mesma linha, aduz que, em nossa sistemática processual, há

separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e

29 Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 98.006/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, j. 24.11.2009.

30 Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 145432, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 12.11.2019.

31 Passagens do voto do Min. Celso de Mello, no julgamento do Habeas Corpus nº 95518, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, Redator do Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 28.05.2013.

32 Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 137.956/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Roberto Barroso, j. 26.09.2017.

defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal”.³³

Destarte, o Código de Processo Penal, justamente com o fim de criar critérios que permitam identificar e impugnar a atuação de julgadores parciais, assegurando o respeito ao devido processo legal, elencou expressamente hipóteses ensejadoras de impedimento e suspeição.³⁴ Deve-se dar ênfase, para o exame que se faz no presente texto, à previsão do artigo 254, inciso IV, segundo a qual é dever do juiz declarar-se suspeito para o julgamento de causas penais, nas hipóteses em que tenha “aconselhado qualquer das partes”.

O novo Código de Processo Civil, com disposições mais bem estruturadas do que as vigentes no diploma processual penal pátrio, contempla disposição semelhante em seu artigo 145, incisos II e IV, que é claro ao rezar que há suspeição do juiz, quando ele, de alguma forma, “aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa” ou for “interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes”.

Por sua vez, o Conselho Nacional de Justiça, órgão de estatura constitucional, ao qual o legislador originário outorgou competência para zelar pela autonomia do Poder Judiciário, pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura e pela observância dos princípios fundamentais da Administração Pública, pelos magistrados (artigo 103-B da Constituição Federal), editou, em 2008, o Código de Ética da Magistratura nacional. Tal diploma normativo, já em seu artigo 1º, prevê que o exercício da magistratura deve ser norteado, dentre outros, pelo princípio da imparcialidade.³⁵

33 Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.104, Rel. Min. Roberto Barroso.

34 As causas de impedimento estão dispostas da seguinte maneira no Código de Processo Penal: “Artigo 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 da justiça ou perito; II – ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; III – tiver funcionado como juiz de outra instância, renunciando-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. Artigo 253. Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juizes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive”. De seu turno, as hipóteses de suspeição são indicadas no artigo 254, *in verbis*: “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 afim, 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”.

35 Código de Ética da Magistratura (CNJ): “Artigo 1º. O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro”.

E, de acordo com as normas deontológicas criadas pelo CNJ, é *conditio sine qua non* para que se qualifique como imparcial o julgador, que ele mantenha “ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes”, evitando “todo tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito” (artigo 8º). É impositivo, pois, que confira “às partes igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação” (artigo 9º).

As considerações feitas nas linhas acima, amparadas por estudos desenvolvidos pelos mais importantes processualistas do Brasil e do estrangeiro, permitem-nos responder ao questionamento feito no início do texto: o exame técnico da matéria deixa indene de dúvidas a impossibilidade de aceitar, em um sistema processual penal de índole democrática e acusatória, aquelas iniciativas. Afinal, elas revelam indubitosa a violação do princípio da paridade de armas, representam prova cabal de aproximação ilegal e promíscua do juiz ao órgão de acusação, verdadeira negação da exigência de equidistância do julgador em relação às partes. É prova manifesta de parcialidade, que compromete e deslegitima, de forma absoluta, o exercício do poder punitivo estatal.

Desse modo, a menos que se busque o afastamento da Constituição Federal e do devido processo legal, devem ser julgadas nulas as ações penais nas quais o juiz tenha tido condutas como as descritas nas indagações iniciais do texto, porque nelas integralmente descumpridas exigências elementares do devido processo, pois que o “juiz não pode estar do lado deste ou daquele segmento, desta ou daquela parte”.³⁶

E, tendo o Supremo Tribunal Federal posicionamento no sentido de que, para “o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do prejuízo”,³⁷ é fundamental que, em casos de manifesta parcialidade do julgador, nos quais menoscabado o pressuposto elementar da atividade jurisdicional – a imparcialidade –, a simples existência de decisão condenatória baste para que se declarem nulos os atos praticados pelo juiz-conselheiro do órgão acusador.

³⁶ Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 137.956/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Roberto Barroso, j. 26.09.2017.

³⁷ Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 173302/CE, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 30.08.2019.

Delineamentos sobre a aferição da quebra da imparcialidade do juiz a partir do exame de comportamentos do magistrado responsável pela Operação Lava Jato

BRUNO SALLES PEREIRA RIBEIRO

1. Considerações iniciais

O presente ensaio tem por objetivo analisar comportamentos selecionados do magistrado à frente da denominada Operação Lava Jato, assim compreendida como o conjunto de investigações e ações penais distribuídas à 13ª Vara Federal de Curitiba, em conexão com as investigações que desvelaram o recebimento de vultosas propinas por diretores da Petrobrás, a partir do princípio da imparcialidade do julgador.

Em um primeiro momento, envidaremos nossos esforços na elaboração de breve arcabouço teórico sobre a importância e fundamentos do mencionado princípio e sobre as regras insculpidas na legislação nacional que procuram assegurar sua existência e eficácia. Na segunda parte do nosso estudo, nos debruçaremos, efetivamente, sobre a análise dos comportamentos do magistrado. O corte metodológico de nossa análise se cingirá aos comportamentos extraprocessuais do magistrado, não abordando suas decisões judiciais, condução de audiências e declarações nos autos do processo. Com efeito, tal análise demandaria espaço insuficiente para os limites do breve artigo, exigindo revolvimento da própria incompatibilidade do princípio da imparcialidade com os componentes do sistema inquisitório que ainda remanesce em nosso sistema processual penal.³⁸

³⁸ Destarte, o modo como conduzido um processo pode macular a imparcialidade do magistrado. Mencionado risco ganha cores vivas quando defrontado com normas que revelam o apego ao sistema acusatório, como o artigo 156 do Código de Processo Penal, que permite ao magistrado, de ofício, determinar a produção de provas em busca da mitológica “verdade real”. O mesmo se dá com a produção de prova oral conduzida pelo magistrado que, de maneira proativa, muitas vezes ultrapassa e até mesmo suplanta o trabalho da acusação na produção da carga acusatória. Da mesma forma, apresenta-se o questionamento da imparcialidade do magis-

Ao final do exame, procuraremos concluir quais foram os resultados do cotejo entre o comportamento do magistrado e as predições das normas jurídicas pertinentes, buscando ferramentas teóricas que auxiliem na identificação de se, ao fim e ao cabo, mencionadas condutas são compatíveis com o princípio da imparcialidade.

2. Princípio da imparcialidade e regras legais que procuram assegurá-lo

A independência dos juízes, assim considerada como sua colocação em uma situação imparcial entre os benefícios coletivos e os interesses individuais, derivando diretamente da evolução iluminista que sacramentou o princípio da divisão dos poderes, erige-se como um dos pilares centrais do processo penal moderno. Não por outra razão, Maier afirma com propriedade que a palavra “juiz” não se compreende sem o qualitativo imparcial.³⁹

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) garante, em seu artigo 8º, que “*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*”.

Quando se fala em imparcialidade do julgador, há de se ter em mente ao menos três grandes dimensões nas quais a categoria deve refratar: na independência dos magistrados em relação a qualquer poder constituído; na imparcialidade frente ao caso, guiada pela relação do magistrado com o assunto trazido ante suas aras e, principalmente, em relação aos sujeitos da relação processual; e, por fim, no próprio princípio do juiz natural, que veda a seleção de juízes de ocasião para o julgamento de determinados assuntos.⁴⁰

A preocupação com a independência e imparcialidade do magistrado encontra reflexo na Constituição da República, que, em seu artigo 95, ocupou-se em trazer regras

trado que analisa o feito durante a fase investigativa e durante a ação penal (o problema já foi analisado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos nos famosos casos Piersack, de 1º/10/1982, e Cubber, de 26/10/1984). Com menores ou maiores nuances (e na condução da Operação Lava Jato tais eram das maiores possíveis, havendo inclusive decretação de medidas cautelares de ofício, cf. GREENWALD, Gleen; LINHARES, João Felipe. Russo deferiu uma busca que não foi pedida por ninguém: Sérgio Moro também direcionava ações da Polícia Federal na Lava Jato – delegados, sabendo que era errado, esconderam orientação do juiz. *The Intercept Brasil*, São Paulo, 19 out. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/10/19/sergio-moro-policia-federal-lava-jato/>. Acesso em: 9. jun.2020), esses são problemas ínsitos ao próprio sistema inquisitório.

39 MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores Del Porto, 2004. p. 739. O que não significa que tal qualitativo seja imanente a qualquer juiz ou a qualquer relação judicial, sendo imprescindível o esforço contínuo de construção do predicado. (MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores Del Porto, 2004. p. 742).

40 MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores Del Porto, 2004. p. 39.

constitucionais que prescrevem garantias nos incisos de I a III do *caput* (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade), bem como vedações nos incisos de I a V do parágrafo único (exercício de cargo ou função, participação pecuniária no processo, dedicação a atividades político-partidárias, recebimento de contribuições e quarentena para exercício de advocacia).

No plano infraconstitucional, destaca-se, em primeiro plano, as disposições da Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar nº 35/79), que, à semelhança do texto constitucional, traz regramentos sobre garantias da magistratura (artigos 25 a 32), que objetivam a garantia da independência funcional do juiz, bem como deveres e vedações (artigos 35 e 36), que se destinam ao exercício probo e eficiente do encargo jurisdicional e ao asseguramento da imparcialidade dos julgamentos.

Essa arquitetura nos permite separar, no plexo de normas que visam a assegurar a imparcialidade da atividade jurisdicional, as disposições que têm por objetivo resguardar a independência funcional – pressuposto fundamental para o exercício da jurisdição sem compromissos ou temores que levariam à parcialidade da apreciação da matéria – daquelas disposições que têm por objetivo evitar, já em um ambiente de independência funcional, que fatores subjetivos possam retirar o magistrado de sua indispensável posição de equidistância e desinteresse pessoal dos assuntos levados à sua apreciação.

Além das previsões constitucionais e legais já deduzidas, o principal arcabouço normativo de garantia da imparcialidade do juízo se encontra positivado nas hipóteses de impedimento e suspeição, insculpidas tanto no Código de Processo Civil (artigos 144 e 145), como no Código de Processo Penal (artigos 252 e 254), sendo que, para nossa análise, são as hipóteses específicas do último diploma que interessarão.

Segundo parte da doutrina,⁴¹ a distinção entre impedimento e suspeição não estaria centrada apenas na separação geográfica dos artigos do Código de Processo Penal, havendo uma demarcação de hipóteses objetivas que estariam ligadas ao impedimento, em contraposição a hipóteses subjetivas, relacionadas à suspeição. Não nos parece, contudo, que a distinção seja precisa.

No nosso compreender, consideram-se objetivas as hipóteses que, independentemente de ponderações axiológicas, incidirão no reconhecimento da quebra da imparcialidade do magistrado. Trata-se de presunção legal absoluta, que não permite a prova em contrário, sobre perda ou não de imparcialidade.⁴² Por seu turno, hipóteses

⁴¹ Entre eles, DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 763.

⁴² Nesse sentido, até mesmo NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 499: “considera-se impedido de atuar o juiz que é parcial, situação

subjetivas serão compreendidas como aquelas que dependam de um juízo teleológico, axiológico e volitivo das circunstâncias acerca do magistrado.

Na análise das hipóteses encetadas no artigo 252 do Código de Processo Penal, em que pese predominem hipóteses objetivas, nos incisos I a III, encontramos, no inciso IV, uma hipótese que tem cariz notadamente subjetivo, quando se aduz ao impedimento por interesse direto no feito, por parte do magistrado, por seu cônjuge ou por parentes consanguíneos até o terceiro grau. Por seu turno, nas hipóteses de suspeição do artigo 254 do mesmo diploma, encontramos hipóteses notadamente objetivas nos incisos II, III e IV, havendo, de fato, traços de subjetividade nas hipóteses dos incisos I e IV.

Com isso, se compreende que as hipóteses subjetivas e objetivas da perda da imparcialidade estão distribuídas entre as predefinições de impedimento e suspeição. Mencionada distinção é de suma importância, tendo em vista que são apenas as circunstâncias de cunho subjetivo que importarão para o presente exame.⁴³

Antes de avançarmos, resta ainda analisar a possibilidade de reconhecimento da suspeição ou impedimento com base em hipóteses não descritas no rol dos artigos 252 a 254 do Código de Processo Penal. Advogando pela possibilidade, Badaró assevera que, “em suma, é de se concluir que as hipóteses de impedimento e suspeição não são *numerus clausus*, mas constituem um simples rol exemplificativo ou *numerus apertus*”⁴⁴. Nucci, por sua vez, entende que as hipóteses de impedimento seriam taxativas, ao passo que as hipóteses de suspeição seriam exemplificativas.⁴⁵

A primeira posição é a mais acertada, com destaque para a doutrina de Lopes Jr., que, de maneira precisa, pontua que o rol “não pode ser taxativo, sob pena de – absurdamente – não admitirmos a mais importante de todas as exceções: a falta de impar-

presumida pela lei, em casos específicos”. De tal sorte, o magistrado que atuou em grau de jurisdição inferior jamais poderá julgar o mesmo caso em grau superior, por haver a presunção legal de que sua convicção já foi formada e, portanto, não pode mais ser considerada isenta e equidistante. Nesse caso, nem mesmo é admissível a prova de que o magistrado manteve sua imparcialidade, ainda que tenha julgado o caso anteriormente.

43 Em verdade, quanto ao conteúdo material das categorias de impedimento e suspeição, não nos parece haver fronteiras precisas, sendo certo que a distinção por hipóteses subjetivas e objetivas não possui necessário rendimento teórico para o aparte das categorias. Outros autores esboçaram tentativas de distinção. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 61.: “o impedimento é mais sério, chegando a privar o Juiz de exercer a atividade jurisdicional”. Assim sendo, tendo em vista a impossibilidade de distinção entre impedimento e suspeição, quanto ao conteúdo material da hipótese ativadora, ainda que reconhecendo a possibilidade de consequências distintas para cada uma das categorias, trataremos as hipóteses subjetivas de perda de parcialidade indistintamente da divisão por categorias trazida pelo Código de Processo Penal, referindo-as em conjunto como hipóteses de perda de parcialidade.

44 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 189.

45 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 499-502.

cialidade do julgador (recordando que o Princípio Supremo do processo é a imparcialidade)”.⁴⁶

No advento de situações que denotem a quebra da imparcialidade, cabe ao próprio magistrado declará-la, nos termos do artigo 97 do Código de Processo Penal. Espínola Filho ensina que o reconhecimento da suspeição, pelo próprio magistrado, trata-se de um “poder-dever”⁴⁷ que deve ser exercido com premência assim que diagnosticada a situação, como forma de se garantir o processo penal justo. Por isso arremata o autor que “muito mal será a obstinação de um juiz em querer dirigir o processo e julgar a causa, quando seja manifestamente suspeito”.⁴⁸

À lição do professor ainda adicionamos: reconhecer a própria parcialidade é não apenas um ato de dever, mas também um ato de nobreza por parte do magistrado, que reconhece sua falibilidade humana e sua incapacidade de exame isento e não enviesado das questões que lhes são trazidas. Infelizmente, são raras as observações de mencionada postura na prática, sendo que, no decorrer da Operação Lava Jato, não se tem conhecimento de que tenha sido adotada.

Nesses casos, cabe ao acusado e a seus defensores suscitar a quebra da parcialidade por meio da exceção de suspeição ou de *habeas corpus*, a depender do momento em que conhecida a causa-razão do pedido. Quanto às consequências, há consenso doutrinário de que se trata de circunstância que gera a nulidade absoluta dos atos praticados pelo magistrado, devendo ser reconhecida a qualquer tempo.⁴⁹

3. Comportamentos selecionados e exame de adequação às hipóteses legais de quebra da imparcialidade

Conforme esclarecido inicialmente, optou-se por não se analisar a conduta do magistrado na condução do processo, mas sim de atos extra-autos, cometidos durante o processo e que vieram a lume após a saída do juiz da carreira da magistratura. Há uma única exceção: o levantamento do sigilo de conversas interceptadas de investigado. Tal exceção se deve ao fato de que, mencionado ato, apesar de se tratar de ato jurisdicional, teve efeitos relevantes extra autos.

⁴⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019. p. 400.

⁴⁷ EPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 2019. p. 252

⁴⁸ EPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 2019. p. 255.

⁴⁹ Mais do que isso, a primeira hipótese de nulidade prevista no rol das hipóteses de nulidade do Código de Processo Penal (artigo 564, inciso I) é decorrente de incompetência, suspeição ou suborno do juiz.

Também selecionamos dois outros comportamentos que, embora sejam posteriores ao exercício de jurisdição sobre os processos da Operação Lava Jato, podem ter efeitos retroativos sobre eles, por revelar potencial, em tese, de afetar a análise da postura do magistrado, enquanto ainda exercia jurisdição.

No primeiro grupo, temos, em sua totalidade, comportamentos que foram revelados pela série de matérias do *The Intercept Brasil*, oriundos da obtenção ilegal de conversas do magistrado e de outros integrantes da Força-Tarefa da Operação Lava Jato do Ministério Público Federal.⁵⁰ Integram esse rol (i) a revelação de que o magistrado possuía contato direto e extra-autos com a acusação, sugerindo inclusive a oitiva de testemunhas,⁵¹ o momento de deflagração de operações,⁵² a troca de membro oficiante da acusação⁵³ e a elaboração de aditamento à denúncia oferecida para a imputação de acusações que nela não constavam;⁵⁴ (ii) o aconselhamento da acusação sobre

⁵⁰ Não abordaremos a questão da validade das informações obtidas ilegalmente para seu uso como prova judicial. Contudo, já nos manifestamos sobre o tema, tecendo considerações sobre a possibilidade de utilização de informações obtidas por meio ilegal para beneficiar o acusado (RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. As conversas dos procuradores divulgadas na imprensa não são, necessariamente, provas ilícitas. *Estadão*, São Paulo, 10 jun. 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/as-conversas-dos-procuradores-divulgadas-na-imprensa-nao-sao-necessariamente-provas-ilicitas/>. Acesso em: 9 jun. 2020: “As conversas dos procuradores divulgadas na imprensa não são, necessariamente, provas ilícitas.”).

⁵¹ “Descuido meu”, diz Moro sobre diálogo com Deltan: ex-juiz afirma que ‘apenas passou’ por aplicativo informação sobre testemunha no caso do ex-presidente Lula. *Veja*, São Paulo, 14 jun. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/moro-diz-que-cometeu-descuido-ao-indicar-testemunha-no-caso-lula/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁵² Segundo a reportagem do *The Intercept Brasil*, “em 21 de fevereiro de 2016, Moro se intrometeu no planejamento do MP de forma explícita. “Olá, Diante dos últimos desdobramentos talvez fosse o caso de inverter a ordem da duas planejadadas”, afirmou Moro, numa provável menção às fases seguintes da Lava Jato. Dallagnol disse que haveria problemas logísticos para acatar a sugestão. No dia seguinte, ocorreu a 23ª fase da Lava Jato, a Operação Acarajé. Dias depois, Moro cometeu um desliz de linguagem que revela como a acusação e o juiz, que deveria avaliar e julgar o trabalho do MP, viraram uma coisa só. “O que acha dessas notas malucas do diretório nacional do PT? Deveríamos rebater oficialmente? Ou pela Ajufe?”, escreveu o juiz em 27 de fevereiro, usando a primeira pessoa do plural, dando a entender que as reações do juiz e do MP deveriam ser coordenadas”. (GREENWALD, Gleen; SANTI, Alexandre de; MARTINS, Rafael Moro. ‘Não é muito tempo sem operação?’ – exclusivo: chats privados revelam colaboração proibida de Sérgio Moro com Deltan Dallagnol na Lava Jato, *The Intercept Brasil*, 9 jun. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>. Acesso em: 9 jul. 2020).

⁵³ Segundo mensagens interceptadas, o magistrado teria tido o seguinte diálogo com o membro da acusação: “Moro – 12:32:39. – Prezado, a colega Laura Tessler de vcs é excelente profissional, mas para inquirição em audiência, ela não vai muito bem. Desculpe dizer isso, mas com discrição, tente dar uns conselhos a ela, para o próprio bem dela. Um treinamento faria bem. Favor manter reservada essa mensagem. Dallagnol – 12:42:34. – Ok, mantereí sim, obrigado!...” (AZEVEDO, Reinaldo. *Inédito*: O que disse Moro a senadores e o que fez Dallagnol com procuradora. *Uol*, São Paulo, 20 jul. 2019. Disponível em: <https://reinaldoazevedo.blogosfera.uol.com.br/2019/06/20/inedito-o-que-disse-moro-a-senadores-e-o-que-fez-dallagnol-com-procuradora/?cmpid=co-piaccola>. Acesso em: 9 jul. 2020).

⁵⁴ GHIROTTI, Edoardo; GREENWALD, Gleen; MOLICA, Fernando; RESENDE, Leandro; PADUAN, Roberta. Novos diálogos revelam que Moro orientava ilegalmente ações da Lava Jato: mensagens inéditas

estratégia de comunicação de atos jurisdicionais conduzidos no processo;⁵⁵ e (iii) o levantamento de sigilo sobre conteúdos de interceptação telefônica de acusados,⁵⁶ em desacordo com as práticas adotadas pelo juízo.⁵⁷

O segundo grupo de comportamentos foi revelado pelo próprio magistrado após sua saída da carreira e é público e notório. Nele aglutinamos (i) a aceitação, ainda antes do início de mandato, de cargo de Ministro de Estado no governo de um dos mais notórios inimigos políticos de um dos réus de processo sentenciado pelo magistrado⁵⁸ e (ii) a declaração, em entrevista a uma emissora de televisão, de que esteve em um “ringue” com réu por ele condenado, em referência à audiência de interrogatório.⁵⁹ Iniciemos pelos dois primeiros casos do primeiro grupo. O conteúdo dos diálogos divulgados nas reportagens mostra que o magistrado judicante, efetivamente, aconselhava a acusação

analisadas pela parceria entre VEJA e o site *The Intercept Brasil* mostram que ele cometeu, sim, irregularidades enquanto atuava como juiz. *Veja*, São Paulo, 12 jul. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/dialogos-veja-capa-intercept-moro-dallagnol/>. Acesso em: 9 jul. 2020.

55 Segundo reportagem, o magistrado teria recomendado à acusação que se manifestasse publicamente sobre o interrogatório de um dos réus do processo de sua competência. Revelou-se o conteúdo das seguintes mensagens: “Moro – 22:12 – Talvez vcs deversem amanhã editar uma nota esclarecendo as contradições do depoimento com o resto das provas ou com o depoimento anterior dele. Moro – 22:13 – Por que a Defesa já fez o showzinho dela. Santos Lima – 22:13 – Podemos fazer. Vou conversar com o pessoal. Santos Lima – 22:16 – Não estarei aqui amanhã. Mas o mais importante foi frustrar a ideia de que ele conseguiria transformar tudo em uma perseguição sua”.

(AUDI, Amanda; DEMORI, Leandro; GREENWALD, Glen; MARTINS, Rafael Moro. ‘A defesa já fez o showzinho dela’: Sérgio Moro, enquanto julgava Lula, sugeriu à Lava Jato emitir uma nota oficial contra a defesa. Eles acataram e pautaram a imprensa. *The Intercept Brasil*, São Paulo, 14 jun. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/14/sergio-moro-enquanto-julgava-lula-sugeriu-a-lava-jato-emitir-uma-nota-oficial-contra-a-defesa-eles-acataram-e-pautaram-a-imprensa/>. Acesso em: 9 jul. 2020).

56 Conforme matéria “Moro consultou procuradores para revelar conteúdo de ligações interceptadas de acusado da operação Lava Jato” (BÄCHTOLD, Felipe; BALTHAZAR, Ricardo; BIANCHI, Paula; DEMORI, Leandro; LARA, Bruna de. Leia diálogos da Lava Jato sobre escutas telefônicas do ex-presidente Lula: em 2016, Polícia Federal gravou 22 ligações do petista após ordem para interromper escuta. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 8 set. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/09/leia-dialogos-da-lava-jato-sobre-escutas-telefonicas-do-ex-presidente-lula.shtml>. Acesso em: 9 jul. 2020).

57 BALTHAZAR, Ricardo; NEVES, Rafael. Moro contrariou padrão da Lava Jato ao divulgar grampo de Lula, indicam mensagens. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 24 nov. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/moro-contrariou-padrao-da-lava-jato-ao-divulgar-grampo-de-lula-indicam-mensagens.shtml>. Acesso em: 9 jul. 2020.

58 Em novembro de 2018, logo após o segundo turno das eleições presidenciais, o magistrado aceitou o convite do então Presidente eleito, Jair Messias Bolsonaro, para ocupar o cargo de Ministro da Justiça e Segurança Pública, assim se desligando da magistratura. Como se sabe, a eleição de Jair Messias Bolsonaro foi marcada por uma série de polêmicas, principalmente relacionadas a ataques e divulgação de *fake news* em relação ao Partido dos Trabalhadores, um dos partidos mais atingidos pela Operação Lava Jato. Mais do que isso, um dos possíveis candidatos à Presidência da República, líder nas intenções de votos segundo as pesquisas da época, era um dos réus condenados pelo magistrado.

59 Disponível em: <https://g1.globo.com/globonews/globonews-debate/playlist/globonews-debate-sergio-moro.ghtml>. Acesso em: 9 jul. 2020.

quanto a como proceder em relação ao processo. Fica claro que não eram meros conselhos construtivos, mas orientação sobre a construção da tese acusatória e, inclusive, sobre estratégias técnicas para seu desenvolvimento. O comportamento se amolda à hipótese de suspeição do artigo 254, inciso IV, do Código de Processo Penal, a saber, a suspeição pelo aconselhamento das partes.

Segundo Pacceli, “o aconselhamento a que se refere o artigo 254, IV, diz respeito ao aconselhamento profissional, que tenha possibilitado ao juiz um conhecimento mais amplo dos fatos que aquele constante do processo, porque veiculado no curso de uma relação cliente-profissional anterior”.⁶⁰ Não é a definição, contudo, a mais acurada. O aconselhamento de que trata o indigitado dispositivo tem por objeto qualquer tipo de auxílio intelectual a alguma das partes, relativo ao objeto do processo, antes e, principalmente, durante seu curso. Destarte, conforme a lição de Badaró, não é o mero aconselhamento genérico que desencadeia a hipótese de suspeição ora em comento.⁶¹ E, de fato, os comportamentos em exame suplantam em muito o mero aconselhamento genérico.

Eloquente é o paralelo que se pode traçar com hipotético caso de jurisdição cível. Imagine-se que, em uma ação de cobrança de uma empresa contra outra, no decorrer da instrução, o magistrado entre em contato com o escritório de advocacia da parte cobradora e recomende ao sócio que troque o advogado que vem conduzindo as audiências. Mais do que isso, recomende que altere os argumentos de sua petição inicial, para adicionar elementos de prova de que o magistrado tomou conhecimento. Parece-nos inequívoco que esse caso, vindo a lume, geraria a imediata suspeição do magistrado nos termos do artigo 145, inciso II, do Código de Processo Civil, que também reputa suspeito o juiz que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa.

A última hipótese do primeiro grupo merece mais reflexão. Como é de conhecimento público, às vésperas da nomeação de um dos investigados em processo sob sua tutela, o magistrado condutor do processo levantou o sigilo de interceptações telefônicas do investigado com a então mandatária do cargo de Presidente da República. O ato judicial ganhou repercussão mundial na imprensa e redundou na suspensão, pelo Supremo Tribunal Federal, da nomeação do acusado para o cargo de Ministro do Estado. Posteriormente, desvelou-se que apenas parte do conteúdo fora divulgado, de modo que conversas divulgadas amplamente na imprensa restaram tiradas de contexto, dando a entender que a nomeação do investigado se destinava ao deslocamento da competência por prerrogativa de função. As revelações do site *The Intercept Brasil*

60 PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 23. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. p. 1.282.

61 BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 193.

mostram que houve um esforço hercúleo por parte de agentes da Polícia Federal e da Força-Tarefa da Operação Lava Jato para que os áudios interceptados pudessem ser divulgados antes da nomeação oficial do investigado. Diálogos também revelaram que o magistrado tinha conhecimento prévio do esforço e que se comunicava sobre isso com um dos Procuradores da República por trás da iniciativa. Por fim, levantamentos mostram que, mesmo em outros casos da Operação Lava Jato, a abertura do sigilo das interceptações telefônicas não era conduta adotada pelo magistrado oficiante.⁶²

As consequências de mencionado ato foram enormes para o investigado e para o Partido dos Trabalhadores, influenciando de maneira determinante no processo de impedimento da Presidência da República à época. Ainda que possa haver negativa por parte do magistrado em relação a suas intenções com o ato judicial, fato é que a divulgação das mensagens, de maneira atípica e extemporânea, trouxe consequências gravíssimas para o investigado e para o partido político mencionado.

O comportamento do magistrado se amolda à hipótese do inciso I do artigo 254 do Código de Processo Penal, a saber, inimizade com alguma das partes do processo. Ainda que não declarada – e, raramente, se verá a elevada demonstração de honestidade pelo reconhecimento da inimizade – há de se observar nos atos do magistrado, objetivamente, se há ou não animosidade em relação a alguma das partes do processo.⁶³

Ainda que não se extraia dos comportamentos acima descritos a inimizade capital, recobre-se que o rol do artigo 254 do Código de Processo Penal não é taxativo. Mesmo que não se reconheça uma inimizade patente, atos jurisdicionais voltados a prejudicar o réu, para além da aplicação da lei penal, devem, por suposto, levar ao reconhecimento da perda da imparcialidade do magistrado.

Recorrendo-se, novamente, a um caso hipotético, pensemos em um juiz cível que, durante um processo falimentar, passa a levantar o sigilo de informações confidenciais atinentes aos negócios da empresa objeto do processo, sem quaisquer justificativas razoáveis e em desacordo com as práticas que vinha tomando até então. O levantamento do sigilo permite que concorrentes se antecipem à estratégia corporativa da empresa em recuperação judicial, engendrando vultosos prejuízos. Mais uma vez, parece-nos clara a existência de elementos informativos de cognição que permitem fundamentar a suspeita de imparcialidade.

No último conjunto de casos, temos situações que, ocorridas após o término da jurisdição (e da judicatura) do magistrado, podem ter efeitos que retroagirão ao feito

62 Até mesmo por conta do artigo 8º da Lei Federal nº 9.296/96, que prescreve que “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”.

63 Retomaremos à frente a discussão sobre o instrumental de aferição das hipóteses de suspeição.

criminal, por desvelarem uma possível quebra de imparcialidade.

Começemos pelo fim: recentemente, o agora ex-magistrado se referiu à audiência de instrução do processo penal como um “ringue”. Se o processo penal pode ser um ringue, os lutadores devem ser, naturalmente, a acusação e a defesa, sendo inimaginável que o juiz possa tomar parte de uma delas. A confissão espontânea do ex-magistrado, certamente, deve retroagir e servir como causa subjacente para questionamento de sua equidistância das partes. Quer como hipótese genérica de quebra de imparcialidade, quer como elemento de convicção acerca da inimidade capital com o acusado, a declaração do ex-magistrado mostra que, no momento da condução do ato instrutório, havia uma animosidade contra o acusado, de onde emerge a hipótese de suspeição.

Mais complexa questão emerge da aceitação do magistrado em ocupar cargo na alta Administração Pública Federal, no governo de um dos maiores antagonistas de um dos investigados. Mais do que isso, o modo e a velocidade como conduzido o processo levaram à sua conclusão expedita, de modo a impedir a participação de mencionado investigado no pleito eleitoral.

De fato, o comportamento em exame, nesse caso, está situado completamente após o deslinde da causa sob jurisdição do magistrado. Trata-se de atos anteriores, que levaram a um benefício pessoal do magistrado no futuro. Reconhece-se que mencionado futuro era incerto (porém previsível), assim como o benefício. No entanto, é possível traçar a relação causal, pela própria teoria da *conditio sine qua non*, entre o benefício do magistrado situado no futuro e seu comportamento na condução do processo. De tal sorte, parece-nos justificada a invocação do artigo 252, inciso IV, do Código de Processo Penal, que traz a hipótese de impedimento, quando o magistrado for “diretamente interessado no feito”.

Os atos posteriores mostram que o deslinde do processo, com a condenação de um dos investigados, ao fim e ao cabo, poderia ser de interesse do magistrado, já que isso o beneficiaria diretamente. Não há como negar, nessas circunstâncias, que a própria atividade jurisdicional serviu como plataforma que impulsionou a carreira política do juiz.

Novamente, recorreremos a um caso hipotético para comparação com o caso *sub examine*. Um magistrado, logo após julgar uma complexa disputa societária entre duas companhias, abandona a magistratura e aceita um cargo de diretoria na companhia vencedora do processo, agora fortalecida e enriquecida pela indenização recebida da parte vencida e pela valorização das ações decorrente do resultado do processo. Na hipótese, parece-nos clarividente que o fato posterior colocaria em sérias dúvidas a imparcialidade do magistrado, que, por derradeiro, se locupletou dos atos jurisdicionais por ele efetivados.

Em todos os casos analisados, emergem de maneira cristalina indícios de que o magistrado não poderia agir com o indispensável distanciamento. Ainda assim, em todos os casos, até mesmo por conta da escolha metodológica de se focar nas hipóteses subjetivas de quebra da imparcialidade, remanesce o questionamento sobre se o magistrado “queria”, se tinha intenção ou vontade de prejudicar o acusado, de se beneficiar ao final do processo, de ver a derrocada de determinado partido político.

Entendemos, contudo, que o elemento volitivo do juiz sobre o qual recai a análise é alçado a um protagonismo indevido e, ademais, irrelevante para análise sobre sua necessária isenção. A doutrina do direito penal, principalmente após Roxin, tem gradativamente descartado conceito clássico de dolo como consciência e vontade. A ação dolosa, nesse sentido, não pode ser encarada em seu sentido psíquico,⁶⁴ mas sim em seu sentido normativo.⁶⁵ Em outras palavras, é impossível que se compreenda, psíquica e emocionalmente, o que o sujeito que tem seu comportamento avaliado efetivamente intencionava no momento de sua ação. Por outro lado, nos esteios na teoria da imputação objetiva, é possível avaliar se as condutas concretas extrapolaram o risco permitido.⁶⁶

De fato, o processo de avaliação da conduta dolosa ora apresentado tem sua aplicação na seara do direito penal, para que fundamente e oriente o exame da imputação subjetiva do acusado. No entanto, não vemos por que mencionado arcabouço teórico não possa ser trazido para o campo do processo penal, para também orientar o escrutínio do comportamento do magistrado que tem sua imparcialidade questionada.

Para isso necessário estabelecer se as condutas acima examinadas de fato representaram um perigo relevante, a ponto de desencadear as hipóteses dos artigos 252 e 254, acima selecionadas. Para esse específico exame, nos valem mais uma vez das lições de Viana, segundo o qual “o critério para a determinação da qualidade dolosa é a periculosidade objetiva da conduta do agente”.⁶⁷ E avançando na investigação, esclarece que o que definirá a entrada nos contornos da conduta dolosa será a sua caracterização como perigo *suis generis*.⁶⁸

64 Relativo ao qual o atual estágio das ciências médicas e comportamentais ainda não possui elementos suficientes para o exame.

65 VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo Marcial Pons, 2017. p. 173.

66 Nesse sentido, Eduardo Viana leciona que: “O direito não pode valorar o sentimento do autor, seja qual for a fórmula linguística utilizada para traduzir essa emoção. O direito somente pode valorar o que o autor fez apesar do conhecimento do perigo que essa conduta implicava para o bem jurídico tutelado por um tipo penal.” (VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo Marcial Pons, 2017. p. 172-173)

67 VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo Marcial Pons, 2017. p. 264.

68 Assim considerada como a conduta com alto grau de periculosidade do perigo criado (intensidade objetiva), cotejada com o grau de vulnerabilidade concreto da vítima. (VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso*

Com essa premissa, podemos avançar na avaliação acerca da extremação de um risco à quebra da imparcialidade para a conduta. Resta, no entanto, estabelecer um critério para definição de qual seria o limite aferidor de qual risco seria ou não extremado. Ou, em outras palavras, qual comportamento revela a criação de um risco *sui generis*.

Tal critério pode ser estabelecido com base na teoria da aparência da justiça, sedimentada pelos precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), já mencionados anteriormente. Conforme Badaró, “tão importante quanto o juiz ser imparcial é o juiz parecer ser imparcial”.⁶⁹

Com efeito, nos precedentes dos já indigitados casos Piersack e Cubber, o TEDH fixou entendimento segundo o qual a aparência da imparcialidade é alçada ao nível da própria parcialidade, objetivando - como ora se procura fazer - a análise da conduta subjetiva do juiz. De fato, os citados casos tratavam de decisões cujos fundamentos denotavam um prejulgamento do magistrado em relação ao acusado. Não obstante, nos parece possível a adoção do critério da aparência da imparcialidade para o exame da criação de perigos legalmente inadmitidos ou *sui generis*.

Voltemos, por fim, aos comportamentos selecionados para que possamos responder às perguntas: eles suplantaram o nível de exposição do objeto protegido (imparcialidade jurisdicional)? Trata-se de comportamentos que revelam a criação de perigos *sui generis*?

Entendemos que ambas as respostas são positivas. Os comportamentos específicos ora escrutinados, claramente, não se enquadram na categoria de atos comuns da judicatura. Merece destaque, nessa análise, o ato de levantamento do sigilo dos áudios de interceptação telefônica do acusado, cujos efeitos eram previsíveis e cuja conduta não era comum adotada pelo juízo.⁷⁰ Da mesma forma, não se pode manter nos domínios da normalidade a conduta do magistrado que aceita cargo na Administração Pública no governo de inimigo político do acusado sob sua jurisdição, logo após sua condenação, havendo ainda visível nexo de causalidade entre os atos jurisdicionais e a eleição do governo de que, *a posteriori*, aceitou fazer parte.

O aconselhamento das partes do processo, essencialmente quando se trata de aconselhamento sobre como exercer a atuação no processo, com objetivo de direcionar um determinado resultado do processo, claramente denota a criação de um perigo de

cognitivo. São Paulo Marcial Pons, 2017. p. 282). No caso, não trabalhamos com imputação criminal, mas sim com a análise comportamental da conduta para fins de desencadeamento de hipóteses de vedação de jurisdição. Desse modo, ao menos por hora, deixaremos de lado a discussão acerca do grau de vulnerabilidade do objeto jurídico protegido, por impossibilidade de aferição do seu estágio concreto de vulnerabilidade.

69 BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 1. ed. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012.

70 Conforme levantamentos mencionados acima.

vulneração da imparcialidade *sui generis* e inadmissível.

Por fim, a inimidade capital não pode ser examinada sob o prisma de predicado pessoal do magistrado, que, no mais das vezes, só poderia ser revelada pela confissão do próprio magistrado. Também deve ser ela examinada pelo prisma dos atos concretos do magistrado que denotem a reiterada animosidade para com o jurisdicionado. Tais atos podem ser cotejados pelo modelo proposto, de avaliação do perigo de criação de aparência de imparcialidade.

4. Conclusão

A imparcialidade do juiz é princípio alicerçante do próprio sistema de justiça. A palavra juiz não pode ser compreendida sem o subtendido predicado da imparcialidade. Por tal razão, possui guarida convencional, constitucional e legal. Nessa última dimensão, o Código de Processo Penal prevê hipóteses objetivas e subjetivas que impedem o exercício da jurisdição, pela suspeita de parcialidade. Quando exercidos em tais hipóteses, os atos jurisdicionais são plenamente nulos

O reconhecimento da suspeição e do impedimento, nesses casos, não possui apenas interesse inato ao processo e à parte eventualmente prejudicada. Como princípio fundamental da própria justiça, assegurar a imparcialidade do juiz é medida indispensável para a confiabilidade do próprio Poder Judiciário.

Os comportamentos analisados denotam a existência de sérios e sensíveis indícios da quebra da imparcialidade e da ausência de equidistância entre as partes. Tais comportamentos se amoldam com precisão a hipóteses de vedação da jurisdição insculpidas no Código de Processo Penal.

Para avaliação da efetiva quebra da imparcialidade dos comportamentos, nos valem da teoria da inferencialidade do dolo, matizada pela teoria da aparência da justiça, com objetivo de afastar a necessidade de elaboração de um impossível exame de intencionalidade emocional ou psíquica. Em relação a todos os comportamentos, pudemos concluir pela existência da criação de perigos excêntricos, cujos resultados concretos eram de antemão previsíveis.

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

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 inquirem 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

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.

eficiência do clube?

Deponente: Sim.

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

Deponente: Perfeito, exato.

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

Deponente: 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:

Deponente: 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

[...]

Deponente: 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 dire-

tores, 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 caberia 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 vênia 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 parem 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, releva destacar que, incidentemente, surgiram indícios veementes do pagamento de propina pela UTC/Constran a servidores do Governo do Maranhão da ges-

tão 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 relatoria 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 rememorar: 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 (grife) 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 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).

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

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.

Segundo Franco Cordero, citado por Marco Aurélio Maffaron,

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

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.

Minava e intimidava as testemunhas de defesa. Com a enorme publicidade do caso na mídia, ninguém queria depor.

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

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.

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 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:

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

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, 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 cancelar 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 acu-

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.

sação 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 n° 157.627, da relatoria do Min. Ricardo Lewandowski.

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 n° 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 acu-

⁹⁰ Reclamação n° 23101, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 06.12/2016.

sado 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 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.

Lava Jato e princípio da imparcialidade

PEDRO ESTEVAM ALVES PINTO SERRANO

ANDERSON MEDEIROS BONFIM

1. Introdução

A vulgarmente conhecida como “Operação Lava Jato” insere-se, em parte, no contexto dos processos penais de exceção, bem como na materialização da presença do Estado autoritário no interior das rotinas democráticas.

No presente estudo, após uma breve incursão nos aspectos propedêuticos da teoria da exceção, além do cotejamento dos seus aspectos históricos e teóricos, analisamos o princípio da imparcialidade inerente ao exercício da jurisdição sob seus corolários objetividade ou juridicidade, isenção, neutralidade e transparência. Referido conteúdo dogmático extrai-se da nossa Constituição e do nosso Código de Processo Penal, mas também da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica.

Ao final, concluiremos que as reiteradas violações ao princípio da imparcialidade pelo Judiciário brasileiro, especialmente no âmbito da “Operação Lava Jato”, levam-nos à constatação de que ele está, paulatinamente, produzindo medidas de exceção que possuem aparência de licitude, mas que se traduzem em esvaziamento do sentido dos direitos fundamentais.

Os processos penais de exceção tornaram-se a face mais cruel do autoritarismo estatal, isso tudo através de um sistema de Justiça que subtrai, diuturnamente, os direitos e garantias mais elementares, isso tudo envolto em uma espetacularização e irreversível condenação midiática. Fulmina-se, conseqüentemente, um dos mais fundamentais elementos do devido processo legal, qual seja o princípio da imparcialidade.

2. Teoria da exceção: breve esboço teórico

A discussão acerca da teoria do estado de exceção encontra uma divisão entre aqueles que o inserem no ordenamento jurídico, tais como Santi Romano, Hauriou e Mortari, que concebem o estado de exceção como parte integrante do Direito positivo e, ainda, Hoerni, Ranelletti e Rossiter, os quais entendem o estado de exceção como um direito natural do Estado à sua própria conservação. Por outro lado, há aqueles que o consideram a teoria do estado de exceção como um fenômeno extrajurídico, dentre os quais se incluem Biscaretti, Balladore-Pallieri e Carré de Malberg.⁹¹

Em Carl Schmitt, a topologia dentro-fora pode ser explicada por meio da exceção como doutrina da soberania. Ao enunciar que soberano é aquele que decide sobre a exceção, garante a ancoragem desta à ordem jurídica. Ou seja, em que pese a exceção representar a suspensão da norma posta – fora do direito, portanto –, a decisão do soberano sobre tal suspensão só é válida porque este é juridicamente responsável pela decisão (dentro do direito). Segundo o autor, “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*”.⁹²

Carl Schmitt abandona a distinção entre poder constituinte e constituído como base da ditadura soberana, substituindo-a pela decisão. Assim, a soberania é definida pelo poder de decidir sobre o estado de exceção, suspendendo o direito. Ainda que a conclusão seja aparentemente paradoxal, Carl Schmitt busca inscrever a decisão sobre o estado de exceção no interior do direito.⁹³ É na distinção entre norma e decisão que o estado de exceção ganha contornos jurídicos, pois, “suspendendo a norma, o estado de exceção ‘revela [...] em absoluta pureza um elemento formal especificamente jurídico: a decisão’ [...]. Os dois elementos, norma e decisão, mostram assim a sua autonomia”.⁹⁴

A definição schmittiana de estado de exceção é, portanto, “o lugar em que a oposição entre a norma e a sua realização atinge a máxima intensidade”. A consequência é, portanto, “um campo de tensões jurídicas em que o mínimo de vigência formal coincide com o máximo de aplicação real e vice-versa. Mas também nessa zona extrema, ou melhor, exatamente em virtude dela, os dois elementos do direito mostram sua íntima

91 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 38.

92 SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 8.

93 SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 10.

94 SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 56.

coesão”.⁹⁵ Portanto, “o estado de exceção separa, pois, a norma da sua aplicação para tornar possível a aplicação. Introduz no direito uma zona de anomia para tornar possível a normatização efetiva do real”.⁹⁶

Giorgio Agamben, por outro lado, constatou que “a simples oposição topográfica (dentro/fora) implícita nessas teorias parece insuficiente para dar conta do fenômeno que deveria explicar”. De todo modo, preceitua que a exceção “não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam”.⁹⁷ Portanto, a suspensão da norma não implica a sua abolição.

O autor recuperou um instituto do direito romano – o *iustitium* – termo que significa “interrupção, suspensão do direito” para inscrever o tema da exceção como um estado kenomático, ou seja, um espaço vazio e de anomia, e não um estado pleromático, próprio dos Estados autoritários. Assim, “o estado de exceção separa, pois, a norma da sua aplicação para tornar possível a aplicação. Introduz no direito uma zona de anomia para tornar possível a normatização efetiva do real”.⁹⁸

O termo *iustitium* significa suspensão do direito, o equivalente à produção de um vazio jurídico. É a resposta à necessidade de romper o ordenamento para salvá-lo. Giorgio Agamben traz a definição de Nissen para o seu conceito: “o *iustitium* ‘suspende o direito e, a partir disso, todas as prescrições jurídicas são postas de lado. Nenhum cidadão romano, seja ele magistrado ou um simples particular, agora tem poderes ou deveres’”.⁹⁹ O *consultum* pressupõe o *tumultus*, que é a única causa do *iustitium*. O *iustitium* não pode ser interpretado como ditadura, mas como uma zona de anomia. Esse espaço vazio de direito é essencial à ordem jurídica, por isso o direito precisa manter-se em relação à anomia.

A partir da contiguidade essencial entre soberania e exceção, posta por Carl Schmitt, e da formulação da modernidade como estado de exceção permanente de Walter Benjamin, Giorgio Agamben formula sua teoria, a qual é exposta fundamentalmente nas obras *Homo sacer*: poder soberano e vida nua e estado de exceção. Nas primeiras páginas de *Homo sacer*, o autor refere-se à clássica afirmação de Carl Schmitt de soberania como a capacidade de declarar a exceção. Verifica, portanto, que a exceção é a a capacidade de suspender o direito.

95 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 56.

96 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 58.

97 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 39.

98 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 58.

99 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 72.

Como Carl Schmitt, Giorgio Agamben constata a posição paradoxal do soberano em relação à ordem jurídica: de um lado, está dentro dessa ordem e, de outro, está fora. Está excluído da ordem jurídica, pois só é soberano por poder suspender a validade e a eficácia da ordem jurídica, e está nela inserido porque é essa mesma ordem que reconhece o poder de estabelecer a exceção e de suspender sua própria validade.

No entendimento de Giorgio Agamben, o estado de exceção não é uma ditadura (constitucional ou inconstitucional, comissária ou soberana), mas um espaço vazio de direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas – e, antes de tudo, a própria distinção entre público e privado – estão desativadas. Portanto, são falsas as doutrinas que tentam vincular diretamente o estado de exceção ao direito, o que se dá com a teoria da necessidade como fonte jurídica originária e com a que vê no estado de exceção o exercício de um direito do Estado à própria defesa ou a restauração de um originário estado pleromático do direito (os “plenos poderes”).

Mas igualmente falaciosas são as doutrinas que, como a de Carl Schmitt, tentam inscrever indiretamente o estado de exceção em contexto jurídico, baseando-o na divisão entre normas de direito e normas de realização do direito, entre poder constituinte e poder constituído, entre norma e decisão. O estado de necessidade não é um “estado do direito”, mas um espaço sem direito (mesmo não sendo um estado de natureza, mas se apresenta como a anomia que resulta da suspensão do direito).

3. O processo penal de exceção

A doutrina do Direito Penal do inimigo, criada na década de 1980 pelo jurista alemão Günther Jakobs, propõe uma distinção entre o Direito Penal do cidadão e um Direito Penal do inimigo. O primeiro formado pela aplicação das normas penais vigentes, com respeito às garantias individuais dos cidadãos e exercida nos estritos limites do poder punitivo estatal impostos no âmbito da legalidade, e o segundo, um direito penal especial, voltado aos inimigos, em que há a aplicação de atos lícitos ou ilícitos aos indivíduos que põem em risco a segurança nacional.

Enquanto nos EUA e nos países da Europa continental podemos reconhecer de forma explícita uma jurisprudência do Direito Penal de exceção e medidas de exceção no Direito Penal por meio da criação de leis especiais – ou Direito Penal do inimigo para ficarmos na expressão cunhada por Jakobs – em razão de um Direito especial que é criado para questões de segurança nacional, identificadas com as ameaças terroristas, aqui no Brasil é o próprio direito comum que é utilizado para combater o inimigo (o pobre e o bandido), não pela aplicação de um Direito Penal ou Processual diferenciado para combatê-lo, senão pela utilização de interpretações das normas penais comuns como

mecanismos para se instaurar as medidas de exceção contra a própria população que se quer excluir, sob um pretensão legítimo discurso de legalidade.

Nesse sentido, o sistema de Justiça criminal, o qual é composto por vários agentes estatais (Judiciário, Ministério Público, Delegados de Polícia e Polícia, especialmente), com o apoio fundamental da mídia, tornou-se o autor soberano das medidas de exceção. Na referida concepção, a lógica do lícito-ilícito própria do Direito é superada por uma jurisdição de exceção.

A jurisdição de exceção caracteriza-se pela simplificação da decisão a si mesma, sem qualquer mediação real pelo direito. Ademais, caracteriza-se por uma provisoriedade inerente, pois não trata de extinguir o direito, mas de suspendê-lo em situações específicas. Por fim, deparamo-nos com um poder que se apresenta de forma bruta e, por consequência, com sua não autolimitação, nem mesmo por qualquer regra de coerência ou racionalidade. Nesse último aspecto, a decisão judicial de exceção não se influencia nem produz “jurisprudência” para situações semelhantes juridicamente. Mudando-se os atores envolvidos ou o fim político, muda-se a decisão, retornando-se ao direito ou produzindo nova exceção.

Na lógica de combate ao inimigo no Brasil, os processos penais de exceção têm se tornado, sobretudo a partir da década de 1990, em relevante manifestação do autoritarismo estatal por meio da adoção de mecanismos tais como encarceramento em massa, banalização na utilização das prisões provisórias, seletividade da punição criminal, desrespeito aos direitos e garantias penais e processuais penais, espetacularização e condenação midiática, hipernomia e apropriação privada da linguagem pelo aplicador da norma.

4. Princípio da imparcialidade: do conteúdo dogmático às violações na Lava Jato

O Estado Democrático de Direito ampara-se em determinadas dimensões materiais e formais que podemos resumir em supremacia da Constituição, juridicidade, democracia, república, separação das funções estatais e garantia dos direitos individuais e sociais. A conformação do poder político e a organização da sociedade pelo Estado Democrático de Direito são, nesses termos, condições de realização da justiça.

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Referidos valores supremos de uma sociedade pluralista e fraterna amalgamam-se com a consagração da democracia (parágrafo único do artigo 1º da Constituição) e o acolhimento da técnica da separação das funções estatais (artigo 2º da Constituição). Do mesmo modo, são, dentre outros, fundamentos da nossa República a cidadania, o pluralismo

político e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, incisos II, V e III, da Constituição), ao passo que, exemplificativamente, constituem objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além da promoção do bem de todos (artigo 3º, incisos I e IV, da Constituição).

A Constituição também assegura, no seu artigo 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, ao passo que o inciso LV do mesmo dispositivo prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Nesse cenário, é que o processo penal é informado por determinados princípios basilares, dentre os quais se incluem, em especial, a imparcialidade. Assim, antes que adentremos, especificamente, no elenco, exemplificativo, das violações ao princípio da imparcialidade no âmbito da “Operação Lava Jato”, é importante que fixemos seus contornos dogmáticos.

O princípio da imparcialidade, amalgamado à independência e equidade no procedimento penal, consta do artigo X da Declaração Universal dos Direitos Humanos, segundo o qual “todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”. O artigo 14, 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, preceitua que

toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil.

Por fim, o artigo 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos Pacto de San José da Costa Rica prevê que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial [...]”.

Especificamente com relação aos contornos dogmáticos da imparcialidade, relevantes os corolários demarcados por Artur Cesar de Souza, o qual, valendo-se do seu sentido subjetivista, constatou que ela assume as feições de objetividade, isenção, neutralidade e transparência.¹⁰⁰ A objetividade ou juridicidade relaciona-se à ausência de influências de ordem subjetiva, pessoal ou antijurídica e adoção de critérios lógico-rationais e estritamente jurídicos.¹⁰¹ A imparcialidade como isenção veda a

¹⁰⁰ SOUZA, Artur Cesar de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 42.

¹⁰¹ SOUZA, Artur Cesar de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 43.

atuação do juiz que tenha “inclinação pessoal negativa no resultado da decisão”.¹⁰² A neutralidade afasta posições políticas e partidárias e coloca o juiz como um terceiro entre as partes (defesa e acusação).¹⁰³ Por fim, a transparência impõe ao juiz que suas decisões sejam fundamentadas.¹⁰⁴

Assim é que, regulamentando a imparcialidade que deve ser inerente ao processo penal, o artigo 112 do Código de Processo Penal preceitua que o juiz, mas também o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal. Já o artigo 252 veda que o juiz exerça jurisdição no processo em que: (a) 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 da justiça ou perito; (b) ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; (c) tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; (d) 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.

Ademais, o artigo 254 fixa as seguintes hipóteses de suspeição do juiz: (a) amizade íntima ou inimizade capital de uma das partes; (b) se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente estiverem respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; (c) se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentarem demanda ou responderem a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; (d) se tiver aconselhado qualquer das partes; (e) se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; e, por fim, (f) se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Nesse contexto, passaremos a demonstrar que, no âmbito da vulgarmente conhecida como “Operação Lava Jato”, foram perpetradas diversas violações ao elencado princípio da imparcialidade, em detrimento das garantias mínimas que devem ser conferidas aos investigados e acusados.

A primeira questão que se coloca é que não houve atuação equidistante do juízo em relação à defesa e acusação. Destaque-se, exemplificativamente e consoante antecipado, que o então juiz Sérgio Fernando Moro, ferindo a imparcialidade no seu da neutralidade orientou a acusação com vistas à obtenção de determinada prova, o que foi constatado através da publicidade conferida às comunicações a partir de aparelhos

102 SOUZA, Artur Cesar de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 44.

103 SOUZA, Artur Cesar de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 45.

104 SOUZA, Artur Cesar de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 46.

funcionais entre o então juiz, o procurador da República Deltan Dallagnol e outros membros da “Força-Tarefa Lava Jato”:

07 de Dezembro de 2015

Sérgio Moro – Entao. Seguinte. Fonte me informou que a pessoa do contato estaria incomodado por ter sido ela solicitada a lavratura de minutas de escrituras para transferências de propriedade de um dos filhos do ex Presidente. Aparentemente a pessoa estaria disposta a prestar a informação. Estou entao repassando. A fonte é seria.

Deltan Dallagnol – Obrigado!! Faremos contato Sérgio Moro – E seriam dezenas de imóveis

Deltan Dallagnol – Liguei e ele arriou. Disse que não tem nada a falar etc... quando dei uma pressionada, desligou na minha cara... Estou pensando em fazer uma intimação oficial até, com base em notícia apócrifa

Sérgio Moro – Estranho pois ele é quem teria alertado as pessoas que me comunicaram. Melhor formalizar entao.

Sérgio Moro – Supostamente teria comentado com [SUPRIMIDO] que por sua vez repassou a informação até chegar aqui.

Deltan Dallagnol – Posso indicar a fonte intermediária?

Sérgio Moro – Agora ja estou na duvida.

Sérgio Moro – Talvez seja melhor vcs falarem com este [SUPRIMIDO] primeiro

Deltan Dallagnol – Ok

Deltan Dallagnol – Ok, obrigado, vou ligar

O comprometimento da imparcialidade fica igualmente evidenciado quando se constata que o então juiz Sérgio Fernando Moro, em 4 de março de 2016, acolheu pedido do Ministério Público Federal e determinou a condução coercitiva de Luiz Inácio Lula da Silva. O fundamento adotado pelo então juiz Sérgio Fernando Moro para a decretação da condução coercitiva, que só seria realizada caso o investigado não aceitasse o “convite”, foi de que seriam evitados “possíveis tumultos” com “confronto entre manifestantes políticos favoráveis e desfavoráveis ao ex- Presidente”. Ocorre que o Código de Processo Penal prevê expressamente, em seu artigo 260, que a condução coercitiva só pode ser determinada no caso de o acusado não atender à intimação para o interrogatório, o que não ocorreu. Veja-se, portanto, que se feriu a imparcialidade no seu corolário objetividade ou juridicidade, que veda a adoção de critérios extrajurídicos.

No despacho proferido nos autos da Ação Penal nº 5063130-17.2016.4.04.7000/PR, por meio do qual se determinou que Luiz Inácio Lula da Silva comparecesse às audiências nas quais seriam ouvidas as 87 testemunhas arroladas pela defesa, verifica-se mais uma afronta às disposições do Código de Processo Penal, especialmente dos seus artigos 202 e seguintes, os quais não fazem qualquer exigência quanto ao comparecimento do réu nas audiências de oitivas de testemunhas. Trata-se de infringência à

imparcialidade na sua feição juridicidade.

Em 12 de julho de 2017, foi proferida sentença para condenar Luiz Inácio Lula da Silva à prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro e, consequentemente, à pena de 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 185 dias-multa, a qual foi fixada no valor de cinco salários mínimos vigentes à época dos fatos. Ambas as partes recorreram da sentença. O presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) pronunciou-se, antes mesmo da tramitação dos recursos, determinando que Luiz Inácio Lula da Silva seria julgado com absoluta celeridade, em detrimento da imparcialidade no seu viés isenção.

Especificamente com relação à instrução processual, ela foi extremamente rápida, contrariando a prática de outros processos de segunda instância daquele Tribunal, especialmente de natureza semelhante. Os autos de aproximadamente 250 mil páginas foram remetidos ao TRF4 em 23 de agosto de 2017. De forma inédita, o Desembargador Relator elaborou voto e relatório em 56 dias úteis. O Desembargador Revisor liberou o feito para julgamento em 7 dias úteis. O processo foi pautado para a sessão imediatamente subsequente. A sentença foi mantida na íntegra, com aumento de pena. Feriu-se, consequentemente, a imparcialidade na sua feição objetividade.

Em 8 de julho de 2018, nos autos do Habeas Corpus nº 5025614-40.2018.4.04.0000, o Desembargador Federal Rogério Favreto concedeu ordem para o fim de restabelecer a liberdade de Luiz Inácio Lula da Silva. Mesmo no gozo de férias, o então juiz Sérgio Fernando Moro, conforme veiculado na mídia, telefonou para o então Diretor-Geral da Polícia Federal, Rogério Galloro, com o intuito de “argumentar contra o cumprimento da decisão de Favreto”,¹⁰⁵ tendo, ainda, proferido decisão para destacar que o Desembargador Federal Rogério Favreto não teria competência para tomar a decisão monocraticamente.¹⁰⁶ Luiz Inácio Lula da Silva não chegou a gozar do restabelecimento da sua liberdade em razão de decisão do Desembargador João Pedro Gebran Neto. Trata-se de violação à imparcialidade no seu viés objetividade ou juridicidade.

O então juiz Sérgio Fernando Moro realizou, durante o processo eleitoral, diálogos com a cúpula da campanha do Presidente eleito, conforme declarações do Vice-Presi-

¹⁰⁵ MATTOSO, Camila. Ministros preveem ações contra Moro após reação à ordem para soltar Lula. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 9 jul. 2018. Disponível em: <https://painel.blogfolha.uol.com.br/2018/07/09/ministros-preveem-acoes-contra-moro-apos-reacao-a-ordem-para-soltar-lula/> Acesso em: 28 fev. 2020.

¹⁰⁶ DANTAS, Dimitrius. Moro diz que desembargador não tem competência para soltar Lula e adia decisão: Juiz afirmou que ouvirá relator do caso para saber como proceder. *O Globo*, São Paulo, 8 jun. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/moro-diz-que-desembargador-nao-tem-competencia-para-soltar-lula-adia-decisao-22865028>. Acesso em: 26.fev.2020.

dente eleito.¹⁰⁷ Logo após a divulgação do resultado das eleições presidenciais, o então juiz Sérgio Fernando Moro emitiu nota pública com congratulações ao Presidente eleito.¹⁰⁸ Tais exemplos evidenciam violação à imparcialidade no seu corolário neutralidade.

Em 1º de outubro de 2018, às vésperas do primeiro turno das eleições de 7 de outubro de 2018, o então juiz Sérgio Fernando Moro, de ofício, levantou o sigilo de parte da delação premiada de Antonio Palocci Filho, o que implicou violação à imparcialidade na sua feição neutralidade por ter assumido uma posição processual para fins político-partidários.

As reiteradas violações ao princípio da imparcialidade pelo Judiciário brasileiro levam-nos à conclusão de que ele está, paulatinamente, produzindo medidas de exceção que se traduzem em verdadeiras fraudes à Constituição e, conseqüentemente, no esvaziamento do sentido dos direitos fundamentais.

5. Considerações finais

Uma das características do contemporâneo autoritarismo está, ao invés da interrupção do Estado Democrático pela instauração de um estado de exceção, na inserção de mecanismos típicos da exceção no interior da rotina democrática. Portanto, referidos mecanismos hospedam-se na estrutura estatal na forma de um autoritarismo líquido que convive, ainda que em relação parasitária, com medidas democráticas e legítimas. O autoritarismo líquido, tanto quanto o adensamento típico do Estado autoritário, é nefasto. Confere ao Estado um poderio que, diluído na rotina democrática, enfraquece os mecanismos de controle típicos do regime jurídico-administrativo nos moldes que conhecemos.

O processo penal de exceção assume feições particularmente marcantes no comprometimento da imparcialidade do juízo, inclusive por meio da materialização de características incontestes da identificação de um inimigo e suspensão de direitos pela suposta ameaça que ele representaria ao Estado, isso tudo por meio da adoção de mecanismos típicos de autoritarismo pela persecução estatal. Assim, na lógica de combate ao inimigo no Brasil, os processos penais de exceção fulminaram o princípio da imparcialidade nos seus aspectos mais basilares.

107 FERNANDES, Talita. Moro foi sondado por Bolsonaro ainda durante a campanha, diz Mourão: Juiz é cotado para assumir o Ministério da Justiça, que será ampliado no próximo governo. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 18 jun. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/11/moro-foi-sondado-por-bolsonaro-ainda-durante-a-campanha-diz-mourao.shtml>. Acesso em: 26.fev.2020.

108 DANTAS, Dimitrius. Moro diz que desembargador não tem competência para soltar Lula e adia decisão: Juiz afirmou que ouvirá relator do caso para saber como proceder. *O Globo*, São Paulo, 8 jun. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2018/10/29/moro-parabeniza-bolsonaro-e-deseja-bom-governo-ae-le.ghtml>. Acesso em: 26.fev.2020.

Precisamos falar de imparcialidade

LEONARDO ISAAC YAROCHEWSKY

O Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 8º, I, dispõe:

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 ele, ou para determinarem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (grifamos).

Hoje, é posição dominante nos principais tribunais de direitos humanos o reconhecimento da necessidade de se garantir um julgamento justo por um juiz ou tribunal imparcial.

Informa Geraldo Prado que a Corte de Estrasburgo assinala que a confiança do cidadão nos Tribunais de Justiça está, em grande parte, baseada no princípio da imparcialidade. Em igual sentido tem se pronunciado a Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDH), para a qual a parcialidade, sem embargo de observada apenas objetivamente, invalida por completo o processo penal.¹⁰⁹

Mais adiante, Geraldo Prado traz à colação o catedrático de Direito Penal e Juiz do Tribunal Supremo espanhol Enrique Bacigalupo, para quem é pacificado o entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) de que “a imparcialidade deve ser garantida objetivamente, mediante a determinação legal das causas de incompatibilidade, e de modo subjetivo, excluindo-se do processo o juiz que nutre

109 PRADO, Geraldo. Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato: para além da iniciativa probatória do juiz. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 24, n. 122, ago. 2016.

sentimentos especialmente adversos relativamente a alguma das partes”.¹¹⁰

Em sua “Mitologia Processual Penal” Rubens R. R. Casara,¹¹¹ ao escrever algumas páginas sobre o mito da neutralidade do órgão julgador, conclui ao final que a imparcialidade não se confunde com a neutralidade. A neutralidade, afirma Casara,

é impossível, ao passo que imparcialidade é garantia do jurisdicionado [...] o que está assegurado às partes é o fato de o juiz não ter aderido *prima facie* a qualquer das alternativas de explicação que as partes dialeticamente trazem aos autos, durante a relação processual.

No que diz respeito ao processo acusatório – opção e garantia constitucional – uma das consequências mais importantes é a separação entre juiz e acusação. Essa separação, segundo Luigi Ferrajoli,¹¹² é uma exigência do axioma *nullum iudicium sine accusatione*. Essa garantia representa um distanciamento essencial do juiz em relação às partes.

O julgador deve, portanto, manter uma posição equidistante das partes e equilibrada diante do processo para que possa, ao final, buscar a decisão correta e mais justa e que resulta da sua imparcialidade.

Como bem assevera Gustavo Badaró, “a palavra juiz não se compreende sem o qualificativo imparcial. Não seria exagerado afirmar que um juiz parcial é uma contradição em termos”.¹¹³

A imparcialidade do juiz, adverte Badaró, “resta evidentemente comprometida quando o magistrado realiza pré-juízos ou pré-conceitos sobre o fato objeto do julgamento”. Invocando a jurisprudência do TEDH, o eminente processualista observa que, no julgamento do Caso Piersack vs. Bélgica, o TEDH decidiu que, no tocante ao direito a um tribunal imparcial, “todo juiz em relação ao qual possa haver razões legítimas para duvidar de sua imparcialidade deve abster-se de julgar o processo. O que está em jogo é a confiança que os tribunais devem inspirar nos cidadãos em uma

110 PRADO, Geraldo. Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato: para além da iniciativa probatória do juiz. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 24, n. 122, ago. 2016.

111 CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

112 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

113 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 45.

sociedade democrática”.¹¹⁴

1. Da parcialidade do Juiz Sérgio Moro no caso Lula

Além da própria condenação do ex-Presidente Lula – pendente de recurso – pelo menos três fatos chamam a atenção e colocam em xeque a indispensável e necessária imparcialidade do magistrado.

1.1. Da ilegal condução coercitiva do ex-Presidente Lula

Em 4 de março de 2016, com a deflagração da 24ª etapa da Operação Lava Jato, o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi conduzido coercitivamente por determinação do Juiz Federal Sérgio Moro.

De plano, necessário destacar que a condução coercitiva do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva não teve nenhum respaldo legal ou jurídico.

O ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em momento algum, se furtou de comparecer a qualquer ato para que fora intimado. Bastava a expedição de mandado de intimação para que o ex-Presidente da República prestasse esclarecimentos a respeito dos atos investigados na Lava Jato.

Em dezembro de 2017, o ministro Gilmar Mendes, em decisão liminar e monocrática, proibiu as famigeradas conduções coercitivas.

Na liminar que passou a impedir a condução coercitiva de investigados, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que:

A condução coercitiva para interrogatório representa uma restrição da liberdade de locomoção e da presunção de não culpabilidade, para obrigar a presença em um ato ao qual o investigado não é obrigado a comparecer. Daí sua incompatibilidade com a Constituição Federal.

Em 4 de junho do corrente ano, o STF decidiu que é inconstitucional o uso de condução coercitiva de investigados ou réus para fins de interrogatório.

Por tudo, evidencia-se que a condução do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi fruto de decisão arbitrária, que, ao arrepio dos ditames constitucionais e legais, manteve o ex-Presidente Lula detido por horas, com ampla e total divulgação do ato aos meios de comunicação, em afronta ao princípio da presunção de inocência.

¹¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 45.

1.2. Da interceptação telefônica entre o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e a então Presidenta Dilma Rousseff

Em março de 2016, o país ficou atônito com os diálogos divulgados pela mídia, sem qualquer escrúpulo, envolvendo o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e diversas pessoas, entre elas a Presidenta da República Dilma Rousseff.

A gravação e divulgação da conversa mantida entre a Presidenta da República Dilma Rousseff e o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foram um dos maiores atentados à República.

Conforme o próprio Juiz Federal – condutor da denominada Operação Lava Jato – admitiu, os diálogos entre Dilma e Lula foram gravados quando aquele já havia determinado o fim das interceptações. Na verdade, a Presidenta da República foi vítima de espionagem.

O pior ainda estava por vir. A criminoso divulgação do áudio de conversa da Presidenta da República.

Ressalta-se que nenhum juiz estadual ou federal – idolatrado ou não, herói ou anti-herói, salvador da pátria ou inimigo dela – tem a competência para determinar interceptação contra o Chefe do Poder Executivo. Por uma razão muito simples: a Constituição da República diz que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República (artigo 102, I, “b”, da CR).

Como se não bastasse, verificou-se que o Juiz Sérgio Moro interceptou conversas do ex-Presidente Lula com seus advogados, quebrando uma das principais prerrogativas do advogado (artigo 7º, III, do Estatuto da Advocacia e da OAB).

No que diz respeito ao “vazamento ilícito”, Rubens Casara observa que:

Ao permitir o vazamento ilícito de conversas interceptadas do ex-Presidente Lula, a partir da convicção de que o então investigado não merecia gozar de uma inviolabilidade assegurada pela Constituição, o juiz em atuação demonstrou não só um juízo de valor prévio desfavorável a um imputado, como também evidente comprometimento da imparcialidade exigida ao exercício legítimo da jurisdição. Impossível, pois, continuar a exercer a jurisdição em um processo penal no qual o ex-Presidente figure como réu.¹¹⁵

Não é demais destacar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama que: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei” (artigo

12) e de igual modo a Constituição da República (artigo 5º, X).

1.3. Da cassação do HC concedido por um desembargador federal

No dia 8 de julho de 2018, o Desembargador Federal Rogério Favreto, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), concedeu ordem de *habeas corpus* determinando a imediata soltura do paciente Luiz Inácio Lula da Silva. A decisão causou uma verdadeira barafunda no meio jurídico e político.

Em que pese todas as avaliações, é necessário dizer que a questão deveria ser tratada exclusivamente no campo jurídico e, notadamente, da lei processual penal e da jurisdição.

A jurisdição é um direito fundamental. Direito fundamental, no dizer de Aury Lopes Jr., “de ser julgado por um juiz, natural (cuja competência está prefixada em lei), imparcial e no prazo razoável.” Certo, ainda, que vigora, nesta seara, o princípio da inércia da jurisdição, segundo o qual “o poder somente poderá ser exercido pelo juiz mediante prévia invocação. Vedada está a atuação *ex-officio* do juiz (daí o significado do adágio *ne procedat iudex ex-officio*)”.¹¹⁶

A decisão do Desembargador Federal Rogério Favreto, como é sabido, acabou sendo, indevidamente, cassada pelo Juiz Sérgio Moro (13ª Vara Federal de Curitiba) e pelos Desembargadores João Pedro Gebran Neto (relator da apelação no TRF4) e Carlos Thompson Flores (presidente do TRF4) que bateu o martelo e, sob o manto de um inexistente “conflito positivo de competência” e em nome de uma obscura “segurança jurídica”, fez prevalecer a decisão do Desembargador Gebran Neto, determinando que o paciente Luiz Inácio Lula da Silva permanecesse preso.

Muitos ficaram abismados com o fato de o Juiz da 13ª Vara Federal Sérgio Moro ter se manifestado nos autos estando de férias em outro país. Contudo, se esse episódio, por si só, chama a atenção, o que realmente causa espécie é o fato de o juiz de piso ter dado um despacho em processo em que ele não mais tinha jurisdição nem competência no feito. O argumento de que foi citado no *habeas corpus* e na decisão é raquítico e insuficiente para dar ou devolver jurisdição ao Magistrado da 13ª Vara Federal de Curitiba.

É certo que o desembargador Rogério Favreto era o único, entre todos que se manifestaram, que detinha jurisdição e competência para decidir.

2. Da nomeação para Ministro da Justiça

¹¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v1, p. 427-428.

É sabido que a nomeação de Ministro de Estado é um ato discricionário e, portanto, político. É inerente ao exercício do cargo de Presidente da República. Atendidos os requisitos legais, previstos na Constituição, não há qualquer restrição à nomeação por parte do Chefe do Poder Executivo.

Segundo o constitucionalista José Afonso da Silva:

O cargo é de provimento em comissão e, conseqüentemente, de livre nomeação e exoneração pelo Presidente da República (artigo 84, I), de que há de merecer confiança (à parte injunções políticas), ao contrário do sistema parlamentarista em que os Ministros dependem da confiança do Parlamento e devem exonerar-se, isolada ou coletivamente, quando ela lhes é retirada.¹¹⁷

Nesse diapasão, não há dúvida de que o Presidente eleito pode nomear o Ministro de Estado que lhe convier. Porém, além do Presidente da República, caberia ao pretenso nomeado avaliar se a sua nomeação tem respaldo legal e, ainda, se está em acordo com os valores republicanos e democráticos.

A negociação e tratativa para Sérgio Moro assumir o Ministério da Justiça se deu, conforme o próprio declarou, durante o pleito eleitoral e sem que o juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba tenha se exonerado do cargo, situação que, por si só, compromete a nomeação do Magistrado.

Não é despiendo lembrar que foi graças a questionável decisão condenatória do juiz Federal Sérgio Moro – depois confirmada pelo TRF4 – que o ex-Presidente Lula foi impedido de disputar a eleição presidencial da qual era, segundo todas as pesquisas de opinião, amplamente favorito.

3. Conclusão

Assim sendo, ainda que não seja neutro, pois nenhum ser humano o é, o juiz deve ser imparcial. Conquanto imparcial o juiz, principalmente o juiz criminal, deve compreender que o Estado é a parte forte na relação processual, o Estado é o detentor do *ius puniendi* e, portanto, se alguém deve ser “protegido”, este alguém é o acusado. Assim, deve o magistrado zelar e portar-se como um verdadeiro guerreiro em defesa dos direitos e garantias fundamentais e em defesa da Constituição da República.

Diante de tudo, não resta dúvida de que os atos processuais praticados pelo Juiz Federal Sérgio Moro e ratificados pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no que se

¹¹⁷ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

refere ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no seio da Operação Lava Jato e para além dela, devem ser anulados, principalmente, em razão da parcialidade incontestada.

Finalmente, é preciso que a sociedade entenda – goste ou não – que não se trata tão somente de uma questão política, mas, sobretudo, de respeito ao devido processo legal e aos princípios fundamentais insculpidos na lei processual penal e na Constituição da República à qual todos devem obediência.

Um juiz no banco dos réus

MARCO AURÉLIO DE CARVALHO

FERNANDO HIDEO LACERDA

Todo ser humano tem o direito de se defender de uma acusação criminal em julgamento realizado por tribunal independente e imparcial. Não é um privilégio, mas um patamar mínimo de civilidade contemplado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos,¹¹⁸ pela Convenção Americana de Direitos Humanos¹¹⁹ e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.¹²⁰

Erros e acertos são contingências de qualquer decisão judicial, mas a independência do tribunal e a imparcialidade do julgador são condições indispensáveis para um julgamento justo. Do contrário, o processo se torna mero simulacro em que a forma constitucional é manipulada como aparência destinada a ocultar interesses pessoais dos aplicadores do direito.

118 Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo X: Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

119 Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 8, I: Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

120 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 14, I: Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exigir, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.

Tal como à mulher de Cesar não basta ser honesta, ao Magistrado não é suficiente que seja imparcial: é preciso parecer imparcial. Para assegurar essa estética de imparcialidade há uma série de garantias institucionais, tais como a vitaliciedade e inamovibilidade, mas há também diversas limitações aos julgadores, como por exemplo a proibição de atividade político-partidária.

Enquanto juiz, Sérgio Moro não desconhecia sua obrigação de ser e, acima de tudo, parecer imparcial. Isso não é mera suposição ou convicção da nossa parte, há prova. No ano de 2017, auge da chamada Operação Lava Jato, Sérgio Moro reconheceu a impossibilidade de atuar como juiz de um caso criminal em que sua estética de imparcialidade estava contaminada por interesses pessoais.

O caso envolvia o jornalista Eduardo Guimarães, alvo de medidas ilegais decretadas por Sérgio Moro: quebra de sigilo telemático, condução coercitiva para ser ouvido como investigado em um inquérito policial e busca e apreensão de documentos e dispositivos eletrônicos em sua residência. Tais medidas violavam não apenas o sigilo de fonte jornalística e a liberdade do investigado, mas acima de tudo afrontavam o dever de imparcialidade do Magistrado, pois, no passado, Sérgio Moro havia representado criminalmente, na condição de vítima, contra Eduardo Guimarães por suposto delito de ameaça.

Ora, se o cidadão Sérgio Moro se considerava vítima de um crime praticado por Eduardo Guimarães no passado, jamais poderia, em momento posterior, presidir as investigações destinadas a apurar outra conduta praticada pelo mesmo Eduardo Guimarães. A toda evidência, quem representa criminalmente na condição de vítima de um crime praticado por alguém não pode figurar como julgador dessa mesma pessoa em caso distinto.

Diante do evidente comprometimento da estética de imparcialidade, a defesa de Eduardo Guimarães opôs exceção de suspeição em face do Juiz Sérgio Moro. Na condição de advogados do jornalista, sustentamos à época que:

Admitir que os mesmos dois indivíduos – Sérgio Fernando Moro e Carlos Eduardo Cairo Guimarães – possam figurar simultaneamente como vítima/agressor em um caso criminal e julgador/julgado em outro caso – também de natureza criminal, no curso do qual foram decretadas medidas restritivas tais o afastamento dos sigilos telefônico e de e-mail, a condução coercitiva e a realização de busca e apreensão dos equipamentos profissionais – é recusar a estética de imparcialidade inerente à legítima atividade jurisdicional.¹²¹

Uma vez demonstrado o comprometimento da imparcialidade do então juiz para presidir as investigações contra alguém por quem nutria sentimentos pessoais negati-

vos, não lhe restou outra alternativa senão reconhecer sua suspeição para atuar no caso e acolher a exceção de suspeição oposta por nós.

Em decisão proferida no dia 26 de maio de 2017, o então Juiz Sérgio Moro nega a existência de inimizade capital como causa de suspeição, pois diz não se lembrar das desavenças com o jornalista Eduardo Guimarães, mas reconhece o comprometimento da estética de imparcialidade:

Se tivesse lembrado, teria se afastado do processo. Não porque exista causa legal para suspeição, mas sim para evitar qualquer questionamento de que este julgador estivesse agindo por motivos pessoais. Então, nessa linha, embora não exista causa legal para suspeição, a fim de evitar qualquer dúvida quanto à lisura do realizado e da continuidade do processo, acolho, pelo motivo elencado, a exceção de suspeição.¹²²

Portanto, há precedente contemporâneo aos casos da assim chamada Operação Lava Jato em que o próprio Sérgio Moro demonstra ser indispensável a estética de imparcialidade. Mesmo não assumindo a existência de inimizade no caso concreto, o então Magistrado declarou-se suspeito “para evitar qualquer questionamento de que o julgador estivesse agindo por motivos pessoais” e “a fim de evitar qualquer dúvida quanto à lisura do realizado e da continuidade do processo”.

E se, no caso do jornalista Eduardo Guimarães, o então Magistrado reconheceu haver razões para crer que estaria agindo por motivos pessoais suficientemente graves a ponto de contaminar a lisura das investigações, que dizer dos episódios que envolveram o mesmo Sérgio Moro como julgador das acusações criminais forjadas contra o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva?

Do primeiro ao último ato, os processos que resultaram em condenações de Lula são repletos de ilegalidades. Desde a patente incompetência da 13^a Vara Federal de Curitiba, das interceptações ilegais de seus familiares, de seus advogados e da Presidenta Dilma, seguidas dos vazamentos em rede nacional para pressionar a votação do *impeachment*, passando por sua condução coercitiva (contrariando textualmente o que dispõe o Código de Processo Penal), pelo indeferimento da produção de provas que interessavam à defesa, pela extorsão de delações premiadas mediante prisões preventivas arbitrárias, pela sentença fabricada sob medida para barrar a sua candidatura à Presidência, pelo julgamento da apelação em tempo recorde, pelo acórdão que adotou uma tese que sequer foi sustentada pela acusação, pela atuação ilegal de Sérgio Moro para barrar decisão legítima do Desembargador Rogério Favreto do Tribunal Regional

¹²² Exceção de suspeição criminal n° 5013768-12.2017.4.04.7000/PR – Despacho – evento 3.

Federal da 4ª Região, pela divulgação da delação de Antonio Palocci na véspera da eleição presidencial de 2018, até a coroação do nível máximo de comprometimento da estética de imparcialidade do então Juiz Sérgio Moro, com o abandono da magistratura para assumir cargo político de Ministro do primeiro escalão do governo que ajudou a eleger.

Dentre tantas ilegalidades, há um episódio que revela com singularidade a contaminação do sistema de justiça. No processo administrativo disciplinar instaurado para apurar a responsabilidade do então Juiz Sérgio Moro pela violação ilegal de sigilo da Presidenta Dilma Rousseff, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu explicitamente a lógica da exceção no processo penal. Por 13 votos a 1, o Tribunal decidiu que o Magistrado poderia violar impunemente o ordenamento jurídico porque a Operação Lava Jato não se limitaria às regras comuns.

O Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti advertiu que as “regras jurídicas só podem ser corretamente interpretadas à luz dos fatos a que se ligam e de todo modo verificado que incidiram dentro do âmbito de normalidade por elas abrangido”. Ou seja, adotando a perspectiva schmittiana sobre o estado de exceção, o Tribunal condicionou a vigência da norma à avaliação da normalidade dos fatos. “É que a norma jurídica incide no plano da normalidade, não se aplicando a situações excepcionais”.¹²³

Proseguindo em seu voto, o julgador afirmou que a Operação Lava Jato seria um “caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro”. Por essa razão, os agentes do sistema de justiça não estariam limitados pelo ordenamento jurídico comum, legitimando-se um tratamento excepcional para o sucesso e eficiência dos objetivos buscados pela operação:

Ora, é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada ‘Operação Lava-Jato’, sob a direção do Magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns. Assim, tendo o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas de investigados na referida operação servido para preservá-la das sucessivas e notórias tentativas de obstrução, por parte daqueles, garantindo-se assim a futura aplicação da lei penal, é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art. 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal. A ameaça permanente à continuidade das investigações da Operação Lava-Jato, inclusive mediante sugestões de alterações na legislação, constitui, sem dúvida, uma situação inédita, a merecer um tratamento excepcional.¹²⁴

123 P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

124 P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Merecem registro as lições do único voto divergente, da lavra do Desembargador Federal Rogério Favreto, o mesmo que, meses após esse julgamento, teria a autoridade de outra decisão afrontada por Sérgio Moro,¹²⁵ em que reconheceu a parcialidade de Sérgio Moro:

Além disso, a decisão, no quadro em que proferida, teve o condão de convulsionar a sociedade brasileira e suas disputas políticas. Aliás, no dia dos protestos contra o Governo da Ex-Presidente Dilma (13/03/2016), o próprio Magistrado enviou carta pessoal à Rede Globo e postou nota no seu blog, manifestando ter ficado “tocado” pelas manifestações da população e destacando ser “importante que as autoridades eleitas e os partidos ouçam a voz das ruas”. Ora, esse comportamento denota parcialidade, na medida em que se posiciona politicamente em manifestações contrários ao Governo Federal e, ao mesmo tempo, capta e divulga ilegalmente conversas telefônicas de autoridades estranhas à sua competência jurisdicional. O Poder Judiciário, ao qual é própria a função de pacificar as relações sociais, converteu-se em catalizador de conflitos. Não é atributo do Poder Judiciário avaliar o relevo social e político de conversas captadas em interceptação e submetê-las ao escrutínio popular. Ao fazê-lo, o Judiciário abdica da imparcialidade, despe-se da toga e veste-se de militante político.¹²⁶

Se a estética da imparcialidade do então Juiz Sérgio Moro, dos procuradores da chamada força-tarefa do Ministério Público Federal e dos Desembargadores do Tribunal Regional Federal da 4ª Região já estava irremediavelmente comprometida por tais condutas praticadas à luz do dia, os interesses pessoais escusos dos agentes do sistema de justiça responsáveis pela condenação de Lula foram desnudados pela revelação das conversas que mantinham sigilosamente.

Na saga que entrou para a história como Vaza Jato, as mensagens divulgadas pelo *The Intercept Brasil* em colaboração com outros veículos de imprensa revelaram a aliança espúria entre o então Juiz Sérgio Moro e procuradores da República, que aparentemente se uniram com o propósito de combater inimigos ideológicos por meio de processos penais de exceção.

As confidências entre o Juiz, o grupo de procuradores e policiais federais contrastam com o discurso oficial adotado pelos atores do sistema de justiça. Enquanto

125 OLIVEIRA, Mariana. Decisão de Moro contra liminar de soltura de Lula foi proferida durante suas férias. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 8 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-08/decisao-moro-soltura-lula-foi-proferida-durante-ferias>>. Acesso em: 7 jul. de 2020.

126 P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

publicamente adotavam a estratégia marqueteira de se anunciar como combatentes da corrupção e arautos da moralidade, a realidade agora descortinada revela que o Magistrado atuou veladamente como íder, um verdadeiro coach da tal força-tarefa, orientando e criticando a atuação do Ministério Público Federal e da Polícia Federal, firmes no propósito comum de impedir a vitória eleitoral do PT e obter condenações penais baseadas em motivações políticas, partidárias e ideológicas.

A divulgação das conversas entre os agentes do sistema de justiça descortinou, para além de qualquer dúvida, a farsa judicial materializada naquilo que já denunciávamos como processo penal de exceção deflagrado contra Lula. Se os atos processuais já apontavam para a suspeição dos julgadores, acusadores e investigadores, o conteúdo das mensagens trocadas entre eles é devastador e não deixa sequer resquícios de uma estética de imparcialidade.

Hoje está claro que Sérgio Moro agiu como militante político e não como juiz de direito. Os atos que praticou oficialmente como Magistrado já seriam suficientes para demonstrar que jamais houve aparência de imparcialidade para julgar Lula, mas as conversas mantidas oficiosamente com os acusadores e reveladas pela Vaza Jato demonstram inquestionavelmente os interesses particulares, os projetos pessoais de poder e as preferências ideológicas que serviram de combustível à engrenagem punitivista da Operação Lava Jato.

O roteiro que culminou na condenação de Lula revela o caráter político e a ligação indissociável da Operação Lava Jato com a corrida eleitoral de 2018. Ao candidato que liderava todas as pesquisas eleitorais¹²⁷ foi imposto tratamento singular e distinto dos demais políticos e cidadãos em situação idêntica ou similar, sendo que o tempo do processo foi cronometrado de acordo com o calendário eleitoral para impedir sua eleição como Presidente da República.

Nem o mais convicto entusiasta dos métodos lavajatistas poderia negar a relação indissociável com a eleição presidencial de Jair Bolsonaro, bem resumida pelo Ministro Gilmar Mendes: “A Lava Jato é pai e mãe do bolsonarismo”.¹²⁸ O próprio Jair Bolsonaro reconhece que a atuação de Sérgio Moro foi decisiva para sua eleição.¹²⁹ E,

127 Por todos, MODZELESKI, Alessandra. Lula tem 33%, Bolsonaro, 15%, Marina, 7%, e Ciro, 4%, aponta pesquisa Ibope. *G1*, Brasília, 28 jun. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/lula-tem-33-bolsonaro-15-marina-7-e-ciro-4-aponta-pesquisa-ibope.ghtml>>. Acesso em: 7 jul. 2020.

128 GILMAR Mendes: Lava jato é pai e mãe do bolsonarismo. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 2 maio 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/gilmar-mendes-lava-jato-pai-mae-bolsonarismo>>. Acesso em: 7 jul. 2020.

129 AMORIM, Felipe. Bolsonaro diz que trabalho de Moro como juiz o levou à Presidência. *Uol*, São Paulo, 8 nov. 2019. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/11/08/bolsonaro-diz-que-trabalho-de-moro-como-juiz-o-levou-a-presidencia.htm>>. Acesso em: 7 jul. 2020.

para além de qualquer aparência, a esposa do ex-Juiz e ex-Ministro, Rosângela Moro, sentenciou: “Eu não vejo o Bolsonaro, o Sérgio Moro. Eu vejo o Sérgio Moro no governo do Presidente Jair Bolsonaro, eu vejo uma coisa só”.¹³⁰

A militância política de Sérgio Moro precede o abandono oficial de sua carreira na magistratura. Em entrevista do dia 6 de julho de 2020, declarou de forma jocosa que o interrogatório do ex-Presidente conduzido por ele seria o “ringue com Lula”.¹³¹ Nesse ringue, juiz e acusação travaram um combate contra a defesa, a quem, como revela a conversa entre o então Juiz e um dos procuradores horas após o interrogatório, foi atribuído um “showzinho”. Eis o teor da mensagem divulgada pelo *The Intercept Brasil*, enviada por Sérgio Moro ao Procurador Carlos Fernando dos Santos Lima: “Talvez vcs deversem amanhã editar uma nota esclarecendo as contradições do depoimento com o resto das provas ou com o depoimento anterior dele. Por que a Defesa já fez o showzinho dela”.¹³²

No ringue do processo penal de exceção, não há julgamento, a forma jurídica é uma farsa destinada a ocultar a essência tirânica de perseguição ao inimigo. Lula foi vítima de um conluio do sistema de justiça contaminado por interesses políticos e ideológicos. Mais do que uma operação de *marketing*, hoje está claro que a Lava Jato atentou contra a soberania popular mediante a imposição autoritária de um projeto de poder.

O primeiro passo para a retomada da legalidade constitucional no país é reconhecer a parcialidade da Operação Lava Jato. Não existe luta contra a corrupção sem um sistema de justiça independente e imparcial, não existe processo justo alijado da estética de imparcialidade. Munidos do arbítrio seletivo e legitimados pelo espetáculo penal, investigadores, acusadores e julgadores desleais à Constituição Federal tornam-se algozes do próprio Estado Democrático de Direito.

O Supremo Tribunal Federal tem um encontro marcado com sua vocação contra-majoritária. Oportunidade singular para a necessária reacreditação do nosso sistema de justiça. O reconhecimento da escandalosa parcialidade com que foram conduzidos os processos que condenaram o ex-Presidente Lula é a melhor resposta e a única saída.

¹³⁰ MOURA, Rafael Moraes. ‘Moro e Bolsonaro: vejo uma coisa só’, diz mulher do Ministro Rosângela Moro elogia governo, diz que Presidente e marido formam um time, defende campanha de abstinência sexual e discute aborto. *Estadão*, São Paulo, 16 fev. 2020. Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,moro-e-bolsonaro-vejo-uma-coisa-so-diz-mulher-do-ministro,70003199209>>. Acesso em: 7 jul. 2020.

¹³¹ Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=efZEZv7PXRk>>. Acesso em: 7 jul. 2020.

¹³² AUDI, Amanda; DEMORI, Leandro; GREENWALD, Gleen; MARTINS, Rafael Moro. ‘A defesa já fez o showzinho dela’: Sérgio Moro, enquanto julgava Lula, sugeriu à Lava Jato emitir uma nota oficial contra a defesa. Eles acataram e pautaram a imprensa. *The Intercept Brasil*, São Paulo, 14 jun. 2019. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/06/14/sergio-moro-enquanto-julgava-lula-sugeriu-a-lava-jato-emitir-uma-nota-oficial-contra-a-defesa-eles-acataram-e-pautaram-a-imprensa/>>. Acesso em: 7 jul. 2020.

Sempre suspeito

AUGUSTO DE ARRUDA BOTELHO

Eu sempre afirmei que o Juiz Sérgio Fernando Moro passava ao largo da necessária imparcialidade de um julgador e, portanto, sempre foi suspeito.

Em razão da minha atividade como advogado criminalista, atuei desde os primórdios da Operação Lava Jato, antes ainda de ela ter virado o verdadeiro *reality show* judiciário a que assistimos. Atuo na Operação defendendo pessoas físicas e jurídicas, investigadas e processadas até hoje, mas isso não retira, muito pelo contrário, minha isenção, já que toda a minha análise se dará em razão da minha experiência, combinada com critérios exclusivamente técnicos.

Ao longo desses seis últimos anos, foram centenas de petições e recursos aos Tribunais Superiores, incontáveis audiências com Sérgio Moro e alguns despachos pessoais com Sua Excelência.

Sua parcialidade era evidente em todos os seus atos, dos mais mezinhos, como, por exemplo, a forma de receber a defesa, até em seus, muitas vezes, rasos, porém cheios de adjetivos, despachos judiciais.

A suspeição e a parcialidade de Moro gritavam mais alto nas audiências. Ali, com advogados, réus e, principalmente, membros do Ministério Público Federal, ficava evidente que a balança de Moro sempre pedia para um lado, obviamente, o lado da acusação.

Neste breve artigo, eu pretendo abordar a suspeição de Sérgio Moro, como já disse, com base na minha experiência, e dividirei esta reflexão da seguinte forma: a suspeição nas decisões judiciais; a suspeição nas audiências; a suspeição e parcialidade nas manifestações (para a imprensa, o que nunca deveria acontecer); e, por último, naquilo que eu considero o maior escândalo da história do Poder Judiciário do Brasil: as trocas de

mensagens divulgadas no episódio que ficou conhecido como Vaza Jato.

A primeira e mais importante qualidade de um juiz é a imparcialidade. Mais do que qualidade, a imparcialidade é uma garantia de Justiça para as partes. Por isso, têm elas o direito de exigir um juiz imparcial.

A imparcialidade do julgador é, por definição, condição de validade da jurisdição, garantida pela cláusula constitucional do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da Constituição Federal), em tratados internacionais (cf. artigo 8.1 do Pacto de San José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto nº 678/1992, e no artigo 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto nº 592/1992), nos artigos 135 e 136 do Código de Processo Civil e nos artigos 252 e 254 do Código de Processo Penal.

Em dois tipos diferentes de atos e decisões judiciais, a parcialidade e consequente suspeição de Sérgio Moro saltavam aos olhos.

O Direito Penal, como se sabe, ou pelo menos se deveria saber, deve se pautar sempre pela mínima intervenção. A Justiça Penal é sempre o último recurso, e, nos processos criminais, nada viola mais a dignidade humana do que o cerceamento forçado da liberdade de alguém. Mais ainda, quando esse cerceamento se dá antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória.

As prisões cautelares, que são excepcionalíssimas na nossa lei, em nosso país, infelizmente, se tornaram regra. Na Operação Lava Jato, o uso excessivo, injustificado e ilegal da prisão preventiva sempre teve uma razão, sempre teve um método, sempre teve um objetivo: fazer com que homens e mulheres, retirado um dos mais importantes direitos que lhes são assegurados, a liberdade, estivessem mais suscetíveis aos encantos de uma delação premiada.

Que fique claro, as prisões preventivas da Operação Lava Jato, muitas delas consideradas ilegais pelos Tribunais Superiores, tiveram sempre como norte a intenção de fragilizar emocionalmente, psicologicamente e fisicamente investigados para que estes optassem pelo caminho mais rápido, mas nem sempre o melhor, para obtenção de sua liberdade: a delação premiada.

Voltando à excepcionalidade das prisões cautelares, que só devem ser decretadas quando não houver qualquer outra possibilidade processual, e mais do que isso, quando observados rigorosamente os requisitos previstos no Código de Processo Penal, tivemos, por parte de Sérgio Moro, a reiterada utilização de algo ainda mais grave de que um mero despacho decretando uma prisão preventiva. Tivemos vários decretos prisionais cuja manifestação foi de ofício, ou seja, as prisões foram decretadas por iniciativa do juiz, e não após um pedido do Ministério Público ou das autoridades policiais responsáveis pelas investigações.

O Superior Tribunal de Justiça, por mais de uma vez, deixou claro que, na fase investigativa da persecução penal, o decreto de prisão preventiva não prescinde de requerimento do titular da ação penal, Ministério Público, querelante ou do assistente de acusação, ou, ainda, de representação do órgão responsável pela atividade investigatória para que possa ser efetivado pelo magistrado, sob pena de violação à imparcialidade do juiz, da inércia da jurisdição e do sistema acusatório. Ou seja, ao decretar, durante o curso de um inquérito policial, a prisão de alguém, sobre quem não pesa sequer uma acusação formal, o juiz já se coloca inteiramente na posição não de juiz, mas de investigador. Nesse sentido, seria como o magistrado julgar com sua convicção, pensando ‘Para mim, juiz, esta prisão é necessária neste momento, mesmo que, para quem investiga e para quem, ao fim e ao cabo, será o destinatário final desta prova, essa necessidade não esteja presente’.

Ao entender um juiz, à revelia da Polícia e do Ministério Público, ser uma prisão preventiva necessária durante um inquérito policial, já está ele, sobremaneira, entorpecido por um prejulgamento que já cegou sua imparcialidade. O juiz que prende alguém no meio de uma investigação, sem que tenha havido pedido anterior nesse sentido, nunca, jamais, poderia ser o mesmo juiz a julgar essa causa, caso essa investigação se transformasse em uma ação penal. Jamais!

A ilegalidade de muitos decretos de prisão preventiva assinados por Moro e, mais do que isso, a clara intenção de fazer com que essa prisão fosse apenas o meio, o nefasto método, para se obter uma delação premiada, residem no fato de que, em muitos dos casos, após noticiado que se iniciava uma negociação de um réu preso e de que este estaria prestes a iniciar a colaboração, houve a revogação das prisões por Moro. Ora, se a prisão era necessária – sabemos que não era – e havia sido decretada observando-se os requisitos previstos no Código de Processo Penal – o que também sabemos que não ocorreu – esses requisitos simplesmente desapareceram a partir do momento em que o investigado mostrou a sua intenção em colaborar com a justiça? O investigado que foi preso preventivamente porque poderia adulterar provas, fugir do país, ou ameaçar testemunhas, automaticamente assim deixou de agir pela mera possibilidade de delatar? Se a prisão era necessária naquele momento, o que a faz desnecessária em momento posterior? Ou seja, o simples fato de um réu optar pela delação faz com que, em tese, atos concretos (e para se decretar uma preventiva é necessário que atos concretos, determinados e palpáveis, sejam apontados) simplesmente sejam apagados da história? A resposta, evidentemente, é não.

De duas, uma: ou a prisão anteriormente decretada era ilegal, já que com base em meras suposições, possibilidades; ou a virada de mesa, a opção pela estratégia de defesa da delação, fazia com que novas regras processuais, uma nova interpretação equivocada-

da na nossa lei, surgissem.

Vamos agora tratar de uma outra espécie de manifestação judicial – e aqui eu poderia citar dezenas – que demonstra a evidente parcialidade de Sérgio Moro.

Para aqueles que não militam na área criminal, uma breve explicação: quando um investigado ou um réu impetra uma ordem de *habeas corpus* a um tribunal, a primeira medida desse tribunal é requisitar à autoridade coatora (geralmente um juiz de primeira instância) informações, que nada mais são do que um breve resumo da medida, da decisão, da ordem, objeto de contestação. Na praxe, e no dia a dia da justiça criminal, essa resposta ao pedido de informações cinge-se apenas a um relato mais resumido da decisão tomada.

Sérgio Moro, por sua vez, ia além, muito além. Com receio, receio esse fundado, de que suas prisões pudessem ser revistas, já que flagrantemente ilegais, Moro carregava na tinta, por assim dizer. Exemplificando: um HC que discute uma prisão decretada por um despacho. No momento de informar ao tribunal, o juiz que a decretou expõe, de maneira mais sucinta, as razões dessa decisão. Sérgio Moro, por sua vez, apresentava, em suas respostas aos pedidos de informações, fatos e reflexões que muitas vezes sequer constavam do próprio decreto por ele assinado. Houve vezes em que, de forma absolutamente irregular, Moro listava novos “motivos”, novas “justificativas” e até novos fatos com a intenção de reforçar seu manco e incompleto despacho anterior.

A inovação chegou a tal ponto de Sérgio Moro fazer até menção e análises de matérias jornalísticas, notas divulgadas à imprensa e entrevistas de investigados e seus advogados quando estes comentavam sobre o erro dessas ilegais prisões.

Esses são apenas alguns exemplos, e eu poderia citar vários outros, de formas de agir de Moro em despachos e manifestações em vários processos que demonstram claramente estar o juiz apaixonado por sua própria causa. E a paixão, dentre várias consequências, entorpece. O ser humano, naturalmente suscetível às vaidades, ao tomar para si algo que a ele não pertence (pois, lembremos, a um juiz, especialmente um juiz criminal, não cabe a tarefa nem a missão de combater o crime, qualquer que seja o crime) e ao assumir um desproporcional apego por uma operação policial e fazer dela uma cruzada no combate a um mal, por mais que seja esse mal grave e de necessário enfrentamento, afasta-se ele, e muito, da imparcialidade essencial do ato de julgar.

Nas audiências, com sua dinâmica mais informal e suas surpresas que muitas vezes só aparecem ali (durante o ato), essa paixão e parcialidade de Sérgio Moro eram visualmente perceptíveis. Se, dentro dos autos, tinha ele por costume negar reiteradamente das defesas pedidos essenciais para a produção de provas, pedidos essenciais para a busca da verdade real e até pedidos simples, como testemunhas a serem arroladas, a

evidente predisposição para ser sempre contra os pedidos defensivos era patente durante as audiências.

Primeiro, Moro tinha o hábito de indeferir, sem justificativa, diversas perguntas que a defesa formulava às testemunhas ou aos réus colaboradores, sob a rasa justificativa de que tais questionamentos seriam impertinentes. Por outro lado, tal procedimento não era adotado quando as perguntas vinham da acusação. Os procuradores da República tinham ampla liberdade para fazer perguntas, muitas delas inclusive – e isso foi por diversas vezes motivo de embate durante o ato – que não guardavam qualquer relação com a denúncia específica daquele processo cuja audiência se realizava.

O ápice da parcialidade na colheita da prova se dava sempre no final das audiências. Tínhamos, assim por dizer, o *grand finale* do teatro da parcialidade.

Um ato de interrogatório, e aqui vale uma breve explicação, é essencialmente um ato de defesa, e o Código de Processo Penal estipula como deve ser seu rito. De certa forma, o rito previsto para oitiva de testemunhas – sejam elas de defesa ou de acusação – era semelhante, mas o importante para a compreensão do leitor é que ao juiz cabe apenas esclarecer fatos e falas que, durante a audiência, restaram duvidosas ou inconclusivos. Caberia ao juiz fazer um, digamos, fechamento, caso tivesse ele dúvidas, já que as testemunhas e o réu (em seu interrogatório) já haviam sido previamente questionados pelas partes.

O método de Moro, e aqui novamente volto a usar essa palavra para afirmar que nada na Operação Lava Jato foi por acaso, chegou ao ponto – já que fazíamos audiências quase que semanais com Sua Excelência – de virar motivo de um bordão entre nós advogados. A forma de agir de Moro ficou conhecida como “agora, apenas mais alguns esclarecimentos por parte do juízo”. Era assim que funcionava.

Uma testemunha respondia aos questionamentos do MPF, respondia aos questionamentos da defesa e, evidentemente, esgotava, naquele momento, todas ou quase todas as suas explicações. É natural que alguma dúvida, alguma imprecisão pudesse ser esclarecida pelo juiz, afinal a prova se destina também a ele. O que Moro fazia, contudo, era muito diferente. Sob a pueril afirmação de que faria apenas mais alguns esclarecimentos, Moro reinquiria completamente a testemunha de forma parcial, enviesada e com o tom às vezes muito mais acima do usado pelo próprio Ministério Público Federal, e fazia isso principalmente quando aquele depoimento, de certa forma, havia sido bom para a defesa.

Ele, por assim dizer, espremia, encurralava, constrangia as testemunhas. Muitas vezes com contradições inexistentes, ou com a repetição da mesma pergunta por várias vezes, em alguns casos sobre pontos irrelevantes, para criar, ali sim, algum tipo de irregularidade, de desmentido, de contradição.

Moro, com as testemunhas, principalmente as de defesa, e com os réus, era um verdadeiro inquisidor, predefinido para condenar. Ali não estávamos diante de um mero esclarecimento, estávamos diante de mais uma vez um método para destruir, ainda que de forma falaciosa, qualquer narrativa que pudesse vir a beneficiar algum acusado.

Se pudessemos resumir o que as audiências da Operação Lava Jato significaram, poderíamos dizer que elas, em momento algum, foram usadas para se confirmar ou não as acusações que as denúncias fizeram; não estava ali Moro interessado em saber se o que a acusação dizia de fato coincidia com a verdade. Para ele, a instrução processual e suas audiências eram apenas um obstáculo, apenas uma formalidade a ser cumprida para a já esperada e predefinida condenação de alguém.

Passo agora ao meu penúltimo ponto desta breve reflexão, dizendo que ele já se confunde com o meu último ponto. Mas vamos lá.

Sérgio Moro mostrou sua evidente suspeição também em manifestações extra-autos. Aqui vale um parêntese: por mais que estejamos enfrentando uma já mencionada espetacularização do Poder Judiciário, acentuada em razão do necessário, porém perigoso, protagonismo que esse Poder tem assumido nos tempos atuais, é fato que juízes, desembargadores e ministros não deveriam falar inapropriadamente fora dos autos. O que vemos, contudo, é justamente o contrário. Mas é fato que juízes, desembargadores e ministros não deveriam, mas sim, em muitas ocasiões, falam inapropriadamente fora dos autos. E pior, sobre casos que estão ou poderão estar sob seu julgamento.

Com Moro não podia ser diferente. Usou ele de um artifício, não menos vil, mas de certa forma mais sofisticado: ao invés de simplesmente, aos quatro ventos e através de microfones dos veículos de comunicação, expor suas ideias, Moro passava seus recados fora dos processos de um jeito diferente. Ora fazia isso em seus despachos, ora nos já mencionados pedidos de informações vindos de tribunais superiores, ora, ainda, se comunicando com o mundo exterior através de terceiros. E o fazia, pasmem, em conluio orquestrado com uma das partes do processo.

Em um dos trechos daquilo que ficou conhecido como Vaza Jato, Moro, em uma conversa com um dos procuradores da Força-Tarefa de Curitiba, sugeriu que, após a audiência em que o ex-Presidente Lula havia sido interrogado, que aqueles deveriam publicar uma nota esclarecendo as contradições do depoimento – tanto com relação ao resto das provas, quanto com relação ao depoimento anterior que esse réu havia dado. Concluiu Moro com uma das frases mais abjetas e demonstrativas do grau de desprezo que o ex-juiz tinha e tem pelo devido processo legal: “[...] porque a defesa já fez o showzinho dela”. Essa frase, e unicamente essa frase, vinda de um juiz que tem a tarefa de julgar uma ação penal contra quem quer que seja, já faria com que, imediatamente, esse juiz se tornasse, de forma incontroversa, suspeito para julgar a demanda.

A partir do momento em que, durante a instrução de um processo, antes de sentenciá-lo, classifica a defesa dessa forma, classifica a manifestação de um réu – porque, afinal, o papel do advogado é este: dar voz a quem é acusado –, a partir do momento em que essa voz é considerada um “showzinho”, esse juiz jamais poderia continuar a frente desse julgamento.

Finalizo agora com aquilo que, para mim, foi o maior escândalo da história recente do Poder Judiciário brasileiro: a divulgação de conversas entre Procuradores da República da Força-Tarefa da Operação Lava Jato e também entre alguns desses Procuradores com o ex-Juiz Sérgio Moro.

O sistema brasileiro de justiça pode ser, de forma bastante sintética, objetiva e, por que não dizer, desenhada, explicado da seguinte forma: pensemos em um triângulo. Em uma ponta, o juiz, nas outras duas pontas, as partes. Em um processo criminal, estas são representadas pelo Ministério Público e pela defesa. São elas partes geralmente com pedidos e estratégias antagônicas: a acusação, na imensa maioria das vezes, pedindo a condenação de alguém, e a defesa, por outro lado, sua absolvição. E essas duas partes são, naturalmente, parciais em seus pedidos. Não se faz necessária a citação de qualquer doutrina ou qualquer princípio constitucional para firmar que, nessa relação, a única parte que, por assim dizer, não pode ser parte, não pode ter um lado, é, obviamente, o juiz.

Não sejamos hipócritas. Juízes e membros do Ministério Público podem ser amigos. Advogados de defesa e promotores podem conviver socialmente. Advogados e ministros, desembargadores podem frequentar o mesmo círculo de relação, podem ter feito a mesma faculdade, podem dividir a mesma praia em um período de férias. Podem até se comunicar pelo telefone, por redes sociais, sair para jantar. Imagine-se uma pequena comarca, onde há um juiz, um promotor e não mais que meia dúzia de advogados. É natural que estes se conheçam, se relacionem, gostem ou não gostem uns dos outros.

Os atores do sistema judiciário não são alheios ao mundo real. Não formamos uma categoria à parte. O que jamais, sob hipótese alguma, pode acontecer é que qualquer tipo de relação pessoal entre esses atores interfira no regular, legítimo e legal andamento de um processo.

O que, estarrecidos, pudemos ler no já mencionado episódio da Vaza Jato é a maior quebra de parcialidade de que se tem história em nosso país. Não vimos apenas conversas corriqueiras entre dois cidadãos que, por acaso, trabalham na mesma área. Vimos a discussão, a antecipação de decisões judiciais, a sugestão de produção de provas e uma imensa lista de ilegalidades que maculam de forma cristalina a legalidade de uma série de investigações e processos da Operação Lava Jato.

Dezenas, repito, dezenas de processos, a essa altura, deviam ter sido anulados pelos Tribunais Superiores. Várias pessoas ainda presas por despachos desse juiz, que, além de, em muitas ocasiões, ser incompetente para julgar a causa, se mostrou evidentemente suspeito, deveriam ser imediatamente colocadas em liberdade. E, para aqueles que, de alguma forma, relativizam a gravidade dessas conversas, o exercício é bastante simples: basta trocar um personagem. Ao invés de procuradores da República, coloquem, nos mesmos e exatos diálogos divulgados, advogados de defesa.

Imaginemos onde estaria hoje Sérgio Fernando Moro se fossem divulgadas conversas dele com advogados de uma grande empreiteira, por exemplo, e, nessas conversas, ficasse claro que o juiz responsável pelo caso antecipava suas decisões e as comunicava para a defesa. O mesmo juiz indicava provas favoráveis para a defesa de réus ou sugeria notas e manifestações para a imprensa para contrapor o showzinho da acusação.

Deixo para o leitor a imaginação e a conclusão dessa pergunta, mas eu não duvido de que, se essas conversas tivessem se dado com a defesa dos acusados, Sérgio Moro estaria hoje num lugar frequentado por muitos cidadãos atingidos por sua parcialidade: no banco dos réus.

A Constituição para todos

FERNANDO AUGUSTO FERNANDES

Libertas quæ sera tamen

Os fatos históricos são de difícil compreensão, e, para entendê-los, é preciso distanciamento. A imagem seria a de alguém que, ao mergulhar no mar, acaba atingido por uma onda. Na linguagem popular, diz-se que essa pessoa “levou um caixote”. O movimento do caldo da água joga-a para todos os lados e puxa-a para o fundo. Quando se sai dessa situação, é difícil compreender exatamente o que aconteceu. Há uma diferença enorme, nessa percepção, se comparada pela visão captada por um moderno equipamento de aeronave não tripulada que permite imagens de cima.

Os fatos não são, inicialmente, o que parecem. A Lava Jato iniciou-se em 2014 e, hoje, pode ser mais bem analisada, mas ainda está longe de ser absolutamente desvendada. A compreensão das consequências das ações e omissões do Supremo Tribunal Federal (STF) permitiu a alguns ministros uma verdadeira guinada de posição jurídica quanto ao caso. Aos poucos, é necessário preservar e guardar a Constituição, que deve ultrapassar o tempo e florescer, a cada primavera, os frutos da democracia. Mas é preciso reconhecer que, durante o inverno que passamos, nos distanciamos e nos encontramos na escuridão à beira de abismos sem mesmo notarmos o perigo.

O *marketing* foi criado por um maestro na manipulação, Paul Joseph Goebbels, e essa investigação se transformou em uma marca. A Lava Jato passou a estar nos jornais, revistas, entrevistas e artigos. Mas, essencialmente, nas operações realizadas às 6 horas da manhã por inúmeros carros da Polícia Federal, as notícias imediatamente já estavam nos jornais televisivos da manhã, em todas as redes sociais, e eram repetidas até o anoitecer.

Essa repetição foi trazendo à tona sentimentos que havia muito já estavam adormecidos e encapsulados na sociedade brasileira. A admiração e apoio ao sistema repressivo, as prisões, as forças policiais nas ruas retirando e sumindo com aqueles considerados inimigos. Com eles, junto, vieram os sentimentos de ódio, o apoio ao extinto regime ditatorial, a institucionalização da tortura. Todos esses sentimentos travestidos, e, em algum tempo, escondidos na ideia de que se “combate a corrupção”.

O lema “A lei é para todos” também escondia a velha ideia de que, “para os amigos, tudo, para os inimigos, a lei”. Também oculta no discurso republicano falso dos agentes em uma imitação americana, deturpada e falseada, havia a ilusão holywoodiana de que os procuradores participavam de um filme como *Os intocáveis*, mas, acima de tudo, que os fins justificavam os meios e que, assim como o 007, tinham “licença para matar”. A compreensão é de que a lei não serve de limitação aos próprios procuradores e ao juiz, e que a eles tudo é permitido, sem limites e sem escrúpulos.

Para compreender a grande fraude que foi desenvolvida pelo juiz e os procuradores que manipularam não só a opinião pública, mas também os ministros do Supremo e daí compreender não só a suspeição do juiz e dos membros da força-tarefa, mas também a incompetência e falta de atribuição, é necessário realizar, antes da visão panorâmica, uma retrospectiva e um mergulho em dados que fizeram parte da vivência e desembocaram no livro *Geopolítica da intervenção*.

Antes da Lava Jato, é fundamental registrar: (1) o Texto do ex-Juiz Sérgio Moro, “Considerações sobre a Operação Mani Pulite”, (2) seus antecedentes na Suprema Corte.

Em 2004, Sérgio Moro publicou “Considerações sobre a Operação Mani Pulite”, texto em que analisou a Operação Mãos Limpas, executada na Itália, nos anos 1990. Trata-se do plano de ação que veio a resultar na Lava Jato, com fundamentos para “a deslegitimação do sistema” e “o uso da opinião pública”, pelo “isolamento na prisão” e amparada pelo “largo uso da imprensa” para promover vazamentos, pois, na operação italiana, “o constante fluxo de informações manteve o interesse público elevado”. “As prisões, confissões e a publicidade conferida às informações obtidas geraram um círculo virtuoso, consistindo na única explicação possível para a magnitude dos resultados obtidos pela Operação Mani Pulite”, afirma Moro no texto.

Os antecedentes de Sérgio Moro no STF demonstram a atuação de um juiz que não respeita nem a lei, nem a Constituição, nem as partes. O Juiz havia determinado a monitoração do advogado e professor Cezar Roberto Bitencourt para descobrir onde estava o cliente. Em 2013, o Supremo Tribunal Federal julgou o HC 95.519 do Paraná, em que era impetrante o advogado Cezar Roberto Bitencourt. O *habeas corpus*, de relatoria do ministro Eros Grau, se fundamentava, entre outras razões, no fato de que

“teria decretado cinco vezes (quatro sequenciais), de ofício e sem a oitiva prévia do Ministério Público Federal (MPF), a prisão preventiva do paciente de forma alternada em duas ações penais, não obstante decisões do TRF da 4ª Região e do Supremo Tribunal Federal [HC nº 85.519, de minha Relatoria, DJ de 13/12/05], concedendo liberdade no curso da ação”. O STF determinou uma representação no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) contra o juiz, apesar de negar o *writ*. Mas vale a leitura de trecho do voto de Celso de Mello:

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Parece-me, em face dos documentos que instruem esta impetração e da sequência dos fatos relatados neste processo, notadamente do gravíssimo episódio do monitoramento dos Advogados do ora paciente, que teria ocorrido, na espécie, séria ofensa ao dever de imparcialidade judicial, o que se revelaria apto a caracterizar transgressão à garantia constitucional do “due process of law”.

[...]

Peço vênia para deferir o pedido e, em consequência, invalidar o procedimento penal, pois tenho por gravemente ofendida, no caso em exame, a cláusula constitucional do devido processo legal, especialmente se se tiver em consideração o comportamento judicial relatado na presente impetração.

Na realidade, a situação exposta nos autos compromete, segundo penso, o direito de qualquer acusado ao “fair trial”, vale dizer, a um julgamento justo efetuado perante órgão do Poder Judiciário que observe, em sua conduta, relação de equidistância em face dos sujeitos processuais, pois a ideia de imparcialidade compõe a noção mesma inerente à garantia constitucional do “due process of law”.

São essas as razões que me levam a dissentir da corrente majoritária.

É o meu voto.

(STF – 2ª t. – HC 95.518/PR – voto do Min. Celso de Mello – j. 28.05.13)

Algo que não houve durante toda a jurisdição de Sérgio Moro foi julgamento justo. O que se revelou foi um juiz que nunca se colocou em posição equidistante das partes e jamais respeitou o devido processo legal. Na realidade, exercendo o poder de magistrado, utilizou-se do processo para realizar sequestros físicos de pessoas para Curitiba, colocar investigados ou processados sob custódia para os fins específicos de obter confissões e delas acusações a outros, chamadas de delações premiadas. Não há nenhuma justificativa de deslocamentos de presos em afronta ao artigo 103 da Lei de Execuções Penais fora do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), com afastamento da família.

A tortura não foi somente procedimental. Ela se realizou com o impedimento de banho de sol e de higiene nos feriados. Foi lenta, tornando-se Curitiba uma Guantánamo brasileira. Isso quando a Carta Magna tem como um dos princípios a dignidade da

pessoa humana como um dos fundamentos da República e estabelece, em seu artigo 5º, que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (inciso III). O Código Penal brasileiro também preconiza, em seu artigo 38, que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

O relato claro desses absurdos, já na primeira fase da Lava Jato, foi noticiado pelo ConJur, que teve acesso ao *habeas corpus* por meio do *site* do Superior Tribunal de Justiça (STJ), HC que impetrei em 25 de abril de 2014 e estampou uma matéria de Felipe Luchete: “Ex-diretor da Petrobrás diz que foi ameaçado pela PF”,¹³³ que traz a íntegra da petição com a foto que foi juntada ao pedido e é parte do capítulo intitulado: “O início da Lava Jato – A Fase 1. Banho e Sobral Pinto”, do livro *Geopolítica da intervenção*.

O método não terminou na primeira fase da Operação. Assim como a tortura se institucionalizou no regime de 64, o sequestro sob ordem judicial se tornou parte da operação repressiva para a obtenção das confissões e delações.

Em um texto tão curto, é preciso se perguntar como um juiz conseguiu estender sua jurisdição, que deveria ser contida pela competência como limite de poder, e se tornou uma extensão que lhe garantiu seis anos de protagonismo? Como, mesmo com processos findos, um único juiz permaneceu exercendo um poder ilimitado a ponto de, em uma cidade no Sul do país, por meio de fatos ocorridos absolutamente fora do Paraná, pudesse investigar deputados e senadores que tinham foro perante o STF, influir no processo de derrubada de uma Presidente da República, realizar uma condução coercitiva cinematográfica de um ex-Presidente, interceptar e divulgar conversas entre um Presidente eleito e o ex-Presidente, e ao fim, condenar e prender, em um processo fraudulento, o candidato mais cotado para as eleições, sequestrá-lo como aos demais e amordaçá-lo, impedindo-o de dar entrevistas? Como tudo isso foi feito e o juiz ainda passa a ser Ministro da Justiça do candidato eleito?

Para responder a esses questionamentos, é preciso partir da premissa de Cícero: “Qualquer pessoa pode errar; mas ninguém que não seja tolo persiste no erro”. Nesse ponto deu um exemplo o ministro Marco Aurélio de Mello no julgamento do HC 127.483 /PR, ao se referir à tese que havia criado sobre o não conhecimento de *habeas corpus* substitutivo que passou a entender como um erro: “Presidente, já disse na Turma e vou repetir no Plenário de viva voz, porque não tenho compromisso sequer com os meus próprios erros: se arrependimento matasse, hoje seria um homem morto”.

É o momento de, verificando as consequências que os erros por ação e omissão

133 LUCHETE, Felipe. Ex-diretor da Petrobrás diz que foi ameaçado pela PF. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. São Paulo, 25 abr. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-25/carta-ex-diretor-petrobras-sido-ameacado-policia-federal>>.

geraram no direito e na história recente de nosso país, retificarmos os equívocos para que possamos colocar em plena vigência a Carta de 1988.

Se o Supremo Tribunal tivesse a oportunidade de reapreciar o *habeas corpus* que visava impedir a entrega de Olga Benário aos nazistas, teria uma grande chance de desfazer uma das suas maiores nódoas. Como disse Rafael Nunes Rosa: “Não podemos mudar o passado, mas devemos fazer um futuro melhor, pois errar faz parte do crescimento humano, e dar uma nova chance pode ser a única forma de ser feliz!”

No caso dos absurdos cometidos na Lava Jato, ainda há tempo.

O legítimo exercício da atividade jurisdicional pressupõe atuação isenta do juízo que deve se revestir de absoluta imparcialidade, tanto em prestígio à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CRFB) quanto em atendimento ao devido processo legal (artigo 5º, LIV, da CRFB). Aliás, tal é a importância desse preceito, que tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) quanto a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) contemplaram a imprescindibilidade da imparcialidade dos tribunais.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), da qual o Brasil é signatário, foi incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto no 678/92 como norma de natureza supralegal (STF: HC 87.585 e RE 466.343). A partir de 1982, quando a Corte Europeia dos Direitos Humanos decidiu o caso *Piersack vs. Bélgica*, passou-se a discutir a dupla dimensão do princípio da imparcialidade.

A imparcialidade objetiva diz respeito à relação do juiz com o objeto do processo, isto é, os fatos que serão apreciados. Assim como a imparcialidade subjetiva é comprometida por juízos prévios quanto às partes, o mesmo ocorre se houver contaminação a respeito dos fatos. Noutras palavras, perquirir sobre a imparcialidade objetiva é o mesmo que examinar se o juízo é capaz de oferecer garantias que satisfaçam à necessidade de afastar qualquer dúvida razoável a respeito de predisposição ou preconceito quanto aos fatos (artigo 8º do Código de Ética da Magistratura).

Em 1988, a questão também foi enfrentada pelo Tribunal Constitucional espanhol (STC 145/88). No caso espanhol, decidiu-se que o juiz competente para a instrução não poderia julgar os fatos. Considerou-se que o contato direto com os fatos e circunstâncias da investigação poderia comprometer a imparcialidade ao formar impressões a favor ou contra o réu.

Na Itália, em razão da jurisprudência da Corte Europeia, a partir de 1990, a Corte Costituzionale passou a declarar a inconstitucionalidade por omissão do artigo 34 do Codice di Procedura Penale (Sentenza n° 496/1990).¹³⁴ A partir de então, em reite-

¹³⁴ Sentenza no 496/1990. Repubblica Italiana In nome del Popolo Italiano la Corte Costituzionale. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1990/0496s-90.html>>.

radas decisões, a Corte emanou orientações para suplementar o que considerou ser um dispositivo insuficiente para assegurar meios de garantir a imparcialidade do juiz. Assim, é de se perceber que a jurisprudência italiana tende a prestigiar, de maneira ampla, a garantia da Convenção Europeia de Direitos do Homem.

Em 2009, num dos poucos momentos em que se abordou a questão no país, o ex-Ministro Cezar Peluso manifestou orientação harmônica com o que decidiram os Tribunais Constitucionais europeus, alinhados com a Corte Europeia, afirmando que a imparcialidade está na “condição de originalidade da cognição que irá o juiz desenvolver na causa” (STF: HC nº 94.641/BA, DJ 06/03/2009).

O que dizer da condição de análise imparcial de um juiz que deferiu MAIS DE MIL medidas cautelares (Portal do MPP)¹³⁵ ao longo de UMA DÉCADA (CAPÍTULO I), de sua competência para julgar as CENTENAS de pessoas que, para ele, integram o mesmo esquema criminoso?

E, como se esperava, o comportamento de um juiz diante de manifestações com pessoas chorando, emocionadas, diante do herói e, em passeatas, retratava o ex-Presidente Lula por meio de um boneco inflável que já vestia o característico uniforme de presidiário e Sérgio Moro, curioso, como Super-Homem.

Lacan diferenciou o ego ideal do ideal do ego, e esses conceitos fornecem elementos para elucidar o que se passa. Em seu ego ideal, Moro projeta uma imagem narcisista e persegue a estátua, o herói. Quer ser como as esculturas da Justiça que ornamentam os Tribunais: um emissário da justiça. No ideal do ego, é o perpetuador da lei, um pilar de uma estrutura que pretende se perpetuar.

Por outro lado, o que dizer da imagem que enxerga no espelho da mídia? O que dizer das capas de revista e das manchetes televisivas que o retratam como aquele que prenderá Lula?

Lacan explica que a pulsão escópica se constitui a partir do olhar do outro e lança uma reflexão a respeito da constituição do sujeito, quando afirma: “O que me determina fundamentalmente no visível é o olhar do lado de fora. É pelo olhar que entro na luz e é do olhar que recebo seu efeito”. Essa ideia de que o sujeito é constituído pelo olhar do outro e de que a constituição da personalidade passa pelo olhar do outro tem o efeito de uma bomba atômica em Moro.

Tamanho o impacto em Sérgio Moro, que ele já se fantasiava como juiz da Mani Pulite, que, quando se olhava no espelho, se via refletido nas capas de jornal e no discurso do ódio como o super-homem que tudo deveria fazer para o cume de sua missão: prender Lula. E por isso tudo poderia fazer, uma licença para a ilegalidade. Os

¹³⁵ Resultados da Operação Lava Jato. Ministério Público Federal, 19 mar. 2020. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>>.

professores Gisálio Cerqueira Filho e Gizlene Neder entendem que esse sentimento de perseguição, de repressão contra um determinado inimigo, impulsiona as mesmas reações que levaram à instituição do Patriot Act nos EUA.¹³⁶

Em nome do combate à corrupção, a licença para a ilegalidade se abriu como no Ato Institucional nº 5, de 1968, que também continha em seu texto a expressão “luta contra a corrupção”. Não é à toa que a Corte Especial do TRFRS, no procedimento nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, deixou de punir Moro, adotando a ideia de exceção quando das divulgações das gravações de Dilma e Lula. A permissão ao juiz de criar a exceção, marcada pela temporariedade, “na qual não há extinção dos direitos da sociedade, mas sua suspensão”.¹³⁷

O hiato de constitucionalidade foi evidente e atendeu parte da “voz das ruas”, que, hoje, potencializa, nos discursos de ódio contra o STF. O princípio da imparcialidade se presta a garantir não só condições para um julgamento justo, mas também para assegurar que a Justiça tenha a aparência geral de imparcialidade. E o que esperar do comportamento de Sérgio Moro estampando jornais e revistas, reconhecido como o herói brasileiro e recebendo aplausos entusiasmados de seus “fãs”, sendo perguntado: “Quando o Sr. vai prender o Lula?”.

A exceção fundamentou os atos do juiz em face de Lula em especial. Lula, de amado ex-Presidente da República, passou a ser depositário de ódio que tinha em Moro seu condutor. Mesmas forças que hoje atacam o STF. A exceção fundamenta a condenação de Lula por ato atípico, já que claramente registra uma responsabilidade objetiva sem ato de ofício e “difere do padrão dos processos já julgados”:

No caso, a corrupção passiva perpetrada pelo réu difere do padrão dos processos já julgados relacionados à ‘Operação Lava Jato’. Não se exige a demonstração de participação ativa de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA em cada um dos contratos. O réu, em verdade, era o garantidor de um esquema maior, que tinha por finalidade incrementar de modo sub-reptício o financiamento de partidos, pelo que agia nos bastidores para nomeações e manutenções de agentes públicos em cargos chaves para a empreitada criminoso.

Das provas testemunhais e dos interrogatórios acima reproduzidos é possível apurar o contraste entre as versões da acusação e da defesa. Um único ponto, todavia, deve ficar desde logo demarcado. As provas são seguras quanto à

136 Trata-se do Decreto que foi assinado pelo então Presidente George W. Bush, em 26 de outubro de 2001, pouco depois dos trágicos atos de terrorismo do 11 de setembro. Essa peça de legislação permite que órgãos de segurança e inteligência interceptem telecomunicações de organizações e de pessoas supostamente envolvidas em atividades de terrorismo.

137 SERRANO, Pedro Esteves Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção*. São Paulo: Alameda, 2016, p. 167. Ver também STRECK, Lenio. *Compreender Direito – hermenêutica*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 40.

inexistência de transferência da propriedade no registro imobiliário em favor do apelante LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA ou sua esposa e quanto à não ocorrência da transferência da posse.¹³⁸

As decisões de um Supremo Tribunal Federal, ao preservar a plena aplicação da Carta Magna, devem servir como um farol em direção ao qual os juízes brasileiros de todas as instâncias devem caminhar. Moro conseguiu praticar inúmeras ilegalidades, pautar e ludibriar o STF.

O ex-Juiz ocultou que investigava pessoas com foro de prerrogativas, furtando a competência do STF até os autos serem por este avocados pelo STF. Permaneceu avançando nas competências do STF, mesmo depois disso. Prestou informações inverídicas ao ministro Zavascki ao mesmo tempo em que as divulgava para a imprensa. Acabou que causou uma inversão na qual conduzia a pauta da mais alta Corte do país.

Os diálogos apresentados pela Vaza Jato dão conta de sua participação com os membros do Ministério Público de Curitiba, em especial Dallagnol, em vazamentos propositais para gerar constrangimento a ministros do STF. Jogos políticos na realização de buscas durante as eleições com fins eleitorais dão conta de sua participação em delações premiadas. Na verdade, dão conta de sua completa imparcialidade.

O argumento da ilicitude na obtenção desses diálogos não serve à sua inutilização como prova de defesa. Menos ainda para não se permitir que, na investigação em relação àqueles que violaram a comunicação do juiz e do procurador, haja encontro fortuito de prova a se utilizar nas ações defensivas e, acima de tudo, no exame da imparcialidade do juiz.

As liberdades inscritas na Constituição foram obtidas com sangue de brasileiros. Cada permissão de descumprimento é como areia escorrendo pelos dedos. Funciona como o poema “No caminho com Maiakóvski” (1968), do brasileiro Eduardo Alves da Costa, ou mesmo as palavras do pastor Martin Niemöller. Quanto mais permitimos o descumprimento, mais perto nos aproximamos se formos vítimas. Assim, o STF acabou se vendo vítima dos ataques das notícias falsas do ódio.

Declarar a parcialidade evidente e já publicamente conhecida de Sérgio Moro e seus parceiros procuradores não muda o passado que vivemos, mas nos prepara para nos reencontrarmos no caminho de um país no qual o devido processo, a presunção de inocência e a cidadania são fundantes. E serve de exemplo para demonstrar que o juiz é um servidor público exercendo o poder que emana do povo, e seus poderes não são próprios, mas delegados.

A parcialidade do Juiz Sérgio Moro como projeto político de poder e a criminalização da atividade política como estratégia

ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO, KAKAY

MARCELO TURBAY FREIRIA

“O problema do direito e o problema do juiz é uma coisa só. Como pode fazer o juiz ser melhor daquilo que é? A única via que lhe é aberta a tal fim é aquela de sentir a sua miséria: precisa sentirem-se pequenos para serem grandes”. (Francesco Carnelutti).

1. Introdução

A parcialidade do julgador é uma das mais graves trincas do sistema republicano democrático, pois ataca diretamente a segurança jurídica, a confiança dos cidadãos no Estado, em suas leis, na estabilidade das instituições e nas relações contratuais, além do sentimento de desamparo e de frustração com a vida em sociedade.

A incerteza quanto à preservação e à garantia de seus respectivos direitos coloca em xeque o espírito de civilidade e a cooperação entre as pessoas, fazendo pairar novamente um estado de selvageria, de revanchismo, de vingança privada e individualidade extrema, pois não se sabe mais quem “comprou” o julgador, com quem ou com o que está comprometido.

Em resumo, passa a ser impossível viver, de forma tranquila, segura e confiante, o respeito às leis e à Constituição. A parcialidade do juiz é o primeiro passo rumo à destruição de uma sociedade, à perversão dos espíritos e a explosões de violência e intolerância. Como ensina Carnelutti: “Esta degeneração do processo penal é um dos sintomas mais graves da civilização em crise”.¹³⁹

¹³⁹ CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Campinas: Bookseller, 2001.

Não, o Brasil não está neste momento histórico, mas flerta perigosamente com muitos desses símbolos de desconstrução democrática, certamente porque sofreu justo este grave ataque: a condução, com plena e inequívoca parcialidade, da maior e mais importante investigação criminal do país, a Operação Lava Jato, pelo então Juiz Sérgio Moro, com todos os seus reflexos sócio-políticos.

Parte-se, assim, da parcialidade do Juiz Sérgio Moro como premissa para a análise ora pretendida, tomando de empréstimo as embasadas conclusões técnicas dos autores que nos acompanham nesta importante obra. Resta, portanto, apontar ao menos um dos possíveis motivos para essa degradação do julgador no que é mais caro à função judicante, a imparcialidade. E, na sequência, analisar uma das estratégias jurídicas adotadas pelo Magistrado para impor essa forma de condução flagrantemente ilegal: a criminalização da atividade política.

Em síntese, o presente artigo buscará, nessa perspectiva, compreender, de forma crítica, como o Juiz Sérgio Moro empreendeu um projeto político de poder em meio à sua atividade judicante e como se deu a operacionalização desse projeto, impulsionado pela parcialidade de suas decisões, utilizando a criminalização da política como ponta de lança jurídica para a concretização dos seus desideratos.

2. A parcialidade e o projeto político de poder do Juiz Moro

O ordenamento jurídico brasileiro consagra o princípio da imparcialidade do juiz, sendo este inerente à jurisdição e condição de validade dos atos jurisdicionais, pois verdadeira garantia fundamental imprescindível ao Estado Democrático de Direito.

A regra da imparcialidade está insculpida em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 8º),¹⁴⁰ a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 10º)¹⁴¹ e o Pacto Inter-

140 Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 8. Garantias judiciais: “1. 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.”

141 Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 10º: “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.”

nacional dos Direitos Civis e Políticos (artigo 14),¹⁴² que asseguram expressamente a todas as pessoas, de forma igualitária, o julgamento por tribunal competente, independente e imparcial.

A Constituição Federal (CRFB/88) também consagra esse princípio, apesar de não o colocar de forma explícita, impondo regras que promovem a imparcialidade, como a garantia constitucional do juiz natural (artigo 5º, LIII, CRFB),¹⁴³ a vedação a juízo ou tribunal de exceção (artigo 5º, XXXVII, CRFB) e a própria garantia do devido processo legal (artigo 5º, LIV, CRFB). Além disso, traz prerrogativas¹⁴⁴ e vedações¹⁴⁵ aos juízes, que buscam assegurar sua independência e imparcialidade (artigo 95, CRFB).

142 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 14: “1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.”

143 Nucci ressalta que “Os princípios estampados no artigo 5º, LIII, da Constituição Federal, bem como no artigo 8º, I, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não tem por fim assegurar somente um Juiz previamente designado em lei para julgar a demanda, mas também – e sobretudo – garantir que as partes contem com um Juiz imparcial. Esta é a razão que a exceção de suspeição e impedimento precede toda e qualquer outra defesa indireta no processo” (NUCCI, 2011. p. 293).

144 Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do artigo 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos artigos 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

145 Art. 95 [...] Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária;

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

A despeito de não se confundir independência com imparcialidade, ressalta-se que a organização dos três poderes, com autonomia e harmonia entre eles, é fundamental para viabilizar a imparcialidade dos juízes, só um Judiciário forte e independente, livre de influência e ingerência dos demais poderes pode garantir a imparcialidade de seus membros.

O princípio da imparcialidade é também incorporado nas demais leis infraconstitucionais e está presente em todos os ramos processuais. O Estatuto da Magistratura (Lei Complementar nº 35/1979), por exemplo, também define deveres e vedações aos Magistrados¹⁴⁶ e o Código de Ética da Magistratura Nacional (CNJ) providencia uma definição de imparcialidade, dispondo que

“Art. 8º 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.”

No caso do Processo Penal, o advento do modelo acusatório, superando-se o sistema inquisitivo antes vigente, marcou uma especial preocupação com a imparcialidade dos julgadores. Assim, além da competência, são relevantes as condições pessoais do juiz que podem influenciá-lo a tomar determinada decisão ou privilegiar determinada parte. O código de Processo Penal prevê então as exceções de suspeição e de impedi-

¹⁴⁶ Art. 35. São deveres do Magistrado:

I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício;

[...]

IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência;

[...]

VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.

mento, cujas causas são enumeradas nos artigos 252 a 254.¹⁴⁷

Nesse sentido as lições do professor Aury Lopes Jr.

A imparcialidade do juiz é, definitivamente, “o princípio supremo do processo penal” (Aragoneses Alonso e Werner Goldschmidt). Não há processo sem juiz e não há juiz se não houver imparcialidade. Daí porque é a estrutura do sistema que cria ou não cria, as condições de possibilidade de um juiz imparcial, e, portanto, somente no marco do sistema acusatório é que podemos ter as condições necessárias para a imparcialidade do julgador. A essa altura, pouco importa eventuais divergências sobre o que foi ou não foi o processo penal romano... Importa, em pleno século XXI, que tenhamos uma estrutura dialética, com juiz completamente afastado da arena das partes e da iniciativa probatória, com máxima originalidade cognitiva e estrita observância do contraditório e das demais regras do devido processo.¹⁴⁸

A doutrina costuma distinguir, desde o julgamento pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos do caso *Piersack vs. Bélgica*, o princípio da imparcialidade do juiz entre subjetiva, derivada da relação com as partes e envolvidos; e objetiva, em relação ao caso penal, o Magistrado não pode realizar pré-juízos ou pré-conceitos sobre o fato objeto do julgamento.

¹⁴⁷ 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 da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-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.

Art. 253. Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive.

Art. 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 afim, 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.

Nessa esteira, também se valoriza a “aparência de justiça”, ou seja, a aparência geral de imparcialidade, a percepção e confiança social que o julgamento se dá perante juízes objetivamente imparciais, que não tenham envolvimento prévio com o caso penal e que não possuam pré-julgamentos. É, portanto, necessário que o julgador mantenha um afastamento que assegure a confiança do jurisdicionado no órgão julgador, cabendo distinguir também imparcialidade e neutralidade.¹⁴⁹

No sentido de resguardar a imparcialidade objetiva é que se defende, por exemplo, a separação entre as figuras do juiz que irá proferir decisões na fase de investigação e o juiz que irá julgar a causa, adotando-se a figura de um juiz de garantias.¹⁵⁰

Importante salientar que também não se confunde imparcialidade do julgador com neutralidade,¹⁵¹ afinal o juiz também está inserido na sociedade e tem suas próprias vivências, ao passo que essa neutralidade realmente não existe. A parcialidade, no entanto, é que não pode ser tolerada sob pena de se ferir o devido processo legal, pois não se mostra justo e equânime um processo desenvolvido e decidido por um juiz parcial.

E essa parcialidade ganha especial relevância quando se insere num feixe de objetivos sórdidos perseguidos pelo próprio julgador quando munido de interesses de qualquer natureza dissociados de uma lúdima, equânime e correta entrega de prestação jurisdicional.

Assim se deu com o Juiz Sérgio Moro.

Desde o início da Operação Lava Jato, gestada em Curitiba mediante um artifício de atração universal de competência baseada em um engodo processual, foram muitos os relatos de abusos, de uso indiscriminado de prisões, de sufocamento pessoal e patrimonial de investigados, forçando-os a mergulhar em delações premiadas. E o Juiz Sérgio Moro não era simplesmente leniente, mas um autêntico coordenador estratégico das ações e iniciativas processuais da força-tarefa paranaense, conforme denunciado por inúmeros advogados e retratados em matérias de imprensa, já desde 2014.¹⁵²

Exemplificativamente, a matéria do *Consultor Jurídico* de novembro de 2014, intitulada “Sérgio Moro mantém preso quem não quis confessar”, que traz relato do advogado Alberto Toron no sentido de que “quem colaborou foi solto. Quem não

149 MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal* - Da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

150 LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 261.

151 LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

152 CANÁRIO, Pedro. Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 27 nov. 2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoes-preventivas-forcar-confissoes>>.

colaborou teve a prisão preventiva decretada”.¹⁵³

Tais decisões eram milimetricamente tomadas em absurdas combinações com o “Russo”,¹⁵⁴ conforme noticiou a imprensa brasileira. Em matéria da revista *Veja* em parceria com o site *The Intercept Brasil*, intitulada “Novos diálogos revelam que Moro orientava ilegalmente ações da Lava Jato”,¹⁵⁵ mostrou-se que Sérgio Moro revisava peças de procuradores e “dava bronca” neles a respeito da condução acusatória. Uma verdadeira perversão processual e do sistema de justiça: o juiz atuando como parte.

E a indústria de delações premiadas tem papel preponderante na construção do aludido projeto de poder. Nesse contexto, impossível não relembrar a assombrosa frase do Procurador da República Manoel Pastana ao defender, em entrevista, que a prisão seria uma forma de empurrar investigados para delações, afirmando que “o passarinho pra cantar precisa estar preso”, conforme apontou artigo do professor Lenio Streck e André Trindade.¹⁵⁶

Recentemente, o Subprocurador-Geral da República Eitel Santiago reforçou a existência e aplicação sistemática desse *modus operandi*, flagrantemente atentatório contra a dignidade da pessoa humana, em recente entrevista concedida à Rede CNN Brasil, tendo afirmado que:

Quando, em 2017, tentei, pela última vez, ser PGR, denunciei de público desvios de comportamento de alguns membros do Ministério Público. Mostrei a ilegalidade das prisões processuais – temporárias ou preventivas prorrogadas por muito tempo, ou sem fundamentação concreta, e ordenadas apenas para facilitar a obtenção de uma confissão e de uma delação que atinja outros corréus. Mostrei a ilegalidade da divulgação antecipada de nomes de pessoas investigadas antes da instauração da ação penal, com o recebimento da denúncia.¹⁵⁷

Aliás, em inúmeras manifestações formais, os procuradores onipotentes de Curitiba reafirmaram às escancaras esse desvirtuamento dos propósitos da prisão ai argumento

153 FACCIOLLA, Alexandre; BORBA, Juliana. Sérgio Moro mantém preso quem não quis confessar, acusa advogado. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 18 nov. 2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-nov-18/sergio-moro-mantem-presos-quem-nao-quis-confessar-acusa-advogado>>.

154 BONIN, Robson. ‘Falei com o russo’: saiba a origem do apelido de Sérgio Moro. *Veja*, São Paulo, 9 jul. 2019. Disponível em: < <https://veja.abril.com.br/blog/radar/falei-com-o-russo-saiba-a-origem-do-apelido-de-sergio-moro/>>

155 GREENWALD, Glenn *et al.* Novos diálogos revelam que Moro orientava ilegalmente ações da Lava Jato. *Veja*, São Paulo, 12 jul. 2019. Disponível em: < https://veja.abril.com.br/politica/dialogos-veja-capo-intercept-moro-dallagnol>.

156 STRECK, Lenio; TRINDADE, André. “O passarinho pra cantar precisa estar preso”. Viva a inquisição! *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 29 nov. 2014. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2014-nov-29/diario-classe-passarinho-pra-cantar-estar-presos-viva-inquisicao>.

de que

a conveniência da instrução criminal mostra-se presente não só na cautela de impedir que investigados destruam provas, o que é bastante provável no caso do paciente, mas também na possibilidade de a segregação influenciá-lo na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade, o que tem se mostrado bastante fértil nos últimos tempos”.¹⁵⁸

Além disso, vale mencionar a escolha estratégica de alvos e a maciça perseguição de investigados e familiares com o claro intuito de fragilizar e despedaçar reputações, relações familiares e profissionais, além de promover o esgotamento financeiro, com falência de atividade econômica e da própria subsistência de pessoas sob investigação, com ao menos três objetivos muito claros: (i) impulsionar novas delações premiadas, (ii) ataque à credibilidade e respeitabilidade públicas do cidadão, com o claro intuito de incendiar mídia opressiva e pressionar o Poder Judiciário a perpetuar os abusos; (iii) minar a capacidade de defesa, fragilizando emocionalmente a possibilidade de autodefesa e inviabilizando a contratação de defesa técnica.

Um dos exemplos mais notórios foi o do investigado Raul Schmidt, violentamente perseguido e atacado, junto com seus familiares, de todas as formas pela Lava Jato de Curitiba, diante da capacidade de resistência que apresentou às levianas acusações e da irretroatável negativa de pactuar com delações premiadas arranjadas e articuladas com colaboradores de cativeiro.

O caso em questão é sintomático como um caso de insucesso da força-tarefa de Curitiba, que, muito embora tenha instrumentalizado todo o aparato investigativo estatal para massacrar o investigado, cidadão português nato, contou com a firme postura de Portugal em não ser conivente com os abusos ali perpetrados, recusando-se a entregar o nacional às autoridades brasileiras.

Tal frustração impulsionou um novo momento de ofensiva acusatória por parte do Juiz Sérgio Moro e seus procuradores, descortinada pela divulgação da mensagens reveladas pelo site *The Intercept Brasil*, que mostrou a tomada de decisão em favor de investidas contra a filha do empresário, que teve a vida pessoal e empresarial completamente devassada e destruída, como forma de obrigar o acusado a retornar ao Brasil. Confira-se:

O plano, revelado em mensagens de Telegram trocadas entre procuradores e entregues ao *Intercept* por uma fonte anônima, era criar um “elemento de pressão”, como disse o procurador Diogo Castor de Mattos, sobre o empresário luso-brasileiro Raul Schmidt. O MPF apelou a Moro mirando na filha do investigado: queria que o passaporte de Nathalie fosse cassado e que ela fosse proibida de sair do Brasil. O plano era forçá-lo a se entregar para evitar mais

pressão sobre a filha.

Na primeira tentativa, Moro vetou a manobra dos procuradores. “Apesar dos argumentos do MPF, não há provas muito claras de que Nathalie Angerami Priante Schmidt Felipe tinha ciência de que os valores tinham origem ilícita e/ou eram fruto de atos de corrupção”, argumentou num despacho.

[...]

Em maio daquele ano, após novo fracasso em buscas por Schmidt em Portugal, a Lava Jato reapresentou seu pedido a Moro. Dessa vez, sem que houvesse qualquer suspeita adicional contra ela, o juiz mudou de ideia e deu sinal verde ao desejo da Lava Jato, que incluía uma varredura na casa, nas comunicações e nas contas de Nathalie.¹⁵⁹

O episódio, que repercutiu em inúmeros canais de mídia,¹⁶⁰ merece a recordação, pois relevante para bem demonstrar o *modus operandi* da organização lavajatista. A estratégia criminosa acusatória foi infrutífera, mas o dano foi irreversível.

Outra passagem marcante relacionada a esses mesmos fatos merece especial apon-tamento, pois revela o grau de insubordinação e parcialidade de Moro. Em meio às tentativas de acossamento e massacre jurídico-midiático à família Schmidt, o Juiz Sérgio Moro tentou pressionar o Tribunal Regional Federal da 1ª Região a endossar a estratégia de sufocamento, valendo-se do seu tradicional expediente de manipulação midiática e de extrapolação de competência.

Em 2018, o TRF da 1ª Região, que não comporta a Seção Judiciária do Paraná e, naturalmente, a vara do Juiz Sérgio Moro, havia determinado a suspensão do procedi-mento de extradição de Schmidt, para prevenir violação ao princípio da reciprocidade. Moro então encaminha ofício, fora de sua competência e em processo estranho a qual-quer feito presidido pelo Juiz, para pressionar o Tribunal a voltar atrás, apelando para que as instâncias inferiores competentes desobedecessem a decisão judicial emanada pelo Tribunal hierarquicamente superior.¹⁶¹

Um verdadeiro acinte, um ato de insubordinação e ataque à própria estrutura do Poder Judiciário e à respeitabilidade da Justiça, que mereceu a devida reprimenda pelo Presidente da 4ª Turma do TRF1, Desembargador Ney Bello, que reagiu com autoridade e altivez, além do costumeiro rigor técnico e do compromisso com o or-denamento jurídico, afirmando que “é inimaginável, num Estado Democrático de

¹⁵⁹ NEVES, Rafael; DEMORI, Leandro. ‘Intercepta ela’. *The Intercept Brasil*, 11 set. 2019. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/09/10/moro-devassa-filha-investigado/>>.

¹⁶⁰ PARA pressionar investigado, “Lava Jato” fez ação contra filha dele. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 set. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-11/pressionar-investigado-lava-jato-fez-acao-filha-dele>>

¹⁶¹ JUIZ não pode descumprir decisão por “pretensões individuais”, diz Bello a Moro. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/juiz-nao-seguir-pretensoes-individuais-ney-bello-moro>>.

Direito, que a Polícia Federal e o Ministério da Justiça sejam instados por um juiz ao descumprimento de decisão de um Tribunal, sob o pálido argumento de sua própria autoridade”.¹⁶²

Pois bem, esse é o Juiz Sérgio Moro, em um de seus muitos expedientes obscuros e ilegais.

Essa orquestrada instrumentalização do Estado em favor de objetivos políticos travestidos de interesses investigativos, somada às revelações trazidas pelo *site The Intercept Brasil* a respeito da interação entre o Juiz Sérgio Moro e os procuradores da força-tarefa curitibana, foi objeto de reiteradas manifestações de repúdio pela Ordem dos Advogados do Brasil, por grupos e associações da sociedade civil, entidades e institutos representativos de direitos humanos e garantias fundamentais, que denunciavam os abusos e a espetacularização das mega-operações.

Exemplificativamente, vale rememorar a carta aberta de janeiro de 2016, subscrita por dezenas de advogados, apontando:

O menoscabo à presunção de inocência, ao direito de defesa, à garantia de imparcialidade da jurisdição e ao princípio do juízo natural, o desvirtuamento do uso da prisão provisória, o vazamento seletivo de documentos e informações sigilosas, a sonegação de documentos às defesas dos acusados, a execração pública dos réus e a violação às prerrogativas da advocacia, dentre outros graves vícios, estão se consolidando como marca da Lava Jato, com consequências nefastas para o presente e o futuro da justiça criminal brasileira.¹⁶³

No mesmo sentido o manifesto organizado pelo Grupo Prerrogativas e subscrito por mais de 400 juristas denunciando os abusos da Operação Lava Jato e o relacionamento antirrepublicano entre julgador e órgão acusatório, apontando que:

O conluio entre juiz e procuradores não pode ficar impune, especialmente porque revela a promiscuidade que caracterizou a relação entre esses representantes do sistema de justiça. À toda evidência, o CNJ, o CNMP e o Congresso Nacional têm a obrigação de instaurar imediatos procedimentos administrativos em face dos envolvidos, para investigar os supostos crimes cometidos.¹⁶⁴

162 3ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/nota-bello-trf1.pdf> >. Acesso em 9 jul. 2020.

163 CALGARO, Fernanda. Advogados publicam manifesto com críticas à Operação Lava Jato. *Globo*, 15 jan. 2016. Disponível em: < <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/01/advogados-publicam-manifesto-com-criticas-operacao-lava-jato.html> >.

164 VIAPIANA, Tábata. Juristas e advogados pedem afastamento imediato de Moro e Dallagnol. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 10 jun 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-jun-10/juristas-advogados-pedem-afastamento-imediato-moro-dallagnol#top> >.

O combate à corrupção é um compromisso previsto no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive com leis específicas como, por exemplo, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010) e a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

Mas esse compromisso tem sido utilizado como instrumento de pressão, controle e de empoderamento, a fim de instrumentalizar o sistema de justiça para fins políticos e ideológicos, promovendo-se uma guerra jurídica contra esse “inimigo”, em um fenômeno denominado *lawfare*, compreendido pelo professor Rubens Casara como:

A utilização do sistema de justiça como o locus de uma guerra contra pessoas identificadas como “inimigas”, em que as armas são interpretações distorcidas (e potencialmente destrutivas) das leis, institutos, procedimentos e categorias do direito. Com essa expressão, que surge da contração das palavras *law* e *warfare*, busca-se designar a instrumentalização do Sistema de Justiça, das leis e procedimentos para fins políticos e ideológicos.¹⁶⁵

O resultado desse movimento de massificação das operações policiais dirigidas a uma lógica de perseguição a grandes nomes da política brasileira – fruto de articulação entre autoridades investigativas, acusatórias e do Juiz Sérgio Moro, que contou com apoio da grande mídia e com uma sistemática campanha de apoio publicitário, com injeção de recursos públicos – significou um despedaçamento do Poder Legislativo e uma profunda crise de legitimidade do Poder Executivo, associados ao empoderamento excessivo do Poder Judiciário.

Aliás, o apoio publicitário da Operação Lava Jato, a curitibana, notadamente, merece observação à parte, pois sempre gerou grande estranhamento, haja vista a suntuosidade de recursos e a autopromoção massiva de seus representantes mais ilustres, com campanhas nacionais televisivas, de rádio e mídia impressa, com *outdoors* suspeitos, caricatas e infantis ilustrações de super-heróis associadas aos membros da força-tarefa, palestras, entrevistas, eventos. Um verdadeiro messianismo de elevadas cifras e propósitos bem terrenos e mundanos, inclusive de cunho financeiro, para enriquecimento de seus garotos-propaganda, como denunciou o site *The Intercept Brasil*.¹⁶⁶

Vale citar ainda, por oportuno, o escândalo do fundo de recursos bilionários da

165 CASARA, Rubens. Breve roteiro para identificar perseguições políticas através do Sistema de Justiça. *Revista Cult*, São Paulo, 7 out. 2019. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/lawfare-sistema-de-justica/>>.

166 AUDI, Amanda; DEMORI, Leandro. ‘400k’. *The Intercept Brasil*, 14 jul. 2019. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/07/14/dallagnol-lavajato-palestras/>>.

Lava Jato, objeto de desejo dos procuradores responsáveis por inflá-lo, com a concordância de Sérgio Moro, controversia que envolveu a criação de uma fundação controlada pelo MPF e associada à figura de Deltan Dallagnol¹⁶⁷ e que tem sido objeto de discussão na ADPF 568, tendo o Ministro Alexandre de Moraes decidido contrariamente aos interesses do grupo, preprendendo o MPF ao argumento de que

Da mesma maneira que a Instituição não pode se financiar à margem da legalidade, seus membros não podem receber valores não estipulados pela legislação, para gerenciamento direto ou por meio de Fundação de direito privado”.¹⁶⁸

O tema foi amplamente tratado em inúmeras matérias de imprensa¹⁶⁹.

E justamente nesse ponto de desequilíbrio entre os Poderes da República, de instabilidade institucional e graves abusos de direitos, que produziu o fortalecimento de movimentos extremos de direita e a assunção de figuras com discurso monotemático e maniqueísta pró-restrição de direitos e liberdades, é que o projeto político de poder do grupo lavajatista paranaense começou a ser explicitamente declarado, com o Juiz Sérgio Moro assumindo o cargo de Ministro da Justiça do atual governo.

O raciocínio é simples, nada sofisticado, e se funda numa óptica retribucionista de favores: a Lava Jato Curitiba atacou personagens políticos do grupo antagonista, erigidos à condição de adversários políticos, que foram sistematicamente eliminados da política, seja por desgaste da imagem pública, decretações de prisão preventiva e cumprimento de pena antecipada, ou por inelegibilidade; cooptou os veículos de mídia com vazamentos estratégicos de informações, direcionamento de investigações e eleição de alvos; promoveu um insuflamento de discursos simplórios de combate à corrupção a qualquer custo, com mobilização popular financiada por interesses políticos; sitiou o Poder Judiciário com ameaças investigativas casadas com matérias de imprensa articuladas com pressão da chamada “voz das ruas”, símbolo “comprado” por Magistrados como forma de evitar ataques pessoais e institucionais a tribunais.

O resultado: todo o processo eleitoral e de articulação política que desaguou na eleição de 2018 sofreu profunda e irreversível interferência direta e explícita dessa coordenação lavajatista do Juiz Sérgio Moro e sua gama de ataques políticos com

167 SASSINE, Vinicius. Como Raquel Dodge soterrou a ‘fundação da Lava Jato’. *Globo*, 20 mar. 2019. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/como-raquel-dodge-soterrou-fundacao-da-lava-jato-23537411>>.

168 FORÇA-TAREFA da Lava Jato queria se financiar à margem da lei, diz STF. *Poder 360*, 22 set. 2019. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/justica/forca-tarefa-da-lava-jato-queria-se-financiar-a-margem-da-lei-diz-stf/>>.

169 CARAZZAI, Estelita. Após críticas, Lava Jato reavalia criação de fundo bilionário anticorrupção. *Folha de S. Paulo*, 12 mar. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/03/ministerio-publico-federal-pede-suspensao-de-fundo-bilionario-da-lava-jato.shtml>>.

roupagem jurídico-penal.

A retribuição: o Juiz Sérgio Moro foi premiado com o mais alto cargo jurídico-investigativo da República: o Ministério da Justiça, que congrega as principais instituições de controle inquisitorial, como a Polícia Federal e todas as secretarias e órgãos de competência investigativa atreladas ao Poder Executivo.

A tomada de posição explícita de Sérgio Moro em favor de um grupo político, cujos interesses ele assumiu e realizou, escancarou o projeto de poder e a motivação do Juiz ao eliminar adversários daqueles que o lançaram ao Ministério, fato naturalmente denunciado de forma crítica e veemente por inúmeras personalidades e analistas políticos e jurídicos do Brasil inteiro, que prognosticaram um “fim melancólico” para o Juiz-Ministro, valendo rememorar crítica feita à época pelo primeiro articulista:

Hoje em dia é muito fácil ver, temos acessos a todos os jornais. A reação no mundo inteiro é a pior que poderia ser. Moro perdeu credibilidade, perdeu legitimidade e endossou essa ideia de que ele sempre foi passional, e agora até pode se dizer partidário – mesmo que ele não seja, essa decisão dele reforça uma ideia de partidarismo. É muito triste, acho que ele terá um final melancólico.¹⁷⁰

Os episódios que se seguiram, dentre os quais: a leniência do Ministro Moro com aliados políticos do governo; a construção/fortalecimento de agências e de instrumentos investigativos e loteamento de cargos por personagens do mesmo projeto de poder; a escandalosa ruptura política entre o então Ministro da Justiça e o governo – com acusações de interferências indevidas, leniência, proteção, prevaricação, permeadas por depoimentos prestados e a divulgação da reunião ministerial de 22 de abril do corrente ano – apenas reforçaram a constatação de que a Lava Jato de Curitiba foi simplesmente um projeto político de poder que instrumentalizou o poderio investigativo do Estado contra adversários, sitiou o Poder Judiciário, mobilizou a grande mídia mediante vazamentos seletivos e criminosos de informações com uma finalidade simples e clara: alcançar as mais altas posições de poder no país.

A quase delação do ex-Ministro, que beirou uma confissão de, no mínimo, uma prevaricação.¹⁷¹ conforme apontaram observadores experientes, parece significar a largada para a próxima etapa do projeto: as eleições de 2022.

Pois bem. Alcançados os fins, voltemos aos meios.

170 KACHANI, Morris. Moro terá um final melancólico. *Estadão*, 8 nov. 2018. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/blogs/inconsciente-coletivo/moro-tera-um-final-melancolico/>>.

171 “MORO admitiu, no mínimo, a prevaricação”, afirma Kakay. *Brasil 247*, 24 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.brasil247.com/brasil/moro-admitiu-no-minimo-a-prevaricacao-afirma-kakay>>.

Explicitado qual o projeto de poder que motivou todo o sistema acusatório-delacionar, antirrepublicano e antidemocrático movido pela Lava Jato paranaense, é importante compreender uma etapa marcante desse processo: a criminalização da atividade política e a importância dessa premissa estratégica para a realização do desiderato de Sérgio Moro e seus procuradores de prateleira.

3. A criminalização da atividade política como estratégia jurídica de alcance político

Os últimos seis anos da história política brasileira revelaram a execução de um programa sistemático e organizado de ataque à política, ao exercício da atividade parlamentar, movido pela tríade (i) espetacularização do processo penal, (ii) generalização da prisão preventiva e outras medidas constritivas pessoais e patrimoniais, (iii) banalização de delações premiadas contra agentes políticos, ataque que continua abalando profundamente o sistema democrático, gerando desconfiância por parte da sociedade, do eleitorado em relação a seus representantes escolhidos pelo voto, criando distanciamentos, insegurança e propiciando um desvirtuamento do jogo político.

Os canais de aproximação democrático-representativa entre eleitores e seus eleitos, que dialogavam com o anterior sistema de doações eleitorais e mantinham coerência com os conteúdos programáticos de mandatos e plataformas de campanhas, foram usurpados, apropriados pela indústria da delação premiada, inaugurada e superlativada pela força-tarefa curitibana. Contatos se transformaram em relações espúrias, agendas se transformaram em encontros de oferecimento e solicitação de vantagens indevidas, doação eleitoral virou propina, votações e apoios políticos viraram ato de ofício em acusações de corrupção passiva.

Esse programa de distorção foi arquitetado e executado pela força-tarefa de Curitiba, de forma organizada e progressiva, mediante coordenação do Sérgio Moro, em um movimento oportunista de ocupação de espaços, surgidos desde o julgamento do mensalão e recrudescidos desde 2014, com a disseminação de ideais de expansão do direito penal, de maximização de punições e do encarceramento como uma suposta medida eficaz em favor de um alegado combate à corrupção.

O alvo: adversários políticos ao projeto de poder da “República de Curitiba”, iniciando pelo Partido dos Trabalhadores, primeiro inimigo a ser batido, em razão da sequência histórica de mandatos presidenciais. E logo avançou progressivamente sobre outras legendas que poderiam impor empecilhos, inclusive como forma de pressionar o parlamento a aprovar medidas legislativas de índole autoritária, como o chamado “Pacote anticrime”, momento em que o próprio Sérgio Moro foi a campo e desembar-

cou no Congresso Nacional, atitude vista por parlamentares como intimidatória,¹⁷² rendendo severa reação do Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia.¹⁷³

Tais evidentes excessos fizeram e fazem proliferar um sentimento de insegurança e desconfiança com as instituições, alimentam a intolerância, promovem o banimento de adversários políticos mediante mecanismos jurídicos usados de forma estratégica. Ocorre que esse messianismo simplista favorece o fortalecimento de personagens com um discurso autoritário de ódio, de preconceito e violência.

Basta uma singela reflexão sobre o atual momento político do país para perceber que o atual governo é claramente um produto do mutualismo entre excesso acusatório e parcialidade do julgador [Sérgio Moro], ou talvez um mal necessário a um projeto de poder maior e mais ousado.

Não, o plano não é viabilizar a perpetuação de Bolsonaro no posto mais alto de Poder, mas apenas pavimentar um caminho tortuosamente necessário, pedregoso, forjado com truculência por uma infantaria com táticas paraestatais típicas de milícia pós-moderna, movida a combustível ideológico terraplanista. Tal percalço, na óptica (infantil) lavajatista, abriria as portas sonhadas anos antes, quando o jogo começou, naquele posto de gasolina brasileiro. Faltou combinar com os russos, os outros russos.

Em abril do corrente ano, Sérgio Moro – tal qual já fizera em 2018¹⁷⁴ –, ao deixar o governo – planejada ou precipitadamente –, declarou de forma reiterada não ser candidato majoritário no próximo pleito eleitoral, conforme retratou a imprensa massivamente neste corrente mês de julho de 2020.¹⁷⁵ Dois anos antes, em 2016, em entrevista ao *Estado de São Paulo*, o Juiz afirmou que “jamais entraria para a política”, asseverando com aparente convicção e sinceridade:

“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

172 MORO se reunirá a portas fechadas na Câmara com grupo pivô da crise com Maia. *Uol*, 6 abr. 2019. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/moro-se-reunira-a-portas-fechadas-na-camara-com-grupo-pivo-da-crise-com-maia/>>.

173 MORO tenta acuar instituições democráticas do país, diz Maia. *Uol*, 6 out. 2019. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/10/06/maia-democracia-moro-podcast-uol-entrevista.htm>>.

174 HOLANDA, Marianna; NUNES, Fernanda; BARCELLOS, Thais. Moro diz que não será candidato à Presidência, mas que pode ser ‘cogitado’ ao STF. *Estadão*, 11 nov. 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,moro-diz-que-nao-sera-candidato-a-presidente-mas-que-pode-ser-cogitado-ao-stf,70002604040>>.

175 “Fora do Jogo Político”: Moro diz que não será candidato em 2022. *IG*, 3 jul. 2020. Disponível em: <<https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2020-07-03/fora-do-jogo-politico-moro-diz-que-nao-sera-candidato-a-presidencia-em-2022.html>>.

outra realidade, outro tipo de trabalho, outro perfil. Então, não existe jamais esse risco”.¹⁷⁶

E foram muitas as manifestações públicas nesse sentido.¹⁷⁷

Curiosamente, em entrevista recente para a rede CNN, Deltan Dellagnol, em possível ato falho, deixou escapar parte do plano, admitindo a possível (?) escalada de Sérgio Moro rumo à campanha presidencial de 2022, ao afirmar:

Eu não vejo uma mudança do nosso trabalho nos últimos seis anos. Com o desembarque do ex-ministro Sérgio Moro da parte da Justiça, passou a interessar ao governo e aos seus aliados a desconstrução do ex-ministro Sérgio Moro e da Lava Jato, de que ele é símbolo, pelo receio de que ele venha eventualmente a concorrer em 2022.¹⁷⁸

O fato é que a estratégia de criminalização da atividade política ainda está em pleno curso, ainda impulsionada pelo capital político da força-tarefa do Paraná e pelo apoio popular, porém, ambos já fragilizados e permanentemente sob o ataque dos setores do governo, sobretudo diante de reiteradas denúncias mais recentes de abusos e ilegalidades na condução de processos na Operação Lava Jato, como a infringência a procedimentos legais de cooperação jurídica internacional, conforme revelado pela imprensa nos últimos dias.¹⁷⁹

Nesse contexto, vale mais uma vez mencionar a recente entrevista do Subprocurador-Geral Eitel Santiago, sim, recheada de excessos e alguma dose de surrealismo, mas que vale a anotação até para registrar valioso exemplo de oportunismo político à brasileira. Perguntado sobre o legado da Lava Jato, respondeu:

A Lava Jato, no afã de combater a corrupção, desrespeitou algumas vezes regras procedimentais, que resguardam a lisura das investigações. Quando, em 2017,

176 Em 2016, Sérgio Moro disse que jamais entraria para a política. *Metrópoles*, 1º nov. 2018. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/politica-brasil/em-2016-sergio-moro-disse-que-jamais-entraria-para-a-politica>>.

177 Em pelo menos sete entrevistas, Moro negou que entraria para política. *Metrópoles*, 1º nov. 2018. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/justica/em-pelo-menos-sete-entrevistas-moro-negou-que-entraria-para-politica>>.

178 Deltan: Governo e aliados agem contra Lava Jato para enfraquecer Moro em 2022. *Metrópoles*, 3 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2020/07/03/deltan-governo-e-aliados-agem-contra-lava-jato-para-enfraquecer-moro-em-2022>>.

179 VIANA, Natalia; NEVES, Rafael. Diálogos revelam que FBI teve total acesso às investigações da Lava Jato. *CartaCapital*, 1º jul. 2020. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/justica/dialogos-revelam-que-fbi-teve-total-acesso-as-investigacoes-da-lava-jato/>>.

teitei, pela última vez, ser PGR, denunciei de público desvios de comportamento de alguns membros do Ministério Público. Mostrei a ilegalidade das prisões processuais – temporárias ou preventivas prorrogadas por muito tempo, ou sem fundamentação concreta, e ordenadas apenas para facilitar a obtenção de uma confissão e de uma delação que atinja outros corréus. Mostrei a ilegalidade da divulgação antecipada de nomes de pessoas investigadas antes da instauração da ação penal, com o recebimento da denúncia.¹⁸⁰

Diante de tantos e graves abusos, bem como da gravidade da instabilidade que já ameaça o próprio sistema de justiça do país, começa a ganhar mais corpo um movimento de reestabilização do sistema de garantias penais, que reforça o princípio da subsidiariedade e recupera um perfil progressista de precedentes em matéria penal nos tribunais superiores, com imposição de limites ao uso indiscriminado de prisões e à banalização da delação premiada.

É tempo, igualmente, de se recuperar o histórico entendimento acerca da sistemática legal e jurisprudencial de tratamento das nulidades em matéria penal, que passou a sofrer de uma inovação que simplesmente desconsidera a clássica definição entre nulidades absolutas e relativas e que, para além de flexibilizar demasiadamente o instituto, tampouco denota amparo constitucional. Isso porque há exigência de demonstração de alegados e não factíveis prejuízos processuais acessórios até mesmo nos casos de violações diretas ao texto da Constituição da República, sendo que o maior e mais relevante prejuízo está sempre presente: a condenação indevida, com ofensa a regramentos processuais e a princípios constitucionais.

Sobre novos tempos, vale mencionar que a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, já desde 2018, começou a analisar com maior nível de detalhamento e rigor formal as delações premiadas que aportaram na Corte, inclusive rejeitando denúncias que não contavam com elementos de corroboração extrínsecos aos relatos delatórios.¹⁸¹

Por oportuno, no julgamento do INQ 4074/DF, a 2ª Turma firmou importante precedente nesse sentido, tendo o Ministro Lewandowski afirmado a impossibilidade de invocação do princípio do *in dubio pro societate* para fins de recebimento de denúncia, nos seguintes termos:

[...] Preparando um curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Uni-

180 JUNQUEIRA, Caio. Moro fez vista grossa para ilegalidades da Lava Jato, diz braço-direito de Aras. CNN Brasil, Rio de Janeiro, 6 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2020/07/06/moro-fez-vista-grossa-para-ilegalidades-da-lava-jato-diz-braco-direito-de-aras>>.

181 FREIRIA, Marcelo; FRANÇA, Ananda. A decisão de recebimento de denúncia: análise de julgados da 2ª Turma do STF. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 3 set. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-03/opiniao-recebimento-denuncia-julgados-turma-stf>>.

versidade de São Paulo sobre exatamente os princípios constitucionais que regem o processo penal, e eu acabei chegando à conclusão que a dúvida milita em favor do réu mesmo nessa fase até a fase final do julgamento. Eu penso que os doutrinadores e mesmo a jurisprudência equivocadamente têm repetido esse brocado sem, *data vênia*, uma maior reflexão, o que permite o recebimento de certas denúncias sem maior consistência de elementos que possam levar avante uma denúncia minimamente hígida.¹⁸²

Enfim, parecem soprar outros ventos, mas a sensação ainda é de terra arrasada. A criminalização da política ainda deve ser combatida com veemência e plena observância das diretrizes constitucionais. O projeto de poder alimentado pela profunda quebra de imparcialidade do ex-Juiz e ex-Ministro Sérgio Moro tem que cessar definitivamente.

Estudiosos desse fenômeno, os professores Alaor Leite e Adriano Teixeira têm se posicionado criticamente contra esse discurso oportunista e vazio de “combate à corrupção” como simples plataforma de campanha, desvinculada de conteúdo sério e programático, mas comprado facilmente pela mídia. Nesse sentido, alertam os professores:

Todo esse conturbado contexto descrito é acompanhado de perto pela mídia, que tem produzido um sem-número de matérias jornalísticas e artigos opinativos. Lamentavelmente, raramente se escapa do sedutor cantochão, de renitente antífona, “é preciso combater a corrupção”. É natural que um movimento que declara combater a corrupção ganhe o apoio incondicional da população. As propostas, louváveis em seus propósitos, não se apresentam, contudo, livres de equívocos e de outros desafios de natureza jurídica, que escapam por vezes aos olhos da mídia e da população. Daí a necessidade de uma ciência jurídica. A ciência, em seu mister fiscalizador em tempos de reforma, não se presta a conceder seu “incondicional apoio” a nenhuma proposta legislativa, eis que sua vocação consiste precisamente em verificar, em minudente escrutínio, a consecução técnica dos anseios político-criminais do legislador, por melhor que estes se apresentem.¹⁸³

Sim, esse enfrentamento à corrupção, em todas as suas facetas e alcances, interessa a todos os cidadãos, interessa à nação, mas desde que realizado de forma séria e comprometida com os pilares democráticos, que asseguram o profundo e irretirável respeito às garantias e liberdades individuais.

Os excessos e abusos perpetrados por Sérgio Moro e a força-tarefa paranaense causaram mal ao país, abalaram a segurança jurídica e a confiabilidade da justiça, mas

182 Inq 4074, Relator Min. Edson Fachin, 2ª Turma, julgado em 14/8/2018. Transcrição livre do julgamento.

183 LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. I. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 9.

finalmente estão sendo descortinados e abertos ao público para uma análise juridicamente crítica, com o fim de restabelecer o caminho democrático.

Exemplo notório desse novo momento é a recente decisão proferida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, que, com autoridade, altivez e independência, autorizou¹⁸⁴ o acesso pela Procuradoria-Geral da República aos arquivos subterrâneos da Lava Jato de Curitiba, sob muitos protestos temerosos dos procuradores-alvo.

O fato mereceu comentário severo do Ministro Gilmar Mendes, um grande crítico dos excessos da operação, que, qualificando o episódio como “lavajatismo desnudado”, afirmou que “o procurador-geral precisou de uma ação junto ao STF para ter acesso às informações que esses garotos dourados acumularam em Curitiba. É um problema muito sério. É um caso de estudo. A instituição obviamente ficou doente e isso precisa de remédio”.¹⁸⁵

4. Conclusão

A parcialidade do julgador ataca diretamente a segurança jurídica, a confiança dos cidadãos no Estado, em suas leis, na estabilidade das instituições e nas relações contratuais, além de alimentar sentimento de desamparo e de frustração com a vida em sociedade, bem como a incerteza quanto à preservação e à garantia de direitos dos cidadãos.

Atualmente, o Brasil flerta perigosamente com muitos desses símbolos de desconstrução democrática, cujo ponto de maior incremento se deu a partir da deflagração da Operação Lava Jato, conduzida com plena e inequívoca parcialidade pelo então Juiz Sérgio Moro, com todos os seus reflexos sociopolíticos.

A operação foi gestada e perpetuada em Curitiba mediante um artifício de atração universal de competência baseada em um subterfúgio processual, com muitos relatos de abusos, uso indiscriminado de prisões, sufocamento pessoal e patrimonial de investigados, banalização de delações premiadas costuradas e endereçadas a objetivos políticos, com ampla divulgação midiática alimentada por vazamentos pontualmente estratégicos e seletivos.

E o Juiz Sérgio Moro não era simplesmente leniente, mas um autêntico coordena-

184 RICHTER, André. Toffoli determina que Lava Jato compartilhe dados com a PGR. *Agência Brasil*, Brasília, 9 jul. 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-07/toffoli-determina-que-lava-jato-compartilhe-dados-com-pgr>>.

185 PROCURADORES confundem autonomia com soberania, critica Gilmar Mendes. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-11/procuradores-confundem-autonomia-soberania-critica-gilmar>>.

dor estratégico das ações e iniciativas processuais da força-tarefa paranaense, conforme demonstrado em inúmeras matérias de imprensa a respeito de diálogos travados entre o Magistrado e procuradores.

Tal condução resultou que o processo eleitoral e de articulação política que desaguou na eleição de 2018 sofreu profunda e irreversível interferência direta e explícita dessa coordenação lavajatista do Juiz Sérgio Moro e sua gama de ataques políticos com roupagem jurídico-penal.

Como prêmio, o Juiz foi recompensado com o mais alto cargo jurídico-investigativo da República, o de Ministro da Justiça, um braço inquisitorial armado estratégico e fundamental para a concretização do projeto de poder lavajatista, que perpassa necessariamente por outro fenômeno bem planejado e executado: a criminalização da atividade política.

Os últimos seis anos da história política brasileira revelaram a execução de um programa sistemático e organizado de ataque ao exercício da atividade parlamentar, composto pelos seguintes pilares: espetacularização do processo penal; generalização da prisão preventiva e outras medidas constritivas pessoais e patrimoniais; banalização de delações premiadas costuradas contra agentes políticos; manipulação da opinião pública mediante vazamentos de informações seletivas para a imprensa; pressão sobre o Poder Judiciário; financiamento de campanhas para angariar apoio popular; inviabilização jurídica de adversários políticos.

O modelo lavajatista de ataque aos políticos, alimentado pela indústria da delação premiada, transformou interpretativamente a atividade parlamentar, o funcionamento dos partidos políticos, a aproximação entre congressistas e a sociedade civil em condutas pretensamente criminosas.

A escalada de poder da força-tarefa de Curitiba e do Juiz Sérgio Moro, explicitada com a eleição do atual governo e a nomeação do ex-Juiz para o Ministério da Justiça, seguida do noticiado rompimento político do grupo e de inúmeras denúncias de abusos e ilegalidades na condução da Operação Lava Jato, tem provocado um movimento de reestabilização do sistema de garantias penais, que visa a recuperar um perfil progressista de precedentes em matéria penal nos tribunais superiores.

Em síntese, o projeto de poder político de Sérgio Moro e integrantes da força-tarefa de Curitiba começou a ruir e agora é tempo de descortinar, investigar e punir toda a teia de abusos, manipulações, crimes e perseguições engendradas por esses personagens sombrios da história recente do país, devolvendo ao Brasil a estabilidade democrática, a confiança nas instituições e nos Poderes da República, refortalecendo o sistema representativo e o exercício da atividade política verdadeiramente compromissada com a sociedade e com os avanços da nação.

Para isso, deve-se reconhecer e corrigir os erros desse passado ainda tão presente e restaurar a dignidade e a respeitabilidade pública dos cidadãos atacados e massacrados indevidamente pela Operação Lava Jato, marcada por uma instrumentalização criminosa do Estado em favor de interesses políticos escusos de determinados grupos descompromissados com o bom caminhar da democracia brasileira.

Exibir para esconder

MAÍRA FERNANDES

No Purgatório de *A Divina Comédia*, Dante Alighieri apresenta a seguinte pergunta: “as leis existem, mas quem as executa?”.¹⁸⁶

No processo penal brasileiro, pode-se dizer que a lei será executada por um juiz natural, independente e imparcial. Natural, pois sua competência será previamente determinada de acordo com critérios de competência previstos na Constituição Federal, ou em normas de hierarquia inferior.¹⁸⁷ A imparcialidade pressupõe a independência e, ambas, “são inerentes à função jurisdicional”,¹⁸⁸ o que significa dizer que, se o juiz não for independente e imparcial, sequer poderá ser considerado juiz¹⁸⁹. Dizia Julio Maier que:

la palabra ‘juez’ no se comprende, al menos en el sentido moderno de la expresión, sin el calificativo de ‘imparcial’. De otro modo: el adjetivo ‘imparcial’ integra hoy, desde un punto de vista material el concepto de ‘juez’, cuando se lo refiere a la descripción de la actividad concreta que le es encomendada a quien juzga y no tan sólo a las condiciones formales que, para cumplir esa función pública, el cargo - permanente o accidental - requiere.¹⁹⁰

A imparcialidade é condição inerente ao exercício da Magistratura. Juiz parcial não é juiz, é parte. Ele perde a razão de ser, i.e, perde a função em um sistema acusatório.

¹⁸⁶ Tradução livre de “Le leggi son, ma chi pon mano ad esse?” ALIGHIERI, Dante. *A Divina Comédia*. Século XIV. p. 232. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/ladivinacommedia.pdf>>.

¹⁸⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: RT, 2014. p. 567.

¹⁸⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: RT, 2014. p. 567.

¹⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: RT, 2014. p. 567.

Parece óbvio que “o juiz não pode ser um inimigo do réu, ou seu adversário”,¹⁹¹ como afirma Geraldo Prado e que, no dizer de Maier:

el sustantivo imparcial refiere, directamente, por su origen etimológico (in-partial), a aquel que no es parte en un asunto que debe decidir, esto es, que lo ataca sin interés personal alguno. Por otra parte, el concepto refiere, semánticamente, a la ausencia de prejuicios a favor o en contra de las personas (el subrayado es del Tribunal) o de la materia acerca de las cuales debe decidir.¹⁹²

Segundo Badaró, “obviamente, não basta o juiz natural para que se tenha um juiz imparcial”. Todavia, a determinação da competência do juiz natural, nos termos da CF/88 e da lei, “é um mecanismo eficiente para permitir que o acusado não seja julgado por um juiz parcial, evitando a manipulação dos poderes do Estado para atribuir um caso a um tribunal específico, escolhendo seus julgadores”.¹⁹³

Dentre as atitudes que podem caracterizar parcialidade do magistrado estão aquelas que sinalizam, como afirma Pozzebon, uma “postura ideologicamente comprometida com o ‘combate ao crime’, ou dotado de ‘pré-julgamentos’, com reflexos na produção probatória *ex officio*, contra o réu, em violação ao sistema acusatório”¹⁹⁴ e, ainda, de magistrados que, ao deferir medidas como prisões preventivas, aprofundam-se no julgamento do mérito da acusação e da responsabilidade penal.

O dever de imparcialidade está relacionado, ainda, ao dever de discricção do juiz, que não pode se manifestar fora dos autos e opinar sobre fatos que irá julgar.

Em um Estado Democrático de Direito, que respeite o devido processo legal, o contraditório, a presunção de inocência, não há espaço para uma atuação jurisdicional parcial. Um juiz imparcial é condição para um processo justo, no qual sejam respeitadas todas as garantias do acusado e que configure um limite ao poder punitivo estatal.

Não foi isso, contudo, o que se viu na Operação Lava Jato, descrita com gabo pelo Ministério Público Federal como “a maior iniciativa de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil”¹⁹⁵.

191 PRADO, Geraldo. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. In: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo. *Processo Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 134.

192 MAIER, Julio. p. 742, 1996.

193 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: RT, 2014. p. 33-34.

194 POZZEBON, F. D. A. A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição. *Revista Direito e Justiça*, v. 39, n.1 p. 117, 2013.

195 BRASIL. MPF. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato>>.

1. A Operação Lava Jato: clamor punitivo e violação às normas processuais penais

Desde o início da tramitação da denominada Operação Lava Jato, advogados e acadêmicos tentaram expor, a ouvidos moucos, os abusos e as arbitrariedades perpetradas pela Força-Tarefa do MPF – cujo nome já traz um propósito bélico, *in casu*, o de combate à corrupção – e pelo então Juiz Sérgio Moro, em maxiprocessos que, não à toa, configuravam uma intrincada teia de difícil compreensão, até mesmo para profissionais do direito.

Para entendê-la, era preciso se debruçar sobre uma manifesta confusão processual, caracterizada por investigações sobrepostas, por uma multiplicidade de ações que, não raro, versavam sobre fatos idênticos. Era comum que um mesmo indivíduo figurasse como acusado em diversas denúncias, em tudo semelhantes e que, invariavelmente, traziam a imputação de organização criminosa.

Não se desconhece o fato de que a Lava Jato desnudou um empreendimento criminoso multifacetado, com a participação de inúmeras pessoas, durante muitos anos. Todavia, mesmo diante de delitos complexos, de difícil apuração, não se pode forçar uma conexão entre fatos que não possuem relação alguma, como forma de manter os processos sob julgamento de um mesmo magistrado. Além disso, nem sempre as provas apresentadas contra um dos réus podem ser as mesmas para todos os demais, como se eles seguissem acorrentados numa acusação comum.¹⁹⁶

Agrupar tudo em grandes blocos – em manifesta violação ao princípio do juiz natural e desconsiderando regras processuais de fixação da competência – foi, reconheça-se, uma jogada de mestre dos mentores da Lava Jato. Tal medida tornou a tramitação processual mais atraente à grande mídia, ofuscando as vozes defensivas que tentavam, quase sempre em vão, denunciar as ilegalidades.

Para além da reunião de acusados que, muitas vezes, sequer se conheciam, também as investigações policiais eram acompanhadas pela mesma equipe policial, as denúncias redigidas pela mesma Força-Tarefa do MPF, e as decisões nas ações penais foram, durante muito tempo (até haver os desmembramentos para o Rio de Janeiro, São Paulo e Brasília), proferidas por um único juiz, que também atuou na fase de inquérito.

Súbito, instalou-se no país um clamor punitivo, que pressionava o julgador, mas, em alguma medida, também era por ele estimulado. Nos anos em que ficou à frente da Lava Jato, Sérgio Moro (agora, ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública) não demonstrou qualquer preocupação com a superexposição do caso. Ao contrário. Suas

196 Essa é uma característica dos maxiprocessos, abordada por POPOVSKI, Lewis; RUDNICK, Jody A. Joint trials: judicial inefficiency?. *Journal of Civil Rights and Economic Development*, v. 5, iss. 2, article 5, p. 331, 1990. Disponível em: <<http://scholarship.law.stjohns.edu/jcred/vol5/iss2/5>>.

manifestações públicas à época – artigos, entrevistas, programas de televisão¹⁹⁷ – indicam que ele não só a incentivou, como contribuiu para sua exacerbação.

2. A incompreensível fixação da competência em um juízo único

A Lava Jato ficou conhecida por unificar, perante a 13ª Vara Federal de Curitiba, todas as ações que envolvessem crimes praticados no âmbito da Petrobrás, e tal competência se estendeu para muitas outras ações, alegadamente dela decorrentes.

Durante muitos anos, tramitaram naquela Vara única casos que não se relacionavam a fatos ocorridos no Paraná, cujos réus não residiam naquele Estado e cujas denúncias, uma vez ofertadas pelo MPF, deveriam ter sido distribuídas livremente, a maioria perante outras Seções Judiciárias.

Em síntese, o que se viu na Lava Jato foi o afastamento da regra geral de competência pelo lugar da infração (ou competência de foro ou territorial, também chamada *ratione loci*), prevista no artigo 70 do Código de Processo Penal, ou da regra da fixação da competência pelo domicílio ou residência do réu (subsidiária em relação ao critério do lugar da infração). Aplicaram-se, em maior medida, as regras de alteração ou prorrogação da competência previstas nos artigos 76 e 77 do CPP – conexão e continência – bem como a norma referente à prevenção.

Tal construção jurídica da competência – altamente questionável sob o ponto de vista processual penal – começou a ser fabricada muito antes de a Lava Jato despontar midiaticamente, e há, nela, um vício de origem. Os inquéritos apontados – nas denúncias da Força-Tarefa e nas decisões de Sérgio Moro – como “a origem de tudo”, datados de 2006 e 2009 e utilizados para fixar a competência da 13ª VF de Curitiba, não possuem qualquer relação com os crimes praticados na Petrobrás e considerados, posteriormente, como o cerne da Operação.

Surpreende, contudo, o fato de que não houve aprofundamento, nos Tribunais Superiores, das discussões sobre a fixação da competência originária da Lava Jato. É como se a competência da 13ª VF de Curitiba para julgamento de casos da Petrobrás fosse uma espécie de “premissa”. Uma ideia fabricada pelo juízo, ampliada pela mídia e facilitada pelo fato de a Lava Jato configurar, como se disse, um maxiprocesso, com intrincada teia processual, de difícil compreensão.

Quando os pedidos defensivos para reconhecer a incompetência processual penal

197 Confirmam-se em vídeo, dentre outras, as seguintes entrevistas de Sérgio Moro: Programa Roda Viva: <<https://www.youtube.com/watch?v=DqtPZVBhfNw>>; TV Globo: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/videos/t/todos-os-videos/v/em-entrevista-exclusiva-sergio-moro-fala-sobre-a-lava-jato/6225258/>>; Palestra no 1º Congresso do Pacto pelo Brasil (01/08/2017) <<https://www.youtube.com/watch?v=PbYDwv7nXtg>>; Palestra II Fórum Transparência e Competitividade: <https://www.youtube.com/watch?v=TfwVHFm_j3o>.

(fosse via HC, ou apelação) chegaram aos Tribunais Superiores, a Lava Jato já era um emaranhado de ações penais complexas, já havia acontecido um elevado número de prisões, buscas e apreensões e a Operação já havia conquistado, largamente, a imprensa. A competência, pois, já estava “pressuposta”. O julgador que entendesse por bem analisar, de fato, os argumentos defensivos e reconhecer a incompetência da Lava Jato, teria que, não só enfrentar o chamado “clamor popular” já formado, mas também se debruçar sobre diversas ações separadas, propositalmente reunidas numa Vara só.

Não bastasse, a grande espetacularização da Lava Jato foi responsável por fabricar consensos como: i) o de que ela configurava a única ou a melhor forma de acabar com a corrupção no país; ii) o de que a concentração de casos na 13ª VF seria fundamental para o “êxito” dessa “luta contra a corrupção”. Tal uso indevido dos meios de comunicação não foi algo eventual na Operação, mas, sim, pensado e articulado com ela. A Lava Jato nutria a mídia com informações sobre as investigações, e os vazamentos mantinham doses contextuais e, como um roteiro de novela, o interesse do “público”, exibindo o que era conveniente para a acusação e omitindo todo o resto.

3. Juiz “celebridade” versus juiz imparcial

É natural que um caso de repercussão nacional seja divulgado na imprensa e não se questione, aqui, o respeito constitucional à liberdade de expressão e ao princípio da publicidade dos atos processuais. Todavia, nos casos midiáticos, os juízes devem demonstrar mais cuidado e discrição, para preservar sua imparcialidade. Não foi essa a atitude adotada por Sérgio Moro na Lava Jato, como magistrado.

Houve uma personificação da Operação em torno daquele então juiz, incentivada pela mídia, que o alçou à condição de “verdadeiro herói nacional”.¹⁹⁸ A Revista *Veja*, no final de 2015, publicou matéria especial sobre o julgador, afirmando que, desde 11 de julho de 2013, ele havia se tornado uma “celebridade nacional”.¹⁹⁹

Junto à foto do então magistrado, a revista estampou, em sua capa, uma chamada mitificadora: “Ele salvou o ano! *Veja* pesquisou 300 sentenças que Sérgio Moro lavrou nos últimos quinze anos e descobriu as raízes da determinação e eficiência do juiz que deu ao Brasil a primeira esperança real de vencer a corrupção”.²⁰⁰ Inspirados nessa matéria, afirmaram Tavares, Prado e Borges que:

198 GUIA Conhecer Fantástico Atualidades - Sérgio Moro, publicado pelo IBC Instituto Brasileiro de Cultura, Online Editora, São Paulo, ano 1, n. 1, abr. 2016.

199 Em: <https://www.inverbis.pt/2016/ficheiros/doc/veja2015-12-30_pp48-56.pdf>.

200 Em: <https://www.inverbis.pt/2016/ficheiros/doc/veja2015-12-30_pp48-56.pdf>.

A mídia e as instituições envolvidas na apuração de casos criminais criaram uma peculiar sinergia capaz de promover objetivos comuns. As empresas de comunicação precisam vender um produto, e os casos criminais, notadamente quando organizados sob a roupagem estereotipada de grandes escândalos, têm despertado enorme interesse nos consumidores. A polícia e o Ministério Público — e, eventual e surpreendentemente, o próprio Poder Judiciário — anariam apoio difuso precisamente por contarem com a simpatia da população pelo trabalho purificador de “combate ao crime”.²⁰¹

O que se espera de um magistrado é que ele conduza os processos com vistas a um julgamento justo, imparcial, que analise todas as provas e que possam ser absolvidos tantos réus quantos aqueles que a isso façam jus. Isso é justo o oposto do que esperam os jornalistas e os fãs de um juiz mitificado, descrito pelo *Estadão* como a própria “personalização da maior operação contra a corrupção, desvios e cartel na Petrobrás”²⁰².

Um juiz não pode se deixar seduzir pelo alarido das palmas.²⁰³ Se não puder conter esse tipo de manifestação da mídia ou da população, deve procurar meios de minimizar suas consequências negativas. Não foi o caso de Sérgio Moro, que, ao contrário, apresentava-se sempre como um dos principais interlocutores da Operação com a imprensa, a qual, por diversas vezes, obtinha informes sobre o andamento do processo que não apareciam no sistema do Poder Judiciário.

Não raro, os jornalistas realizavam a cobertura das prisões preventivas em tempo real e eram comuns os vazamentos de informações sigilosas, inclusive, as referentes aos acordos de colaboração premiada. Embora se desconheça quem divulgava informações para a imprensa, também não se tem conhecimento de nenhuma atitude do então juiz, quanto a tais excessos da mídia e quanto ao desrespeito aos direitos dos acusados, especialmente, no que tange ao devido processo legal, que pressupõe um julgamento com paridade de armas entre a acusação e a defesa.

Ensina Simone Schreiber que, em caso de publicidade opressiva — como houve e, de certa forma, ainda há na Lava Jato — o juiz deve adotar medidas que busquem assegurar a liberdade de expressão, mas garantam aos acusados um julgamento criminal justo, dentre as quais: a “vedação de introdução de provas produzidas pela mídia no processo”, a “ampliação do direito de resposta”; “restrição da publicidade do julga-

201 TAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo; BORGES, Ademar. A construção midiática de casos criminais pode ofender direitos fundamentais. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-midia-crime.pdf>>.

202 MACEDO, Fausto; BRANDT, Ricardo. ‘Jamais entraria para a política’, diz Sérgio Moro. *Estadão*, 5 nov. 2016. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/jamais-entraria-para-a-politica-diz-sergio-moro/>>.

203 A expressão é de TORERO, José Roberto. *Galantes memórias e admiráveis aventuras do virtuoso Conselheiro Gomes, O Chalaça*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. p. 100.

mento” ou, até, a proibição temporária de veiculação de notícias sobre o caso.²⁰⁴

Sobre a primeira recomendação, Sérgio Moro fez justo o oposto, como apontam Juliana Neuenschwander e Marcus Giraldes: ele foi homenageado pelo prêmio Faz Diferença, de *O Globo*, e depois se referiu a esse jornal, sete vezes, na sentença que condenou o ex-Presidente Luis Inácio Lula da Silva.²⁰⁵ Além disso, as manifestações públicas do então juiz geravam, invariavelmente, matérias midiáticas desfavoráveis aos réus, comprometendo, portanto, o conceito de tratamento justo. No dizer de Schreiber:

A presunção de inocência impõe que o juiz dispense ao réu tratamento compatível com seu *status* de inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Contudo, a forma como o acusado é retratado na imprensa, especialmente quando são deflagradas campanhas midiáticas por sua condenação, viola tal garantia constitucional, com risco de influenciar o juiz (ou jurados) na forma de conduzir o processo ou de decidir a lide. Se o juiz da causa forma uma imagem do réu como bandido que deve ser exemplarmente punido está claro que não reúne mais condições para decidir atento apenas aos fatos que lhe são imputados na denúncia, e se estão ou não satisfatoriamente provados pela acusação. O fato de o réu não ser tratado como inocente compromete o conceito de tratamento justo.²⁰⁶

Tudo isso confirma o que tantos advogados sustentaram, em suas exceções de suspeição: que o então juiz, enquanto responsável pela Lava Jato, não apresentava mais “condições para decidir atento apenas aos fatos imputados na denúncia”.²⁰⁷ Isso ficava evidenciado, especialmente, quando Moro, fora dos autos, emitia declarações públicas sobre fatos ainda em apuração, para os quais, segundo suas próprias palavras, só havia

204 SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Uma investigação sobre as consequências e formas de superação da colisão entre a liberdade de expressão e informação e o direito ao julgamento criminal justo, sob a perspectiva da Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 413.

205 NEUENSCHWANDER, Juliana; GIRALDES, Marcus. Captura da soberania popular, estado de exceção e juridicínio. In: PRONER, Carol *et. al.* *Comentários a uma sentença anunciada*. O processo Lula. Bauru: Canal 5, 2007. p. 280.

206 SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Uma investigação sobre as consequências e formas de superação da colisão entre a liberdade de expressão e informação e o direito ao julgamento criminal justo, sob a perspectiva da Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 410.

207 SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Uma investigação sobre as consequências e formas de superação da colisão entre a liberdade de expressão e informação e o direito ao julgamento criminal justo, sob a perspectiva da Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 410.

“indícios”, “provas em cognição sumária”, “provas ainda pendentes de exame definitivo pelo Judiciário”.²⁰⁸

Declarações como essas violam não só o princípio do devido processo legal como, igualmente, o artigo 36, III, da Loman, segundo o qual é vedado ao magistrado “manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem” e, ainda, o artigo 13 do Código de Ética da Magistratura,²⁰⁹ que também prevê que o juiz “deve evitar comportamentos que impliquem a busca injustificada e desmesurada por reconhecimento social, mormente a autopromoção em publicação de qualquer natureza”.

Exemplo dessas manifestações sobre processos em andamento pode ser verificado no artigo “O problema é o processo”, assinado com o juiz presidente da Associação de Juízes Federais (Ajufe). Há no texto dois entraves éticos disciplinares: o presidente da Ajufe se manifesta sobre causas que não eram suas, bem como Sérgio Moro opinar sobre ações ainda em andamento, sobre fatos e provas em relação aos quais ainda deveria proferir sentença.

A denominada Operação Lava Jato revelou provas, ainda pendentes de exame definitivo pelo Judiciário, da aparente existência de um esquema criminoso de corrupção e lavagem de dinheiro de dimensões gigantescas. Se confirmados os fatos, tratar-se-á do maior escândalo criminal já descoberto no Brasil. As consequências são assustadoras.²¹⁰

Se as alegadas “provas” ainda estavam “pendentes de exame definitivo pelo Judiciário” e se não haviam sido, ainda, “confirmados os fatos”, as afirmativas de que haveria uma “aparente existência de um esquema criminoso de corrupção e lavagem de dinheiro de dimensões gigantescas” e que se trataria “do maior escândalo criminal já descoberto no Brasil” só podem constituir meras suposições dedutivas, ou simples opiniões do julgador da Operação e do presidente da Ajufe. Tais ilações – assim como as referentes às supostas “consequências assustadoras” – não seriam devidas, mesmo se já proferidas as respectivas sentenças, pois os magistrados devem guardar a máxima discricção em sua atuação jurisdicional. Diante da pendência de julgamento, tais manifestações transbordam a infração ética e alcançam a imparcialidade.

Diz-se, no jargão popular, que não é possível saber o que se passa na cabeça de

208 Confira-se em: <https://www.youtube.com/watch?v=wGbRlcdpowg>.

209 Em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-Magistratura>>.

210 MORO, Sérgio Fernando; BOCHENEK, Antônio Cesar. O problema é o processo. *Estadão*, 29 mar. 2015. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>>.

um juiz. Todavia, Sérgio Moro, quando à frente da Lava Jato, costumava expor publicamente o que pensava sobre os casos sob sua responsabilidade, dialogando com leitores ou espectadores sobre suas hipóteses e suposições, como quando afirma: “mais preocupante ainda a possibilidade de que o esquema criminoso tenha servido ao financiamento de agentes e partidos políticos, colocando sob suspeição o funcionamento do regime democrático”.²¹¹

Se era apenas uma “possibilidade”, não deveria ter sido declarada publicamente. Emitia-se, aí, mais uma opinião correspondente a um julgamento fora dos autos, um prejulgamento manifestado nos meios de comunicação. Opinião que nunca deveria ser exposta por quem tinha o dever legal de imparcialidade para julgar aquilo que já considerava comprometer “o funcionamento do regime democrático”.

Ainda que, ao transmitir para a imprensa uma série de dados *sub judice*, Moro tenha ressaltado, reiteradas vezes, que “isso ainda está para ser melhor julgado em outros casos”, ou declarado que se tratava apenas de “indícios”,²¹² tais ressalvas não tornaram menos grave o fato de divulgar informações de casos em curso e, em relação aos quais, é dever do magistrado manter discricção. Tais manifestações públicas eram incompatíveis com a imparcialidade que lhe era exigida, ética e profissionalmente.

Mas, o magistrado responsável pela Lava Jato não demonstrava sua parcialidade somente fora dos autos. Também intra-autos sua atuação parecia ter lado: o da acusação.

4. A Força-Tarefa do Ministério Público e a dita “excepcionalidade” da Lava Jato

Decorridos seis anos, após o anúncio estrepitoso da denominada Operação Lava Jato, no fim de junho do corrente, Augusto Aras, Procurador Geral da República, afirmou que a Força-Tarefa da Lava Jato “não é um órgão autônomo e distinto do Ministério Público Federal, mas sim uma frente de investigação que deve obedecer a todos os princípios e normas internos da instituição”, sob o risco de se tornar um “perigoso instrumento de aparelhamento”.²¹³

Dias depois, o Vice-Procurador Geral da República, Humberto Jacques, apresentou ao Supremo Tribunal Federal uma petição solicitando que os representantes do Ministério Público Federal, integrantes das Forças-Tarefas designadas por aquela insti-

211 MORO, Sérgio Fernando; BOCHENEK, Antônio Cesar. O problema é o processo. *Estadão*, 29 mar. 2015. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>>.

212 Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=wGbRledpowg>.

213 SAÍDA de grupo da “Lava Jato” não prejudica investigações, diz PGR. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-28/saida-grupo-lava-jato-pgr-investigacoes-nao-serao-prejudicadas>>.

tuição para atuação em Curitiba, Rio de Janeiro e São Paulo, compartilhassem com a PGR os dados colhidos em suas investigações, sob o fundamento de que tais grupos de procuradores estariam oferecendo “resistência ao compartilhamento, ao intercâmbio e à supervisão das informações que são retidas em bases compartimentadas e estanques, invisíveis ao conjunto do Ministério Público”.²¹⁴

Sinalizou, ainda, a possibilidade de que os presidentes da Câmara e do Senado Federal estejam sendo investigados, pois há “elementos de informação em trânsito na Lava Jato” sobre eles, “cujos nomes foram artificialmente reduzidos em tabelas acostadas à denúncia apresentada ao Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, o que configuraria manifesta violação ao foro por prerrogativa de função”. Tal pedido foi acolhido pelo presidente da Corte, Ministro Dias Toffoli, que destacou a necessidade de “imediato intercâmbio institucional de informações, para oportunizar ao Procurador-Geral da República o exame minucioso da base de dados estruturados e não estruturados, colhidos nas investigações”.²¹⁵

Aos olhos defensivos, a relação entre o MP e o juiz da causa sempre pareceu umbilical, desde o início da Lava Jato. Mas, isso era algo invisível aos leigos. À medida que a Operação avançava, sua Força-Tarefa também se fortalecia, dentro e fora da instituição.

Nos casos em que há acusados de corrupção, lavagem de dinheiro, evasão de divisas e toda a sorte de crimes chamados de colarinho branco, é comum que os Procuradores da República “culpem” os advogados pela demora processual. Por meio da mídia, incute-se na população a ideia de que as regras processuais brasileiras são muito benéficas aos réus, as quais precisam ser alteradas ou relativizadas, pelo bem da sociedade e para que a condenação do acusado e o cumprimento efetivo da pena – fim maior do processo, nessa visão utilitarista – possam ser alcançados.

Nessa linha, o Procurador Deltan Dallagnol, coordenador da Força-Tarefa da Operação Lava Jato, publicou uma série de artigos nos quais apresentou o processo penal como um “problema”, um “entrave” que atrapalha ou impede o sucesso da luta anticorrupção. Em um deles, chamou a prescrição de “bruxa má”,²¹⁶ como um mal a ser

214 FABRINI, Fábio; TEIXEIRA, Matheus. Toffoli obriga Lava Jato a compartilhar todos os dados com a PGR. *Folha de S. Paulo*, 1º out. 2015. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/07/toffoli-obriga-lava-jato-a-compartilhar-todos-os-dados-com-a-pgr.shtml>>.

215 FABRINI, Fábio; TEIXEIRA, Matheus. Toffoli obriga Lava Jato a compartilhar todos os dados com a PGR. *Folha de S. Paulo*, 1º out. 2015. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/07/toffoli-obriga-lava-jato-a-compartilhar-todos-os-dados-com-a-pgr.shtml>>.

216 DALLAGNOL, Deltan. Brasil é o paraíso da impunidade para réus de colarinho branco. *Uol Notícias*, 1º out. 2015. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/opiniaocoluna/2015/10/01/brasil-e-o-paraiso-da-impunidade-para-reus-do-colarinho-branco.htm>>.

combatido, quando, na realidade, trata-se de uma garantia importantíssima para que o Estado não mantenha, sobre o acusado, uma verdadeira espada de Dâmocles.

As manifestações públicas dos representantes do MPF, portanto, convergiam com as de Sérgio Moro: estavam do mesmo lado na luta anticorrupção. Dentro dos autos, os pedidos da Força-Tarefa soavam como música aos ouvidos do Juiz, que os atendia em quase sua totalidade, em decisões aplaudidas pela opinião pública e, não raro, pelas instâncias superiores.

5. Um juiz imparcial não afirma que deve “ouvir o sentimento do povo”

Não faltam manifestações de magistrados, nas mais diversas instâncias, sobre o “clamor da opinião pública”, o “sentimento social” ou a “voz das ruas”. De modo geral, em casos de grande repercussão, quando os juízes proferem decisões contrárias aos réus, sentem-se “resguardados” pela opinião pública. Quando, ao contrário, proferem decisão concessiva de benefícios requeridos pela defesa, parecem se sentir na necessidade de justificar a decisão contramajoritária e afirmar que não julgam de acordo com as pressões midiáticas. Nesse sentido, o Ministro Lewandowski, ao ser pressionado pela mídia por ter absolvido um acusado no processo do “Mensalão”, afirmou: “Eu acho que o juiz não deve ter medo das críticas porque o juiz vota ou julga com sua consciência e de acordo com as leis. Não pode se pautar pela opinião pública”.²¹⁷

O decano da Corte, Ministro Celso de Mello, ao votar pela concessão de *Habeas Corpus* ao ex-Presidente Lula, referiu-se ao STF como “espaço de proteção e defesas das liberdades fundamentais” e disse que, para que os julgamentos sejam “imparciais, isentos e independentes”, os magistrados não podem seguir “as pressões resultantes do clamor popular e da pressão das multidões”.²¹⁸ Segundo ele, o próprio Supremo Tribunal Federal tem entendido “como abusiva e ilegal a utilização do clamor público como fundamento da prisão cautelar e de outras medidas restritivas da esfera jurídica das pessoas”,²¹⁹ complementando que as pressões externas subvertem o regime constitucional dos direitos e garantais individuais e aniquilam as “inestimáveis prerrogativas

217 LEWANDOWSKI diz que juiz não pode se pautar pela opinião pública. *O Globo*, São Paulo, 24 ago. 2012. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/lewandowski-diz-que-juiz-nao-pode-se-pautar-pela-opiniao-publica-5887147>>.

218 A íntegra do voto do Ministro Celso está disponível em: <http://www.justificando.com/wp-content/uploads/2018/04/lcia-voto-ministro-celso-mello-habeas.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2020. Sobre o voto vale a leitura de YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. O voto do Decano e a opinião pública(da). *Justificando*, 10 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/04/10/o-voto-do-decano-e-a-opiniao-publicada/>>.

219 Voto do Ministro Celso disponível em: <http://www.justificando.com/wp-content/uploads/2018/04/lcia-voto-ministro-celso-mello-habeas.pdf>.

essenciais que a ordem jurídica assegura a qualquer réu mediante instauração, em juízo, do devido processo penal”.²²⁰

No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Medes citou Hitler dizendo que:

Hitler dizia que os tribunais nazistas traduziam o espírito do povo... e foi o que foi. Eu cumpro esse papel com bastante tranquilidade e sei que estou honrando a minha missão institucional. Eu hoje disse a você que não me preocupo em fazer grandes obras, mas em evitar que se cometam catástrofes.²²¹

Com efeito, a legislação penal nazista previa a punição com fundamento no sadio sentimento do povo, ao estabelecer que: “Será punido quem cometa um fato definido como punível pela lei ou que, segundo o pensamento fundamental de uma lei penal ou segundo o sadio sentimento do povo, mereça punição”.²²²

Eis o perigo de se decidir conforme a opinião pública. Casara narra que “a justiça penal nazista estabeleceu-se à custa dos direitos e garantias individuais, estas percebidas como obstáculos à eficiência do Estado e ao projeto de purificação das relações sociais e do corpo político empreendida pelo grupo político de Hitler”. As decisões judiciais eram proferidas por juízes que tinham medo de “desagradar a ‘opinião pública’” e de serem acusados de conivência com a criminalidade e a corrupção.²²³

Além disso, afirma o autor que a mídia teve o papel, fundamental, de manipular “traumas, fobias e preconceitos da população”, tarefa que cumpria um papel indispensável ao Estado Nazista. Sempre que era preciso “afastar limites legais ou jurisprudenciais ao exercício do poder penal”, bastava os juristas recorrerem ao “discurso de que era necessário ouvir o povo, ouvir sua voz através de seus ventríloquos, em especial do Führer”, que estava justificada a “exceção”; sempre em nome de um bem maior, como a “luta contra o crime e a corrupção”, que tinha em Hitler seu símbolo maior.²²⁴

²²⁰ Voto do Ministro Celso disponível em: <http://www.justificando.com/wp-content/uploads/2018/04/leia-voto-ministro-celso-mello-habeas.pdf>.

²²¹ JULGAR conforme a opinião pública arrisca garantias constitucionais, diz Gilmar. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 10 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-10/julgar-opiniao-publica-arrisca-diretos-gilmar-mendes>>.

²²² Tradução livre de TAVARES, Juarez. “Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient.” - Par 2 do StGB (Código Penal alemão), introduzido pela Lei de Reforma de 1935. Publicação oficial.

²²³ CASARA, Rubens. Vamos comemorar um tribunal que julga de acordo com a opinião pública?. *Justificando*, 12 mar. 2016.. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2016/03/12/vamos-comemorar-um-tribunal-que-julga-de-acordo-com-a-opinio-publica/>>.

²²⁴ CASARA, Rubens. Vamos comemorar um tribunal que julga de acordo com a opinião pública?. *Justificando*, 12 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2016/03/12/vamos-comemorar-um-tribunal-que-julga-de-acordo-com-a-opinio-publica/>>.

A opinião de que os juízes – e até mesmo de Ministros da mais alta Corte do país – devem “ouvir o sentimento do povo” não encontra respaldo no Estado Democrático de Direito. A única “voz” maior que deve ser ouvida é a da Constituição Federal, com todos os seus princípios, garantias e direitos fundamentais e sociais, sobretudo considerando-se a posição central que ela ocupa no ordenamento jurídico nacional.

5. Considerações finais. Um sopro de esperança

O que se viu na Operação Lava Jato foi uma espécie de retroalimentação entre os representantes do Poder Judiciário e a imprensa, o que pode influenciar a esperada imparcialidade dos julgadores: o Poder Judiciário alimenta a imprensa com informações referentes aos processos em julgamento; esta mantém aceso o interesse da população nas notícias e pressiona os julgadores a decidir conforme o clamor popular.

As defesas, de fato, tentavam se insurgir contra os atropelos processuais, mas pareciam não ter voz. Em 2016, o TRF4 decidiu, por maioria, que a Lava Jato constituía “caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro” e, por isso, poderia admitir “situações inéditas”, fora do “regramento genérico, destinado aos casos comuns”, ou seja, que desrespeitassem toda a ordem jurídica e constitucional do país.²²⁵ Uma invocação perigosa da teoria do estado de exceção, que coloca em xeque o próprio Estado Democrático de Direito, feita sem uma análise profunda de seus conceitos e de suas consequências, amplamente discutidos pela doutrina especializada.

Luigi Ferrajoli explica, ao tratar da emergência penal, que não importa o que se pense sobre os fenômenos criminais de gravidade excepcional,²²⁶ a lógica de um Estado de Direito pressupõe o respeito às suas regras, as quais não podem ser deixadas de lado quando for cômodo. Elas devem ser cumpridas, levadas a sério, seja nos momentos fáceis ou nos difíceis, sem exceção. Esta só poderá ser admitida como fato extra ou antijurídico, ou seja, em caso de guerra real e declarada, e não por mera liberalidade. Segundo o autor, “o abandono das regras e dos princípios jurídicos não é permitido em tempos de paz contra os cidadãos”²²⁷ e, em matéria de justiça, não pode prevalecer a máxima de que “os fins justificam os meios”, pois os meios são, justamente, as regras

-tribunal-que-julga-de-acordo-com-a-opiniao-publica/>.

225 P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>>.

226 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. (Tradução de *Diritto e ragione*: teoria del garantismo penale). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 667.

227 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. (Tradução de *Diritto e ragione*: teoria del garantismo penale). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 666.

e as garantias, como as de “verdade e liberdade”.²²⁸ Depois de tantas relativizações e passado tanto tempo, a Lava Jato continua, sem a mesma força e repercussão midiática de antes, mas com igual capacidade de causar condenações injustas, seja em Curitiba, no Rio de Janeiro ou em Brasília, como qualquer ação penal, notadamente as que vêm com um “selo” de grande repercussão.

Muitas histórias permanecem desconhecidas do grande público: empresas, postos de trabalho, casamentos e mesmo vidas se esfacelaram no triunfar da lógica então reinante, de que os fins justificavam os meios. Memórias que se perdem, exceto para quem com elas convive.

Oxalá os novos ventos, as transformações dos últimos anos, a pandemia da Covid-19, os recentes ataques às instituições democráticas em nosso país, tudo isso possa produzir autocríticas, como as recentemente realizadas por veículos de imprensa e, quiçá, ainda seja possível resgatar aquelas reputações que a Lava Jato, injustamente, tenha se empenhado em destruir.

Se “só o tempo faz o que o tempo não destrói”, como dizia Lima Barreto, que ele seja capaz de jogar luz sobre a origem da Lava Jato e as estratégias jurídicas e midiáticas que permitiram que ela chegasse aonde chegou. O que se verá é que ela não era tão transparente como queria fazer crer. Ao contrário: as informações sobre ela sempre foram selecionadas. A mídia expõe o espetáculo, mas encobre todo o resto. Ela exhibe para esconder.

²²⁸ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. Teoria do garantismo penal. (Tradução de Diritto e ragione: teoria del garantismo penale). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 667.

A magistratura parcial escancarada: Moro, a confissão e os fatos

MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA

DIOGO BACHA E SILVA

O tempo é o senhor da razão. Em recente entrevista, Sérgio Moro utilizou a representação de um “ringue” para se referir à audiência no processo em que o ex-Presidente Lula foi denunciado na 13ª Vara Federal de Curitiba, quando ele era magistrado e titular daquele juízo.²²⁹ No mais, esse “ato falho” do ex-Juiz Sérgio Moro apenas desvelou aquilo que estava em seu consciente mesmo. Não houve devido processo legal.

As recentes descobertas da influência norte-americana na Lava Jato através do FBI e os abusos cometidos pelos procuradores responsáveis pela operação em Curitiba apenas confirmam aquilo que todos já sabiam: a *Lawfare*, isto é, a utilização política do aparato judicial-criminal com o intuito de desacreditar, aniquilar um inimigo político.

Com Lula, o tempo escancarou aquilo que já estava latente nas práticas processuais que foram, ao mesmo tempo, inusitadas, tal como o espetáculo da condução coercitiva para o depoimento quando nem mesmo havia intimação anterior para o ato, sendo prática declarada incompatível com a Constituição, nos termos das ADPFs 444 e 395 do Supremo Tribunal Federal.

Até então, a defesa do ex-Presidente Lula levantou a suspeição do ex-Juiz Moro em todas as instâncias, até a impetração do HC 164.493/PR perante o Supremo Tribunal Federal, que contou com dois votos pelo não conhecimento do remédio, cujas decisões datam de 4 de dezembro de 2018. Em seus votos, o Min. Edson Fachin e Min.^a Cármen Lucia analisaram a impetração sob o argumento de que o ex-Juiz teria aceitado o convite de compor o governo Bolsonaro. Portanto, naquela data, não conheciam

229 MICHEL, Fábio. Moro admite que audiência com Lula foi como estar ‘no ringue’. *UOL*, 6 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/politica/2020/07/moro-admite-que-audiencia-com-lula-foi-como-estar-no-ringue/>>.

do remédio em razão de uma suposta decisão de que não haveria provas objetivas da parcialidade do ex-Juiz Moro. O julgamento encontra-se suspenso.

Fatos posteriores, entretanto, inclusive com a confissão do próprio ex-Juiz Moro, demonstram que nossas instituições devem “ao Lula um julgamento justo”, palavras do Ministro Gilmar Mendes.²³⁰

Desde quando a Força-Tarefa da Lava Jato engendrou um acordo com autoridades americanas para se apropriar do dinheiro público da Petrobrás – valores que chegariam a R\$ 2,5 bilhões de reais depositados naquele país através de uma fundação de direito privado, sob a escusa de utilização dos recursos públicos para o combate à corrupção, e tal acordo foi homologado pela 13ª Vara Federal –, tal fato jogou luzes sobre o que realmente estaria em jogo na relação entre a Lava Jato, o ex-Juiz e agora Ministro Sérgio Moro, a mídia e a elite econômica: tratava-se de um projeto de poder instalado no seio de instituições como Poder Judiciário e Ministério Público Federal, que estaria disposto, para alcançar seus objetivos, a simplesmente desconsiderar a Constituição e todo o ordenamento jurídico.²³¹

Esse fato seria apenas uma amostra do que poderia ser uma relação espúria, ilegítima e ilegal, que seria mais tarde divulgado pelo *site The Intercept* e por outros veículos de comunicação, entre a Lava Jato e o ex-Juiz Sérgio Moro – que chegaria, de acordo com o que já foi divulgado, por exemplo, a orientar a tarefa acusatória quanto às provas que, posteriormente, seriam utilizadas pelo próprio Juiz para decidir questões relacionadas ao processo do ex-Presidente Lula.

As relações estabelecidas entre acusação e julgador eram travadas por meio de aplicativo de mensagens e envolviam não só o Procurador da República Deltan Dallagnol, como também outros procuradores integrantes da Força-Tarefa da Lava Jato. O concerto entre acusação, investigação e órgão julgador ficou evidenciado em mensagens claramente imputáveis aos autores, demonstrando que houve encontro presencial entre Ministério Público Federal, através de Deltan, a Polícia Federal e o então Juiz Sérgio Moro para que discutissem as operações e fases da Lava Jato.²³² E a promiscua

230 BRITO, Ricardo; BOADLE, Anthony. “Devemos ao Lula um julgamento justo”, diz Gilmar Mendes. *UOL*, 23 ago. 2019. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/reuters/2019/08/23/devemos-ao-lula-um-julgamento-justo-diz-gilmar-mendes.html>>.

231 O despacho que homologa o acordo pode ser visualizado no seguinte sítio: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/3/art20190308-18.pdf>. Tal decisão foi objeto de suspensão por decisão liminar do Min. Alexandre de Moraes na ADPF 568, que, entre os argumentos, entendeu pela duvidosa legalidade de criação de ente privado para gerir recursos públicos. Decisão disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/LiminarADPF568.pdf>. Acesso em: 15 jul. de 2019.

232 Moro, Deltan e PF marcaram reunião para discutir fases da Lava Jato, apontam diálogos. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 15 jul 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/07/moro-deltan-e-pf-marcaram-reuniao-para-discutir-fases-da-lava-jato-apontam-dialogos.shtml>>.

relação entre acusação e órgãos do Poder Judiciário chegaria até mesmo a julgadores do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que apreciariam recursos interpostos pelo Ministério Público Federal.²³³

Ora, as matérias do *The Intercept* demonstram não um excesso de devido processo legal, mas a completa ausência do devido processo legal no sentido substancial e suas correlatas garantias do juiz natural, do contraditório e da ampla defesa, além da exigência de fundamentação racional das decisões.²³⁴ As matérias demonstram também o que poderia ser considerado um conluio entre o Ministério Público e o Magistrado para a produção das provas, estas podem ter sido totalmente contaminadas em sua origem, gerando, assim, a sua nulidade.

Não só o artigo 5º, XXXVII e LIII, da Constituição de 1988, estabelecem a necessária garantia do juiz natural como o direito do acusado de se submeter a julgamento perante uma autoridade judiciária competente, pelas leis previamente estabelecidas, e imparcial, mas também atos normativos internacionais como o artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o artigo 2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

A exigência de imparcialidade objetiva da jurisdição, sobretudo quando valores centrais como a liberdade estão em jogo, é ato central que diferencia o exercício da jurisdição ou não. Sem a imparcialidade, qual a diferença entre um julgamento feito pelo órgão de Estado ou os tribunais do ódio que grassam nas redes sociais? Nenhuma. No sistema acusatório constitucionalmente delineado, imparcial é aquele magistrado que se mantém equidistante das partes, seja no plano subjetivo ou objetivo, de tal forma a que exerça uma atividade de controle de um processo justo e democrático. Assim, a manifestação do direito ao devido processo legal. Eis o aspecto objetivo da imparcialidade.

O concerto, mesmo que de um único ato processual, entre o órgão acusatório e o órgão julgador já bem demonstra que o órgão julgador estabelece uma simbiose tal, que se torna, no plano subjetivo, um órgão acusador. Não há espaço, assim, para uma ampla defesa e contraditório efetivos. O papel da defesa, nesse caso, seria fornecer um cariz de legitimidade a um ato já praticado. Apenas para recordar: a sentença do caso

233 GREENWALD, Glenn *et al.* Novos diálogos: indícios de conversas impróprias entre Deltan e Gebran. *Veja*, São Paulo, 12 jul. 2019. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/novos-dialogos-indicios-de-conversas-improprias-entre-deltan-e-gebran/>>.

234 CORBY, Isabela de Andrade Pena Miranda; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; BACHA E SILVA, Diogo; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A magistratura envergonhada: a degradação das garantias constitucionais. In: RAMOS FILHO, Wilson; NASSIF, Maria Inês; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; GONÇALVES, Míriam (Coords.). *Relações obscenas: as revelações do The Intercept*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 169-175.

Lula foi proferida logo após a apresentação dos memoriais pela defesa, demonstrando que a condenação fora proferida sem mesmo a leitura dos argumentos da defesa.

Uma interpretação constitucionalmente adequada da exigência da ampla defesa e do devido processo legal não pode circunscrever as hipóteses de ruptura da imparcialidade àquelas mencionadas nos artigos 252 e 254 do CPP. Para dizer com Lenio Streck,

“Ora, I) uma coisa é dizer que, no artigo 254, estão elencadas hipóteses de afastamento do juiz; outra coisa é II) dizer que o dispositivo elenca (tod)as hipóteses de afastamento. Veja-se que se trata de uma regra. E onde está o princípio? Ou a imparcialidade não é um princípio? Não encontrei quem dissesse que não. Consequentemente, a resposta deveria ser óbvia”.²³⁶

Concordamos plenamente com o Prof. Lenio. Esses dispositivos normativos acima citados estabeleceriam, de início, um conjunto de regras jurídicas. Contudo, bem sabemos que, para garantir a integridade no direito, toda regra deve ser interpretada à luz dos princípios estruturantes, de justificação do direito como um todo. Desse modo, para falar com Dworkin, a interpretação jurídica não pode reduzir o direito, como no positivismo, a convenções passadas, mas deve tanto ajustar-se (*fit*) à história institucional, quanto justificar-se normativamente, diferentemente do realismo, nos princípios de “moralidade política”, da comunidade jurídica de pessoas livres e iguais, em uma democracia constitucional. Afinal, o “raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis”.²³⁶

Se, então, a imparcialidade é princípio que delinea a estrutura democrática do processo penal, cabe aplicar a suspeição ou impedimento para além das hipóteses previstas nos artigos 252 e 254 do CPP. Aliás, a questão é tão central que permite que o juiz declare a suspeição por motivo de foro íntimo, para garantir a imparcialidade.

Por óbvio, e como o tempo demonstrou, o real intento do ex-Juiz Moro não era realizar um julgamento correto, mas condenar alguém com o capital político do porte de Lula e, nessa esteira, utilizar politicamente o aparato jurisdicional para a promoção dos seus interesses pessoais. Transformar o processo penal em uma vendeta pessoal é corromper a legitimidade do poder. Antes que alguém diga o contrário, a cometer tamanho erro histórico, cabe dizer que mesmo a Inquisição portuguesa jamais admi-

236 DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. XI. Sobre isso, ver CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Processo constitucional. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.57-76.

tiria tal absurdo.²³⁷ Aliás, para a Inquisição portuguesa, o “processo” ou “ringue” do ex-Juiz Moro contra o ex-Presidente Lula seria uma prática severamente passível de punição.²³⁸

Não há outra consequência devida, diante de tantos fatos surpreendentemente cabais da parcialidade do ex-Juiz Moro, que não seja a nulidade, desde o recebimento da denúncia, dos processos em que o ex-Juiz Moro conduziu tendo Lula como réu.

237 FERNANDES, Alécio Nunes. Por “defeito de prova”: a sentença de absolvição em processos inquisitoriais do Tribunal de Lisboa (século XVI). Disponível em <https://www.snh2017.anpuh.org/resources/anais/54/1502851697_ARQUIVO_Pordefeitodaprova.Textocompleto.AlecioNunesFernandes.pdf>. E FERNANDES, Alécio Nunes. A dimensão judicial da ação inquisitorial da primeira visitação do Santo Ofício ao Brasil (1591-1595). *Revista Hydra: Revista Discente de História da Unifesp*, 3(5), p. 240. Disponível em: <<https://periodicos.unifesp.br/index.php/hydra/article/view/9078>>.

238 CORBY, Isabela de Andrade Pena Miranda; MIRANDA, Daniel Gonzaga. Sentença de Lula e Lava Jato   luz do direito inquisitorial no Brasil no século XVIII. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICO-BOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (Orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2017. p. 196-200.

Uma aula de história aos defensores do rol taxativo de nulidades

DJEFFERSON AMADEUS

Segundo Lenio Streck, “o mito só é mito para quem sabe o que é um mito.”²³⁹ Por isso, para quem não sabe o que é um mito, ele acaba sendo uma verdade. A afirmação de que seriam taxativas as hipóteses de nulidades descritas no artigo 254 do Código de Processo Penal é justamente isso: um mito.

Minha missão aqui, portanto, por intermédio da hermenêutica, é descascar as camadas de sentido que impedem o senso comum teórico de entender por que o rol taxativo das nulidades (realmente) existiu.

Entendendo isso, ficará evidente o porquê de essa tese não mais fazer sentido. O primeiro passo para compreendê-la adequadamente é olhar para a história. Então vamos a ela. Inicialmente, com Alberto Binder, é possível afirmar que o rol taxativo de nulidades (sistema restritivo de *numerus clausus päs de nullité sans texte*) “provém de uma concepção segundo a qual existia uma presunção forte a favor da validade da lei e das formas institucionais, própria da cultura da legalidade do século XIX”.²⁴⁰

Aqui, mais uma vez, é preciso mais aula de história para entender a que se prestou o conceito de taxatividade das nulidades. Valho-me agora das lições de Nilo Bairros de Brum para demonstrar que, se todo conceito é uma disputa de poder, então o rol taxativo de nulidades, embora criado por outros motivos, pôde ser utilizado pelos juristas da revolução francesa para lidar com a desconfiança que tinham em relação aos juízes.

239 STRECK, Lenio. Não sei... mas as coisas sempre foram assim por aqui. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 19 set 2013. Disponível aqui <<http://www.conjur.com.br/2013-set-19/senso-incomum-nao-sei-coisas-sempre-foram-assim-aqui>>.

240 BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Trad. Angela Nogueira Pessoa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 10.

Isso porque, conforme nos ensina Brum, “a revolução francesa havia afastado do poder o rei, seus ministros e sua máquina administrativa, mas, nos tribunais, foram mantidos os juízes aristocratas”.²⁴¹ Os juristas da revolução, continua Brum, “sabiam que de nada adiantariam as novas leis se aos juízes se permitisse reimplantar os valores da aristocracia através da interpretação judicial.”²⁴² O Código Napoleônico surge aí como um sistema jurídico, completo e claro, que não precisaria ser interpretado, mas apenas aplicado mecanicamente por um juiz boca da lei.

Então, quando o Judiciário defende a taxatividade das nulidades – pior do que a ingenuidade de achar que o Código de Processo Penal poderia prever todos os casos de nulidades – é o próprio Poder Judiciário, sem consciência histórica, dando a entender que a taxatividade decorreria da necessidade de não confiarmos no Poder Judiciário.

É evidente, como diz Alberto Binder, que a ideia de que somente se poderia declarar nulas as hipóteses descritas na lei, que servia ao Código Napoleônico e seu acentuado centralismo de Estado, logo demonstraria ser um projeto político difícil de se sustentar.²⁴³

É nesse contexto, de acordo com Lopes Mesa, que a teoria da inexistência aparece como “chave mestra para escapar da asfixia que provocava a rigidez do sistema de nulidades explícitas”.²⁴⁴

Aliás, os princípios gerais do direito também nascem da ingenuidade dos positivistas exegéticos, que, depois de perceberem a insuficiência do método exegético para dar conta da realidade, valeram-se dos princípios gerais do direito para aparentar interpretar a lei dentro do direito positivo, sem sair de suas fronteiras, quando, na verdade, os princípios gerais do direito nada mais eram do que conceitos que traduziam o imaginário dos novos donos do poder.²⁴⁵

É por isso que Warat dizia que todas as escolas, com seus métodos (exegético, literal, gramatical, histórico, comparativo, científico, etc.) “constituem uma dimensão simbólico-imaginária do político, e não uma orientação que responde às necessidades técnicos-jurídicas”.²⁴⁶

Com isso, estou defendendo que, sendo a nulidade uma regra, ela não existe como

241 BRUM, Nilo Bairos de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: RT, 1980. p.17.

242 BRUM, Nilo Bairos de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: RT, 1980. p.17.

243 BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Trad. Angela Nogueira Pessoa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 13.

244 LOPES MESA, Marcelo J. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos e procesales*. Buenos Aires: Depalma, 1998. p. 14.

245 WARAT, Luís Alberto. *Introdução geral ao estudo do direito*, I: interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994. p. 69.

forma de sanção e tampouco é declarada em favor da lei, mas sempre para proteger um princípio. No caso do ex-Juiz Sérgio Moro, por exemplo, a nulidade deve ser declarada porque a imparcialidade, que foi violada, é um princípio. Por isso, antes mesmo do juiz de garantias, já afirmava que, de nada adiantaria reconhecer a parcialidade de Sérgio Moro e devolver o processo a ele, porque o princípio da imparcialidade, com o mesmo juiz, persistiria violado.

É nesse sentido, com Binder, que afirmamos que:

A noção mais básica de saneamento consiste no restabelecimento de um princípio constitucional (em sentido amplo), que foi lesionado pela atividade processual defeituosa. De nenhuma maneira sanear consiste em restabelecer a forma. Aqui pode existir um equívoco que causou muito dano: sanear não equivale a restabelecer uma forma, mas um princípio. Em muitas ocasiões o restabelecimento da forma não só não significa restabelecer o princípio, mas, ao contrário torna a configurar uma nova violação do princípio e o agravamento da situação inicial.²⁴⁷

Foi isso o que sempre ocorreu e que o juiz de garantias, agora, visa a pôr fim. Por isso, e ainda com Binder,

O cumprimento dessas formas não é de nenhuma maneira o fim, mas o meio para assegurar o cumprimento dos princípios. Esta é a razão pela qual insistimos que em consideração estrita, as formas são garantia. [...] Por isso, o principal é a restauração do princípio afetado e não o restabelecimento da forma.²⁴⁸

Numa palavra final: se, detrás de toda regra, há um princípio, como bem ensinou Lenio Streck, então, sendo a nulidade uma regra, mais do que a forma, ela visa a proteger o princípio e, conseqüentemente, a pessoa. Então a forma é garantia porque protege o princípio.

247 BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Tradução de Angela Nogueira Pessoa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 82.

248 BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Tradução de Angela Nogueira Pessoa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 58.

A suspeição de Moro no caso Eduardo Cunha

TICIANO FIGUEIREDO

PEDRO IVO VELLOSO

CÉLIO RABELO

1. Introdução

O saudoso Ministro Mário Guimarães, em sua obra atemporal *O Juiz e a Função Jurisdicional*, ensinava que a toga, por sua tradição, mantém no próprio juiz a lembrança de seu sacerdócio, ao passo que também informa ao povo deveres de deferência ao Tribunal.²⁴⁹ O Ministro também citava o jurista argentino Rafael Bielsa, em sua obra *La abogacia*: “se dice que ‘el hábito no hace el monge’, y es cierto; pero el monge sin hábito no es tan monge...”.

Não basta ao juiz ser imparcial – porém, o juiz que não o seja, não é tão juiz assim.

O poder é o de dizer o direito. Resolver conflitos com definitividade. Um Poder e um contrapoder inserido na estrutura do Estado. A imparcialidade, com efeito, é pressuposto e garantia: das partes e do processo penal, pelo que, invariavelmente, da dispersão do rigoroso dever de imparcialidade pelo Magistrado segue-se o esfrelamento de um requisito essencial ao advogado: a fé nos juízes, como lembrava Calamandrei.

Tradicionalmente, nossos grandes processualistas sempre registraram que, quando se visse alguma circunstância especial que ameaçasse a imparcialidade e independência, comportamentos exigidos do julgador, tal circunstância poderia resultar em suspeição.²⁵⁰ O caso a seguir retratado exemplifica, na ótica desses autores, uma relação entre perda da imparcialidade diante da espetacularização da persecução penal. Parcialidade, mídia e a criação de mitos e heróis. Vejamos.

249 GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. pp. 194-195.

250 ESPÍNOLA, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Editora Bookseller, 2000. v. II, p. 295-296.

2. Um jogo de cartas marcadas

No início do ano de 2016, o ex-Presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha foi acusado pela Procuradoria-Geral da República, à época chefiada por Rodrigo Janot, pela prática, em tese, dos delitos de corrupção passiva, lavagem de ativos, evasão de divisas e o crime do artigo 350 da Lei nº 4.737/1965. O Supremo Tribunal Federal recebeu a denúncia.

Também em 2016, o Plenário da Câmara dos Deputados votou pela cassação do mandato parlamentar do então acusado, o que resultou em sua perda de foro por prerrogativa de função. A partir de agora, algumas datas merecem registro.

Em 14.09.2016, o saudoso Ministro Teori Zavascki determinou a remessa dos autos à 13ª Vara Federal de Curitiba. Em 10.10.2016, os autos aportaram naquele juízo, que, em 11.10.2016, determinou a remessa do feito ao *Parquet* para que se manifestasse sobre a ratificação ou não da denúncia anteriormente recebida pelo egrégio Supremo Tribunal Federal. Para surpresa da defesa, em 13.10.2016, ou seja, em apenas dois dias, o órgão ministerial apresentou pedido de prisão preventiva, valendo-se, para tanto, de fatos estranhos àquele processo, com expressa menção aos feitos que nem sequer possuíam conexão com a cognominada “Operação Lava Jato”. Após o exíguo prazo de quatro dias, o Magistrado Sérgio Fernando Moro determinou a prisão preventiva de Eduardo Cunha, fundamentando seu ato em circunstâncias, imputações e processos que não guardavam qualquer relação com a ação penal que estava sob sua jurisdição.

Chama bastante a atenção que um anterior pedido de prisão preventiva formulado pela Procuradoria-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal tenha ficado aproximadamente três meses concluso para análise do saudoso Ministro Teori Zavascki, sem que Sua Excelência tenha deferido o pleito cautelar. Perante Sérgio Moro, bastaram apenas quatro dias – inclusive para decidir com base em processos desconhecidos do juízo. Ali já se desenhava um indevido prejulgamento e antecipação do juízo de valor sobre os fatos apurados. A espetacularização da prisão preventiva de Eduardo Cunha também foi assaz relevante.

Para além de ser indevida, do ponto de vista técnico, a midiáticação excessiva do ocorrido conferiu ares de cruzada maniqueísta em desfavor do ex-parlamentar, tudo sob o signo do punho inquisitivo do então Magistrado.

No fatídico dia da prisão, pois, a Polícia Federal já havia disponibilizado avião para transporte imediato do detido até Curitiba, o que foi amplamente noticiado pelos veículos de informação.²⁵¹ Os horários dos voos, sua chegada em Curitiba e ida à Supe-

²⁵¹ DIONÍSIO, Bibiana *et al.* Eduardo Cunha é preso em Brasília por decisão de Sérgio Moro. *Globo*, São Paulo, 19 out 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/10/juiz-federal-sergio-moro>>

rintendência da Polícia Federal de Curitiba foram amplamente explorados pela mídia, transformando o cumprimento da medida cautelar em um *reality show*.²⁵²

Tamanha foi a exploração midiática do fato que até mesmo o agente policial que estava no cumprimento do mandado ganhou notoriedade, obrigando a Polícia Federal a adotar procedimento diverso nas demais medidas que envolviam Eduardo Cunha.²⁵³

Ainda, a questionável divulgação e cobertura em tempo real do cumprimento da prisão preventiva indevidamente decretada acabaram por inflamar populares em Curitiba, que hostilizaram os advogados do ex-parlamentar, o que foi noticiado inclusive, e por favorecer o estereótipo de “justiceiro” do Juiz, haja vista que passou a ser visto como quem tomou a decisão que o Supremo Tribunal não havia tomado.²⁵⁴

Mas este foi só o primeiro ato.

Dali em diante, a defesa percebeu um sem-número de oportunidades probatórias frustradas de maneira, no mínimo, incomum. Fundamentação para indeferimento de oitiva de testemunha essencial para a tese da defesa: “A oitiva de testemunha residente no exterior é custosa e demorada”. A própria prisão preventiva recém-decretada – “há acusado preso” – foi utilizada para o indeferimento da prova. A defesa percebeu, na mesma ocasião, em exercício de futurologia: o Magistrado previu teses de defesa e assentou, categoricamente, na fase de apreciação da resposta à acusação, que o parlamentar seria o beneficiário econômico e controlador de contas no exterior – o que, em tese, deveria ser provado com a persecução penal. Via-se, claramente, que o exercício do contraditório pela defesa era tratado como um desagradável empecilho pelo Magistrado. O “preso ilustre” precisava logo ser condenado para que se tivesse uma “prova” apta a afastar críticas de eventual preferência política do Magistrado. Posteriormente, esse intento de provar sua isenção político-partidária se confirmou.

Como exemplo utilizado na tentativa de afastar as críticas que lhe foram feitas em

-determina-prisao-de-eduardo-cunha.html>.

252 LOBATO, Bárbara. Preso preventivamente pela PF, Cunha deverá chegar a Curitiba até as 18 horas. *Globo*, São Paulo, 19 out. 2016. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/tempo/expresso/noticia/2016/10/priso-preventivamente-pela-pf-cunha-devera-chegar-curitiba-ate-18-horas.html>>.

253 ANDREOLLA, Ana Paula. Agente que virou celebridade após escutar Cunha era opositor de Dilma. *Globo*, São Paulo, 19 out. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/10/agente-que-virou-celebridade-apos-escutar-cunha-era-opositor-de-dilma.html>>; Após fama com prisão de Cunha, ‘Lenhador da Federal’ tira férias. *UOL*, 25 out. 2016. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/10/25/pf-faz-agentes-esconderem-rostos-apos-fama-do-lenhador-da-federal-diz-fenapef.html>>.

254 OAB-PR repudia hostilização de advogados de Eduardo Cunha. *Globo*, São Paulo, 20 out. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/10/oab-pr-repudia-hostilizacao-de-advogados-de-eduardo-cunha.html>>; ADOGADOS de Eduardo Cunha são hostilizados em Curitiba. *Migalhas*, São Paulo, 20 out. 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/247670/advogados-de-eduardo-cunha-sao-hostilizados-em-curitiba>>.

razão de seu possível interesse político no julgamento do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o referido Magistrado aduziu que condenara diversos políticos de vários partidos. Nisso, fez questão de citar, justamente, Eduardo Cunha, também opositor ao governo do Partido dos Trabalhadores. A utilização do pronome na 1ª pessoa do plural foi notável. O emprego do verbo “ter” foi, também, revelador. Veja-se o seguinte trecho da entrevista:

A operação Lava-Jato... políticos. Não só... do Partido dos Trabalhadores, mas políticos de outros partidos, que também receberam valores nesse esquema criminoso que representou uma verdadeira captura da Petrobrás. Os prejuízos estimados, apenas com custo direto de propina são da ordem de R\$ 6 (seis) bilhões de reais. Políticos de vários espectros partidários foram condenados. Do Partido Progressista, do PMDB. Nós temos aqui, condenado e preso já há 2 (dois) anos o ex-Presidente da Câmara, que era considerado um adversário político do Partido dos Trabalhadores...²⁵⁵

Esta foi a tônica da condução do processo: a demonstração de isenção do Magistrado passava pela necessidade de rápida condenação de Eduardo Cunha. Seguindo.

Em outro momento, o então Magistrado interferiu no direito à prova da defesa, dessa vez com o indevido indeferimento de perguntas formuladas ao ex-Presidente da República Michel Temer, ocasião em que sugeriu que a defesa queria transmitir “ameaças, recados ou chantagens a autoridades ou testemunhas fora do processo”.

Outro fato relevantíssimo é que, buscando o clamor público – com base em fato(re)s externos ao processo –, para projetar sua imagem positiva perante a sociedade, o então Magistrado decidiu mencionar, no corpo de decisão que manteve a prisão preventiva de Eduardo Cunha, aspectos extrajurídicos – respondeu a críticas feitas por réu em artigo publicado no jornal *Folha de São Paulo*. Isso mesmo: nos autos do processo.

Em seguida, o então Magistrado, como que em sua primeira exibição de “troféu”, publicou artigo na revista VEJA, justificando as até então 79 prisões preventivas que decretara na condição de juiz - e não na condição de articulista, queremos crer –, visando a garantir o apoio de grande parte da população às suas decisões, expondo réu de processo sob sua jurisdição. Referiu-se a alguns “presos ilustres”, fazendo expressa menção a “um ex-Presidente da Câmara dos Deputados”.²⁵⁶

Na mesma época, aliás, o então Magistrado veiculou no Facebook de sua esposa vídeo em que agradece à *fanpage* o apoio da população na condução de seus proces-

²⁵⁶ MORO: “A questão real é que se trata de presos ilustres”. O *Antagonista*, São Paulo, 4 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.oantagonista.com/brasil/moro-a-questao-real-e-que-se-trata-de-presos-ilustres/>>.

sos.²⁵⁷ Ilustrativamente, vale observar o seguinte trecho: “[...] e ajudou em um momento muito tenso, que nós realizássemos essa travessia, sabendo que nós contávamos aí com o apoio da grande maioria, talvez a totalidade da população para esses trabalhos que vêm sendo realizados na assim chamada ‘Operação Lava Jato’”. Assim, além de angariar apoio público, o Magistrado fez questão de ressaltar a importância da *fanpage* para a “Operação Lava Jato”, repetindo agradecimentos públicos a essas manifestações populares. Tal proceder, com efeito, buscava constranger as autoridades que pretendiam, de fato, exercer o necessário papel contramajoritário reservado às instituições republicanas, sobretudo pela eleição da denominada “luta contra a corrupção” como o objetivo último de nosso Estado Democrático de Direito – o que não pode ser extraído de nossa Constituição da República.

Outro indicador de parcialidade foi a juntada, aos autos da ação penal, de ofício, de sentenças condenatórias que havia proferido no âmbito da “Operação Lava Jato”, sem explicação alguma e justamente na fase que precedia a prolação da decisão final da ação penal. Basicamente, foi um aviso do que ia ser decidido.

Isso sem contar com diversas manifestações fora dos autos e de sua intromissão recorrente em questões que escapavam ao seu juízo.

Chama a atenção, também, que a condenação foi a jato. Após uma instrução conduzida de maneira açodada, as alegações finais da defesa foram protocolizadas na noite do dia 27.03.2017, com 188 páginas que cotejavam toda a prova produzida sob o crivo do contraditório, em processo com longa instrução e documentação descomunal. Veja-se: o Magistrado redigiu sentença de 109 páginas, assinando-a às 11h29 do dia 30.03.2017. Nessa data, o Magistrado curiosamente, estava em Brasília/DF para participar de audiência pública sobre o Projeto de Lei nº 8.045/10, iniciada às 13h44 com a sua presença.²⁵⁸ Julgamento de caso deveras complexo no exíguo prazo de 64 horas corridas - sem que se possa presumir que houve duas noites de sono e tempo para se deslocar da 13ª Vara Federal de Curitiba até o Congresso Nacional.

Veja-se o simbolismo: enquanto o Brasil comentava e discutia a sentença condenatória do ex-Presidente da Câmara, Eduardo Cunha, o Magistrado estava justamente na mesa daquela casa legislativa, ou seja, performando um patológico ato de ostentação.

De todo modo, apesar do robusto conjunto de elementos, optou-se por negar o evidente. O incidente processual de suspeição foi rejeitado pelo então Juiz Federal e

257 Moro agradece apoio dos brasileiros. O Antagonista, São Paulo, 19 mar 2017. Disponível em: <<http://www.oantagonista.com/posts/moro-agradece-apoio-dos-brasileiros>>; MACEDO, Fausto; YONEYA, Fernanda. Em vídeo, Moro agradece apoio à Lava Jato. *Estadão*, São Paulo, 19 mar. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/em-video-moro-agradece-apoio-a-lava-jato/>>.

258 SÉRGIO Moro participa de audiência pública na câmara. *Fotos Públicas*, 30 mar. 2017. Disponível em: <<https://fotospublicas.com/sergio-moro-participa-de-audiencia-publica-na-camara/>>.

pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

De todo modo, é público e notório que o Juiz virou Ministro de Estado. Um de seus derradeiros atos, em outra ação penal em desfavor de Eduardo Cunha, merece registro.

No caso, um interrogatório de Eduardo Cunha havia sido adiado por duas vezes, por decisão do próprio Magistrado, para que a defesa pudesse exercer, antes do referido ato, o contraditório diferido sobre um elemento de prova erigido pela acusação, que tratava de supostas mensagens de um aparelho celular da marca Blackberry – de maneira extemporânea, aliás, pelo que a defesa requereu seu desentranhamento.

É que houve a constatação, pelo perito oficial, de fundada dúvida sobre a autenticidade e a integridade do material fornecido à defesa. Aliás, digno de registro que outro fundamento para o pedido de adiamento – que foi deferido pelo Magistrado – foi que o “interrogatório do acusado pode ser utilizado para prejudicar a campanha de sua filha, Danielle Cunha, para o cargo de Deputada Federal pelo partido Movimento Democrático Brasileiro”.

Foi então que, de maneira inexplicável, o Magistrado, ferindo a lógica que estabelecera, atropelou a marcha procedimental e, basicamente, asseverou em português claro: obrigue-se o réu a decidir, no próprio ato de seu interrogatório, se se manifestará ou não acerca de mensagens a que não teve o devido acesso e cuja integridade/autenticidade sua defesa técnica não pode averiguar.

À época, aliás, e diferentemente do que já havia sido deferido pelo juízo da 14ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, o Magistrado também indeferiu o pleito da defesa para que Eduardo Cunha não fosse transportado no “camburão” da viatura da Polícia Federal – na medida em que possui labirintite e a parte de trás do camburão balança muito. Com isso, agindo de modo diferente de outro Juiz Federal, obrigava Eduardo Cunha a chegar às audiências atordoado pela labirintite.

No decorrer das perguntas formuladas ao interrogado, o Juiz começou a aludir justamente às mensagens constantes no aparelho telefônico Blackberry, supostamente de uso de Eduardo Cunha. As intervenções da defesa eram reputadas todas inoportunas – apesar de fundamentadas, em alguma medida, no que o próprio Magistrado tinha decidido. Num dado momento, quando a defesa se manifestou – de maneira escorregada e cortês – a impugnar a forma indutiva com que determinada pergunta havia sido feita ao interrogado, o destinatário da prova, num ato de impaciência, parou de fazer perguntas: “Ah, eu não tenho mais perguntas. É inviável interrogar o seu cliente”.

Em suma, Eduardo Cunha precisava logo ser condenado – ou ao menos ser duramente interrogado por Sérgio Moro. Nem mesmo o constrangimento em decidir contrariamente ao que já tinha decidido – o adiamento, por duas vezes, do interroga-

tório para o exercício da ampla defesa – foi empecilho. O que era essencial antes do interrogatório se transformou, rapidamente, em mero aborrecimento da defesa. Afinal, sua exoneração estava próxima e o cargo de Ministro de Estado lhe aguardava.

3. O interrogatório feito com o compromisso assumido de largar a magistratura

A ação penal seguia seu curso ordinário (e tormentoso), tendo o Magistrado atuado em todos os atos da instrução probatória, chegando até o interrogatório de Eduardo Cunha, antes de assumir a pasta do Ministério da Justiça, junto ao governo do Presidente Jair Messias Bolsonaro. No dia 1º.11.2018, Sérgio Fernando Moro aceitou oficialmente o convite para ocupar o cargo de Ministro da Justiça e da Segurança Pública do governo Bolsonaro. O interrogatório de Eduardo Cunha, coincidentemente, estava designado para o dia 31.10.2018, um dia antes de o ex-Magistrado aceitar o cargo no novo governo.

Ou seja, antes de aceitar publicamente o referido convite, o então Magistrado tinha por objetivo presidir, em 31.10.2018, a audiência de interrogatório de Eduardo Cunha. Assim, foi no dia seguinte ao interrogatório que o Magistrado aceitou o referido convite e disse, conforme noticiado por todos os veículos de comunicação, que deixaria de presidir “novas audiências na operação Lava Jato, para evitar controvérsias desnecessárias”.²⁵⁹

Em suma, o interrogatório serviu de uma peça de propaganda com o fim de passar uma imagem de imparcialidade de Sérgio Moro. Após a realização maculada do ato, a defesa requereu a realização de novo interrogatório, em virtude do princípio da identidade física do juiz, bem como arguiu, novamente, a parcialidade do então Magistrado federal. O pleito, mais uma vez, foi negado, estando os autos, no momento, conclusos para sentença.

De todo modo, os acontecimentos remetiam a defesa aos preceitos encartados nos Princípios de Bangalore, projeto de código de conduta judicial mínimo a todos países civilizados, incentivado pelas Nações Unidas, tendo sido entabulado em Bangalore (Índia) e aprovado na Haia (Holanda).²⁶⁰ Os princípios têm por finalidade orientar a

²⁵⁹ Além disso, o interrogatório não poderia ter ocorrido, pois a defesa não dispunha do acesso efetivo a elementos de prova e, exatamente por esse motivo, buscou a redesignação do ato. Não obstante, a despeito de ser conhecedor de sua saída para o futuro cargo de “Ministro da Justiça e da Segurança Pública”, o então Magistrado entendeu por bem manter o interrogatório, agendado para ocorrer no dia 31.10.18.

²⁶⁰ “Os Princípios de Conduta Judicial de Bangalore foram elaborados pelo Grupo de Integridade Judicial, constituído sob os auspícios das Nações Unidas. Sua elaboração teve início no ano de 2000, em Viena (Áustria), os princípios foram formulados em abril de 2001, em Bangalore (Índia) e oficialmente aprovados em novembro de 2002, em Haia (Holanda). Os Princípios de Conduta Judicial de Bangalore é um projeto de Código Judicial em âmbito global, elaborado com base em outros códigos e estatutos, nacionais, regionais e internacionais,

atuação do juiz acerca de patamares mínimos de comportamento.

Em uma das orientações, preconiza-se que ofertas de emprego para período posterior ao encerramento da atividade judicial podem desqualificar o juiz.²⁶¹ É evidente que há um risco de que o próprio interesse do juiz e seu dever apareçam como conflitantes aos olhos de uma pessoa sensata. Assim, eventuais ofertas aceitas pelo juiz podem, sim, afetar a percepção que o público tem do serviço judiciário, o qual abandonou.

A suspeição, ali, já era evidente. No entanto, o destino resolveu brincar com as ilusões dos homens. De fato, o Brasil é o país do futuro. No começo do mês de junho de 2019, diversos veículos de mídia passaram a publicar as mensagens trocadas pelo aplicativo Telegram entre os integrantes da Força-Tarefa da Operação Lava Jato e o então Juiz Federal Sérgio Moro, oportunidade em que se desnudou uma relação jurídica que fere frontalmente o devido processo legal, com especial violação aos princípios da imparcialidade, da paridade de armas e do juiz natural.

4. Os vazamentos.

A primeira reportagem que endossa a tese de violação ao devido processo legal é datada de 05.06.2019, publicada pela revista *Veja*, cujo título era: “Diálogos revelam que Moro era contra a delação de Eduardo Cunha”.²⁶² Conforme se verifica, o ex-Juiz Sérgio Moro, com patente interesse pessoal na causa, se manifestou de forma contrária à celebração de colaboração premiada com o ora requerente:

- a. Sérgio Moro: Rumores de delação do Cunha... Espera que não procedam
- b. Dallagnol: Só rumores. Não procedem. Cá entre nós, a primeira reunião com o advogado para receber anexos (nem sabemos o que virá) acontecerá na próxima terça, estaremos presentes e acompanharemos tudo. Sempre que

sobre o tema, dentre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU. Essa declaração de direitos prevê um julgamento igualitário, justo e público, por tribunal independente e imparcial, princípio de aceitação geral pelos Estados-Membros. A preocupação nasce da evidência de que o Judiciário, um dos três pilares da democracia, é o último refúgio do cidadão contra leis injustas e decisões arbitrárias. Se aos jurisdicionados lhes falta a confiança em sua Justiça, restará ferido o próprio Estado Democrático de Direito, cujo fundamento é a aplicação, a todos os atos e atores sociais, de leis e regras preestabelecidas”. (NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório contra drogas e crime (Unodc). *Comentários aos princípios de Bangalore de conduta judicial*. Tradução de Marlon da Silva Malha e Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. p. 7).

261 NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório contra drogas e crime (Unodc). *Comentários aos princípios de Bangalore de conduta judicial*. Tradução de Marlon da Silva Malha e Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. p. 81.

262 GREENWALD, Glenn *et al.* Diálogos revelam que Moro era contra a delação de Eduardo Cunha. *Veja*, 5 jul. 2019. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/dialogos-revelam-que-moro-era-contra-a-delaacao-de-eduardo-cunha/>>.

quiser, vou te colocando a par.

c. Sérgio Moro: Agradeço se me manter informado. Sou contra, como sabe

O que salta aos olhos na mensagem trocada é que, mesmo sem saber o eventual conteúdo e elementos de corroboração a serem, supostamente, apresentados, já havia uma predisposição em não aceitar o citado acordo, sendo que o Magistrado agia como verdadeiro chefe da Força-Tarefa. Nota-se a relação promíscua entre o Juiz e o acusador, ferindo de morte o sistema acusatório e os lugares constitucionalmente demarcados às partes. O papel do juiz é apenas de, ao receber a proposta de acordo, analisar os aspectos formais e homologá-la ou não.²⁶³ A balança da justiça ficou desequilibrada, para não dizer quebrada.

A segunda reportagem foi veiculada em 12.08.2019 pelo *site BuzzFeed*: “Diálogos indicam que Moro instruiu Força-Tarefa a não apreender celulares de Eduardo Cunha”.

d. 11:45:25 Deltan: Um assunto mais urgente é sobre a prisão.

e. 11:45:45 Deltan: Falaremos disso amanhã tarde.

f. 11:46:44 Deltan: Mas amanhã não é a prisão?

- 11:46:51 Deltan: Creio que PF está programando.

- 11:46:59 Deltan: Queríamos falar sobre a apreensão dos celulares.

- 11:47:03 Moro: Parece que sim.

- 11:47:07 Deltan: Consideramos importante.

- 11:47:13 Deltan: Teríamos que pedir hoje.

- 11:47:15 Moro: Acho que não é uma boa.

- 11:47:27 Deltan: Mas gostaríamos de explicar razões.

- 11:47:56 Deltan: Há alguns outros assuntos, mas este é o mais urgente.

- 11:48:02 Moro: Bem eu fico aqui até 12:30, depois volto às 14:00.

- 11:48:49 Deltan: Ok. Tentarei ir antes de 12:30, mas confirmo em seguida de consigo sair até 12h para chegar 12:15.

- 12:05:02 Deltan: Indo.

- 14:16:39 Deltan: Conversamos aqui e entendemos que não é caso de pedir os celulares, pelos riscos, com base em suas ponderações.

- 14:21:29 Moro: Ok tb.

Nessa reportagem, as mensagens indicam que Sérgio Moro instruiu o Procura-

²⁶³ Para coibir tais acontecimentos, aliás, o legislador fez por bem em vedar a participação do juiz nas negociações realizadas para formalização do acordo de colaboração (§6º do artigo 4º da Lei nº 12.850/13), bem como determinou como causa de suspeição o juiz que tiver aconselhado qualquer das partes (artigo 254, IV, do CPP).

dor da República Deltan Dallagnol e os seus subordinados para que não fosse feita a apreensão do celular do acusado, em verdadeira postura de inquisidor, pois existia o risco de deslocamento de competência para o STF. Agindo como parte interessada, o Juiz usou claramente uma estratégia persecutória, uma gestão de riscos: era melhor não apreender o celular, para não correr o risco de perder a competência. Perder um de seus “presos ilustres”. Tudo às escuras, informalmente, de maneira velada e sub-reptícia.

Note-se que as mensagens da reportagem foram trocadas em 18.10.2016, um dia antes da prisão preventiva do acusado, em 19.10.2016. A despeito de os procuradores integrantes da Força-Tarefa e o então Magistrado federal se defenderem publicamente dizendo que já havia sido apreendido outro celular de Eduardo Cunha, tal argumento é inócuo, pois, no momento da prisão, buscava-se apreender outro celular e não o mesmo outrora apreendido na Ação Cautelar nº 4044, à época em trâmite no STF. Revelou-se, portanto, uma relação de ascendência do Magistrado sobre os procuradores, em franca violação ao artigo 254, IV, do Código de Processo Penal.

A terceira ilegalidade veio à tona por meio do *site Intercept Brasil*, desta vez publicada em 29.08.2019, cujo título era: “Lava Jato vazou informações para a imprensa”. Conforme a própria reportagem demonstrou, o objetivo principal dos vazamentos de delações e informações sensíveis era a intimidação dos investigados a fim de que realizassem acordos com o MPF. De acordo com o *site*, o então Juiz Sérgio Moro (apelidado de “Russo” pela Força-Tarefa²⁶⁴) informou aos procuradores da Lava Jato a possível soltura do acusado pelo STF. Taticamente, de posse dessa informação, os acusadores orquestraram um “vazamento seletivo” de informações, numa clara manobra que partiu do próprio Juiz então responsável pelo julgamento do processo do acusado.

12 de dezembro de 2016 – Grupo Filhos do Januario 1

- Carlos Fernando dos Santos Lima – 18:45:31 – Recebi do russo: Off recebi uma notícia que não sei se é verdadeira que haveria uma articulação no STF para soltura do Cunha amanhã

- Roberson Pozzobon – 18:51:49 – Essa info está circulando aqui a PGR tb

- Paulo Roberto Galvão – 18:57:24 – O Stf seria depredado. Não acredito

- Athayde Ribeiro Costa – 18:57:40 – toffi, lewa e gm. nao duvido

- Santos Lima – 18:58:37 – É preciso ver quem vai fazer a sessão.

- Jerusa Viecilli – 18:58:39 – Pqp

- Santos Lima – 19:00:58 – Alguma chance de soltarmos a notícia da GOL?

²⁶⁴ FILHO, João. A Lava Jato usou o Judiciário para fins políticos. *The Intercept*, 16 jun. 2019. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/06/16/vaza-jato-corrupcao-sergio-moro-politica-dallagnol/>>.

- Costa – 19:01:35 – vazamento seletivo ...²⁶⁵

Conforme se verifica na reportagem citada, a mencionada conversa ocorreu na noite de 12 de dezembro de 2016. Coincidentemente, se assim se pode dizer, no dia seguinte, o saudoso Ministro Teori Zavascki retirou de pauta a Reclamação n. 25.509/PR, com pedido de liberdade do acusado, que seria julgada pela 2ª Turma do STF.

Em suma, as mensagens evidenciaram ainda mais a nítida parcialidade do então Magistrado federal e endossaram a premissa de que atos da instrução processual foram conduzidos por um juiz evidentemente suspeito.

Nesse contexto, apenas a título argumentativo, cabe tecer breves considerações sobre a validade das provas obtidas pela imprensa.

A Força-Tarefa da Lava Jato e o ex-Juiz Sérgio Moro têm compreendido que as mensagens não poderiam ser utilizadas, pois: (i) haveria falta de autenticidade nas mensagens publicadas; e (ii) seria prova ilícita, pois obtida por meio criminoso (hackeamento). Tal posicionamento foi verificado em diversas manifestações públicas.²⁶⁶

De início, sobre a falta de autenticidade das conversas, tal alegação se mostra totalmente frágil e falaz, pois as “provas” estão à disposição do Supremo Tribunal Federal²⁶⁷ e poderiam ter sido periciadas para se comprovar a autenticidade, como inclusive alertou o Ministro Gilmar Mendes.²⁶⁸ Além disso, o ônus da prova da falta de integridade é de quem alega, sob pena de exigir de um cidadão a produção de prova impossível (i.e., de que as mensagens não são falsas). Mas a angústia pela comprovação não deveria atormentar a cabeça de alguns, uma vez que diversos veículos de imprensa atestaram a autenticidade do material, confrontando o contexto dos diálogos com eventos reais, em que se identificou a fidedignidade das próprias conversas trocadas entre jornalistas e os procuradores.²⁶⁹

Trata-se de argumento sem qualquer justificativa empírica que demonstre a manipulação de conteúdo, sendo mera especulação e descaminho.

265 GREENWALD, Glenn; NEVES, Rafael. Vazamento seletivo.... *The Intercept*, 29 ago. 2019. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/08/29/lava-jato-vazamentos-imprensa/>>.

266 MORO questiona autenticidade de mensagens atribuídas a ele. *Globo*, 14 jun. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/06/14/moro-questiona-autenticidade-de-mensagens-atribuidas-a-ele.ghtml>>.

267 Tanto na ADPF n° 605 (Rel. Min. Luiz Fux) como no Inq n° 4781 (Rel. Min. Alexandre de Moraes).

268 SOUZA, Josias de. ‘Já se pode fazer perícia das mensagens’ hackeadas na Lava Jato, diz Gilmar. *UOL*, 7 jul. 2019. Disponível em: <<https://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2019/08/07/ja-se-pode-fazer-pericia-das-mensagens-hackeadas-na-lava-jato-diz-gilmar/>>.

269 GREENWALD, Gleen; DEMORI, Leandro. #Vazajato: as provas de que os chats são autênticos agora vêm de diversos veículos de comunicação – são definitivas e esmagadoras. *The Intercept*, 15 jul. 2019. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/07/15/vazajato-as-provas-de-que-os-chats-sao-autenticos-agora-vem-de-diversos-veiculos-de-comunicacao-sao-definitivas-e-esmagadoras/>>.

Da mesma forma, não é possível considerar tais mensagens como “prova ilícita”. A prova só é “ilícita” quando obtida ilicitamente pela parte e contra determinado “réu”. A proibição da obtenção de prova por meios ilícitos, aliás, é norma que se destina, precipuamente, ao Estado. Isso significa que essas mensagens só seriam “prova ilícita” se eventualmente os procuradores ou o ex-Juiz Moro fossem acusados e o acusador obtivesse as mensagens de maneira criminoso, o que não se vislumbra no caso em tela. Além do mais, a obtenção ilícita não foi efetuada por Eduardo Cunha, razão pela qual essa proibição de valoração não se sustenta.²⁷⁰

Por fim, ainda que a prova fosse ilícita, seria possível utilizar as mensagens em benefício do réu.²⁷¹ Afinal, é admissível a prova ilícita *pro reo*, quer seja pelo estado de necessidade (que afasta a ilicitude) em usar todos os meios possíveis para demonstrar a violação ao devido processo legal, ou ainda pelo princípio da proporcionalidade. É dizer, a garantia não milita em desfavor do garantido.

5. Desalentadas conclusões

A imparcialidade é essencial para a legitimidade da atividade jurisdicional. Assim, aplica-se tanto à decisão como ao processo de tomada de decisão.²⁷² No direito comparado, entende-se parcialidade como uma “condição ou estado de espírito, uma atitude ou ponto de vista que influencia o julgamento e torna o juiz incapaz de exercer suas funções imparcialmente em um dado caso”.²⁷³

Uma comunicação por parte dos juízes segundo a qual eles concordam em sentenciar todos os infratores condenados por uma dada infração à pena de prisão (sem qualquer distinção entre primariedade ou reincidência) autorizaria, dependendo das circunstâncias, um advogado a arguir suspeição ou impedimento do juiz com o funda-

270 Além disso, é preciso reconhecer que a prova ilícita serve para proteger o réu; e, no processo movido em desfavor de Eduardo Cunha, nem os procuradores, nem o ex-juiz são réus. Daí porque a adjetivação de ilícita sobre as mensagens é totalmente equivocada, pois tal interpretação escapa do âmbito de incidência da norma do artigo 5º, LVI, da CF. Mas não só. No caso em tela verifica-se a excludente de ilicitude pela teoria da fonte independente, pois o acusado apenas se amparou em reportagens da imprensa, em que a informação foi transmitida por diversos veículos autônomos, todos a partir do banco de dados do *site The Intercept Brasil* que está protegido pelo sigilo da fonte.

271 OLIVEIRA, Mariana. Mensagens vazadas de Moro e Dallagnol podem ser usadas por réus da Lava Jato. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 10 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-10/mensagens-moro-dallagnol-podem-ser-usadas-reus-lava-jato>>.

272 NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório contra drogas e crime (Unodc). *Comentários aos princípios de Bangalore de conduta judicial*. Tradução de Marlon da Silva Malha e Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

273 *S R vs. Bertram* (1989) OJ N. 2133 (QL) *apud* Cory J in *R vs. S*, Suprema Corte do Canadá, (1997) 3 SCR 484, § 106.

mento de que ele anunciou uma opinião fixa acerca da sentença ideal para a infração imputada ao réu.

Por si só, a constante utilização de um processo penal midiático não é saudável. Recorrentes comunicações, à época, por parte do então Magistrado à imprensa autorizavam a defesa a crer, legitimamente, que o juiz era suspeito. A comunicação pode criar uma aparência de impropriedade por indicar ou sugerir que o juiz estava embriagado pelo clamor público ou pelo medo da crítica do público.²⁷⁴ Mas o caso vai além e as evidências sobressaem aos olhos.

De outro lado, conforme observa Mauro Capelletti, há na garantia da imparcialidade uma clara decorrência da independência (cumprindo esta o papel de salvaguarda daquela), sendo que “o valor ‘final’, a ‘essência’ ou ‘natureza’, por assim dizer, da função judiciária é, portanto, que a decisão seja tomada por um terceiro imparcial, *tertius super partes*”.²⁷⁵ Para Eugenio Raúl Zaffaroni, “aquele que não se situa como terceiro ‘supra’ ou ‘inter’ partes, não é juiz”.²⁷⁶

Houve, com a devida vênia, a utilização da prisão e da condenação de Eduardo Cunha como um “troféu” que demonstraria a imparcialidade do Magistrado – que, em todas as suas manifestações na mídia, sempre quis registrar que não “prendia” nem condenava apenas pessoas oriundas de um determinado partido político. A tentativa de afetação de imparcialidade, pois, demonstrando seu inverso.

É sintomático que, à época do auge da cognominada “Operação Lava Jato”, o senso das proporções tenha sumido do imaginário social: quem supostamente desviou uma verba, corrompendo um órgão público local, foi tido como muito mais criminoso do que um Juiz que usurpou a função policial do Estado e corrompeu todo o sistema. A destruição da moral pública a pretexto de punir – e de não perder – “presos ilustres”. É certo, ainda, que as mensagens vazadas revelaram, a não mais poder, um notável amoralismo – não sem uma ponta de orgulho maquiavélico.

274 Sobre o tema, ver: United States of America, Advisory Committee on the Code of Judicial Conduct, New Mexico, Judicial Advisory Opinion (NT: Comitê Consultivo sobre o Código de Conduta Judicial, Novo México, Opinião Consultiva Judicial), 1991-2.

275 Para Capelletti, “a independência não é senão o meio dirigido a salvaguardar outro valor – conexo certamente, mas diverso e bem mais importante do que o primeiro – ou seja, a imparcialidade do juiz”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?*, p. 32).

276 Definitiva, aliás, é a proposição do grande estudioso quanto à importância da imparcialidade do juiz: “A jurisdição não existe se não for imparcial. Isto deve ser devidamente esclarecido: não se trata de que a jurisdição possa ou não ser imparcial e se não o for não cumpra eficazmente sua função, mas que sem imparcialidade não há jurisdição. A imparcialidade é a essência da jurisdiccionariedade e não seu acidente.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. p. 86, 91).

O *Habeas Corpus* n° 164.493/PR impetrado perante o Supremo Tribunal Federal: “aquele da suspeição”

MIGUEL PEREIRA NETO

Sabe-se, pelas diversas notícias já publicadas pela imprensa, que o Supremo Tribunal Federal tem encontro marcado com um tema tão complexo quanto polêmico: a suspeição do ex-Juiz e ex-Ministro Sérgio Moro, arguida pela respeitável defesa do ex-Presidente Lula, por aquele condenado em uma das ações penais resultantes da investigação autodenominada por “Operação Lava-Jato”. Mais precisamente, naquele que ficou conhecido como “o processo do triplex”.

O fato de ter a ação penal alcunha pela qual se referem intimamente as partes envolvidas, a imprensa, políticos e cidadãos — notórios ou anônimos —, bem como a popularidade dos investigadores, do réu e do julgador são elementos relevantes para o que se pretende expor neste texto.

A defesa do ex-Presidente pretende ver declarada a suspeição do então Juiz federal por razões elencadas no *habeas corpus* 164.493/PR impetrado em face de acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, mantendo a decisão monocrática do relator, recusou-se a analisar o mérito de outro *writ* sob os argumentos de que não haveria prova pré-constituída da suspeição alegada, de que a matéria já havia sido analisada em incidentes próprios e de que a alegação de fatos novos não seria suficiente para rediscutir a questão.

No Supremo, o *habeas corpus* foi impetrado em novembro de 2018 e teve seu julgamento iniciado em 4 de dezembro do mesmo ano, quando a 2ª Turma deliberou por não afetá-lo ao Plenário, vencidos os Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.

Ainda, foram colhidos os votos do relator, Ministro Edson Fachin, e da Ministra Cármen Lúcia pelo seu não conhecimento. Entendem Suas Excelências que aquela

não seria a via processual adequada para arguir a suspeição do ex-Juiz. Há notícia de que o julgamento será retomado no segundo semestre do ano corrente.

No *writ* hoje sob análise do Ministro vistor, a defesa submeteu novamente quase uma dezena de fatos que o Superior Tribunal de Justiça se recusara a analisar e acrescentou outros supervenientes, requerendo ao final a concessão da ordem para declarar a suspeição do então Magistrado e a nulidade dos atos processuais praticados.

Provavelmente, poucas vezes um advogado teve a oportunidade de acompanhar a evolução histórica de tantos fatos e suas consequências, enquanto ainda não concluído o julgamento em que eles estão postos. É essa célere dinâmica que torna peculiar o *habeas corpus* pendente de julgamento, aditado com fatos novos à medida do desenrolar da história política recente do país.

Em junho de 2019, colacionou-se aos autos notícia acerca do vazamento de diálogos de procuradores que investigaram e processaram o paciente: tanto diálogos entre si como com o então Magistrado, demonstrando a ausência de imparcialidade, visto que, entre outros episódios, teria havido a sugestão de troca da procuradora que atuaria na instrução do caso e demonstração de insatisfação com um longo período de tempo sem que tivessem sido deflagradas novas fases ostensivas das investigações.

De parte dos procuradores, parecia haver atuação orquestrada e calculada conforme o impacto na campanha eleitoral, tendo havido inclusive atuação para impedir que o ex-Presidente fosse entrevistado no cárcere.

Não há como negar que o julgamento daquela ação penal e alguns dos fatos elencados no *writ* ajudaram a definir as eleições de 2018 e nem que bandeiras punitivistas, especialmente a de tolerância zero com a corrupção — defendida em campanhas públicas pelo Magistrado e pela Força-Tarefa de procuradores e delegados —, foram dirigidas e capturadas pelo grupo político que se sagrou vencedor naquele ano.

No entanto, por óbvio, o Supremo Tribunal Federal se debruçará tão-somente sobre a questão jurídica posta, munido das razões de impetração e dos fatos supervenientes noticiados.

As hipóteses de suspeição do Juiz se encontram taxativamente listadas no artigo 254 do códex processual penal, sendo ainda passíveis de suplementação por força de seu artigo 3º; de modo que não se tem aqui a pretensão de opinar contra ou a favor da pretensão formulada pela defesa do ex-Presidente, fundada no inciso I daquele dispositivo (alegada inimizade capital).

Primeiro, porque a complexidade reside não no conhecimento ou no mérito do pedido em si, mas na possibilidade de uso dos elementos supervenientes; em especial daqueles obtidos de forma sabidamente ilegal, já que frutos de invasão de aparelhos celulares de dezenas de autoridades.

E, em segundo lugar, retomando aqui a questão da popularidade da operação e de seus atores, pelo fato de que, mesmo inegáveis os serviços prestados à sociedade e à causa anticorrupção, nulidades passaram incólumes pela 2ª Instância e pelo Superior Tribunal de Justiça para serem efetivamente reconhecidas somente pelo Supremo Tribunal Federal.

Não que fosse um acaso. Tanto os procuradores como o Magistrado sempre defenderam que as investigações deveriam avançar com apoio da opinião pública. Em artigos publicados, havia comparação com a operação italiana *mani pulite*, indicando-se que o apoio da opinião pública evitaria qualquer tentativa de se abafar politicamente as investigações.

Ocorre que a marcha acelerada das investigações, com novas fases inauguradas por entrevistas coletivas e ampla exposição dos investigados, foi tão bem-sucedida que acabou por conquistar também a opinião publicada.

Canais de imprensa passaram a dedicar equipes à cobertura detalhada da operação, alimentadas com peças processuais, fotografias e vídeos dos investigados, nos momentos em que figuraram como alvos de prisão ou busca e apreensão, e seletivos vazamentos de elementos colhidos ou fatos delatados ainda pendentes de investigação.

Criou-se implicitamente uma narrativa maniqueísta na qual não cabia crítica legítima à operação sem que o crítico passasse no mínimo por mal-intencionado ou refratário ao combate à corrupção, em que a defesa de garantias constitucionais dos investigados era rapidamente convertida em defesa de corruptos *per se* e onde quem se colocava a favor do princípio da presunção de inocência estaria automaticamente a favor da corrupção. Em que o possível reconhecimento de nulidades processuais em revisão por instância superior era tratado como abafamento de investigações.

Ou seja: buscou-se criar um fato consumado que pudesse chegar à instância especial enrobustecido de uma forma que conseguisse inibir sua eventual revisão (como se isto fosse possível), ao mesmo tempo em que ministros de tribunais superiores que eventualmente reconheciam garantias de investigados numa ou outra ocasião passaram a ser constrangidos nas ruas por cidadãos exaltados que diziam agir pela causa anticorrupção.

Tal propósito se tornou mais evidente com as mesmas mensagens obtidas ilegalmente, em que se vislumbram procuradores terem se utilizado de pessoas interpostas para pedir o *impeachment* de ministros do Supremo Tribunal Federal.

Destarte, tem-se, objetivamente, a prática de atos que causaram a impossibilidade de se garantir fosse o paciente julgado de forma justa e imparcial, pois o objetivo desnudado com o passar do tempo transbordou do que consta dos autos, demonstrando cenário fabricado por pretensões não isentas, cujo desfecho só poderia ser o de uma

condenação a qualquer custo.

A sequência de atos se descortinou muito maior do que poderia suportar a capacidade do ex-Juiz de julgar de modo imparcial, diante do tratamento desigual, contrário à lei, demonstrado por atos diversos praticados desde antes do oferecimento da denúncia, como a condução coercitiva abusiva, desnecessária e inútil ao processo; vazamento seletivo de diálogos interceptados ilicitamente, de forma extemporânea, quando já esgotado o prazo fixado, e alheia ao objeto da investigação; interceptação de ramais telefônicos de nobres advogadas e advogados integrantes da defesa técnica, com planilhas elaboradas pela acusação!!!; PowerPoint apresentado em entrevista coletiva, precipitando conclusão e a própria pena; vazamento de termos pinçados de delação premiada às vésperas da eleição; tudo em inegável orquestração de atos programados em conluio e união de esforços entre o então Juiz e membros do Ministério Público.

Hoje, fora o supranarrado, sabe-se ainda que servidores foram alçados a postos de destaque na Receita e Polícia federais e que o ex-Juiz ascendeu ao prestigioso cargo de Ministro da Justiça. Mesmo se este dispusesse dos predicados necessários e de competência técnica para tanto, o fato é que o foi pela caneta do então candidato que se sagrou vencedor no pleito daquele mesmo ano em que o paciente do *habeas corpus* foi impedido de concorrer pela lei eleitoral em razão da existência da mesma condenação, e quando foi levantado o sigilo de informações escolhidas cuidadosamente de delação premiada realizada apenas com a palavra do colaborador, até então não corroboradas ou apuradas, às vésperas da votação.

Este o contexto histórico e factual, aliado às decisões e sentença do processo, que a defesa do ex-Presidente pretende ver considerado no julgamento de seu *habeas corpus*. Embora o Código de Processo Penal seja taxativo quanto às hipóteses de suspeição, por vezes o que motiva aquelas condutas é por demais subjetivo; mas não tão subjetivo que não possa ser documentado em um *habeas corpus*. Especialmente quando, como já dito, se tem o privilégio de acompanhar o desenrolar dos fatos e de se ter novas provas, antes de concluído o julgamento ou perecido o direito.

Por essas razões, é forçoso defender que o *writ* tenha seu mérito analisado, privilegiando-se o *habeas corpus* como instrumento de defesa, e julgado mediante análise da questão posta não como mero incidente processual, mas como pressuposto inafastável do princípio da imparcialidade do Juiz natural e do direito à ampla defesa.

Afinal, na contramão da campanha “Dez medidas contra a corrupção”, endossada pelos procuradores da Força-Tarefa e que sugeria, entre outras medidas, restrições ao uso do *habeas corpus*, a heroica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu por anos para admitir a concessão de ordem de *habeas corpus* em relação a nulidades absolutas perpetradas até mesmo em processos com condenação já transitada em jul-

gado.

Ao mesmo tempo, fora a via estreita de cognoscibilidade própria dos recursos extraordinários, tem-se a jurisprudência defensiva que dificultaria sobremaneira a subsunção do tema à instância especial.

Deve-se destacar ainda que a superação da matéria pela instância ordinária, argumento utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para negar conhecimento ao primeiro *habeas corpus*, se deu em momento passado em que, sem o que se sabe hoje e presentes à primeira vista apenas fatos isolados que por si só não preenchiam as hipóteses taxativas, permitia aos julgadores em 2ª Instância entender a exceção de suspeição como mero inconformismo, tentativa de retaliação por parte do réu ou, mesmo, de se anular a qualquer custo os atos do Juiz que o condenou.

É óbvio, mas não custa ressaltar: a Lava-Jato não poderia estar acima da lei, nem tampouco, em hipótese alguma, ter tratamento ou aceitação diferenciada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região como caso de exceção, pelo fato de tal permissão caracterizar subterfúgio para referendar e se esquivar de um processo envenenado e gerador de frutos infectados por evidentes nulidades.

A somatória desses fatos, devidamente documentados de forma objetiva, configura o necessário à instrução da impetração do *habeas corpus* como instrumento de controle a evitar que persista a ilegalidade.

O que se constatou, portanto, com o desencadear de atos e fatos da recente história brasileira, é a existência incontida de um plano de poder político que extrapola os limites postos na ação penal, arquitetado numa parceria entre a acusação e o julgador, vilipendiando-se as garantias constitucionais do devido e justo processo legal.

Não obstante tenham sido apresentados pela defesa os fatos praticados em suspeição desde sua arguição, a verdade é que tais fatos e outros novos foram expostos a descortinar ainda mais a conduta do ex-Juiz e, assim que tornados públicos e de conhecimento do réu prejudicado, poderiam ser por este utilizados, não cabendo, nesta hipótese, invocar o disposto no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal e artigo 157 do Código de Processo Penal, porquanto a razoabilidade e a proporcionalidade devem imperar sobre a admissão da prova não obtida diretamente de forma ilícita, por se tratar o processo penal de interesse público relevante voltado a evitar a exacerbação desequilibrada da força estatal, de garantir a paridade de armas e a imparcialidade, sendo a liberdade direito fundamental de transcendência justificadora do cabimento da utilização de fatos objetivos e inquestionáveis.

A questão está posta em meio processual hábil e fundamentada a contento, de modo que o julgamento de mérito é de grande relevância para a construção da jurisprudência constitucional e pode funcionar como freio de arrumação, além de conse-

quente instrumento de aperfeiçoamento para a aclamada e necessária cruzada contra a corrupção.

A matéria tem envergadura constitucional, como ensina o eminente Ministro Gilmar Mendes em seu *Curso de Direito Constitucional*:

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 Verfahrensbe teiligter)”.

Daí a necessidade de que o sistema preveja e desenvolva fórmulas que permitam o afastamento, a exclusão ou a recusa do Juiz que, por razões diversas, não possa oferecer a garantia de imparcialidade.

Nesse quadro, portanto, assumem importância as normas processuais que definem as regras de impedimento ou suspeição do Juiz como elementos de concretização da ideia do Juiz natural.²⁷⁷

Analisado o mérito, indiferentemente se contra ou a favor do interesse imediato do paciente, será firmado na jurisprudência um marco importante que diz respeito ao *fair trial* e ao direito à ampla defesa, especialmente num tempo em que ressurgem na nação flertes com o autoritarismo.

Poderá, assim, a excelsa Suprema Corte fixar entendimento acerca da possibilidade de utilização de provas, obtidas ilicitamente por terceiros, como elemento objetivo e meio de defesa em outro processo. Afinal, ainda que imprestáveis para utilização contra as vítimas da invasão telemática, os fatos não podem ter sua existência ignorada, e a possibilidade de conhecimento em favor do réu deve ser analisada.

Com efeito, jamais foi negada de forma contundente a veracidade do conteúdo das mensagens obtidas ilicitamente, mas tão-somente alegou-se que não poderiam ser periciadas e que poderiam, em tese, ter sido adulteradas ou que não se recordavam das conversas; o que, afirmavam, impediria a utilização em qualquer processo.

Ainda, poderia resultar do debate um novo limite de cognição de fatos que denotem suspeição no processo penal, quando e se houver no contexto elementos de que a imparcialidade não existiu ou deixou de existir em determinado momento ou que, apesar de existente e verificada, os atos abusivos não tenham causado prejuízo a influenciar o resultado do julgamento.

Explica-se: ainda que seja possível, em tese, enquadrar os fatos, antigos e supervenientes, narrados no *habeas corpus*, em hipóteses do artigo 254 do Código de Processo Penal, especialmente os incisos I e IV, seria saudável para o debate contemplar as hipóteses em que as causas de suspeição podem transcender as relações de pessoalidade das pessoas envolvidas, o que demonstra pretender a defesa.

Ainda que o conceito de suspeição remeta sempre a certa pessoalidade e reavive a necessidade de sempre se distinguir imparcialidade do Juiz (possível e necessária) de neutralidade (inexistente), as investigações contemporâneas, de magnitude, complexidade e efeito polarizador nunca vistos antes, fazem aventar uma ideia que antes também não tinha razão de existir.

Há que se cogitar a suspeição quando, mesmo não havendo ânimo pessoal de inimizade capital contra o investigado, o conjunto de fatos e o contexto permitem concluir que a condenação deixou de ser uma possibilidade ou uma consequência natural do processo para se tornar um propósito.

A Força-Tarefa da Lava-Jato buscou se tornar uma instituição autônoma e quase adquiriu personalidade jurídica própria na forma de fundação privada, não fosse a intervenção do Supremo Tribunal Federal. O réu não teve de combater apenas a acusação, mas, em razão de estratégia previamente traçada, teve de combater junto dela grande parte da imprensa e da opinião pública, ao mesmo tempo em que via vazados elementos sigilosos ou diálogos obtidos na investigação, inclusive com autoridade com prerrogativa de foro, seja com o fim de constranger ou de influenciar uma instância superior. Ou seja: pela estratégia traçada e executada, a absolvição nunca foi uma possibilidade. Tem-se que o processo se apresenta como parte do objetivo desnudado e, portanto, motivador de parcialidade e suspeição.

Seria o caso de, mediante suplementação, emprestar do processo civil a hipótese de suspeição prevista no artigo 145, inciso IV, do Código de Processo Civil, quando se mostra o interesse no resultado do processo em favor de alguma das partes por qualquer motivo.

Debate ainda mais proveitoso resultará da análise do contexto delineado, avaliando inclusive como elemento de suspeição o cenário em que a investigação se tornou, emprestando um conceito bastante utilizado na economia, *too big to fail*, — a gerar um ambiente ainda mais propício ao viés de confirmação.²⁷⁸

Assim, cogita-se: a operação que se institucionalizou, adquiriu corpo próprio e projetou carreiras não se tornou também grande demais, muito maior do que consta dos próprios autos do processo da ação penal específica, para tolerar uma absolvição? Para reconhecer que errou ao expor sem necessidade investigados ou ao acusar alguém em coletiva de imprensa, ainda na fase de investigação e oferecimento de denúncia?

278 Em tradução livre da Enciclopédia Britânica, viés de confirmação é a tendência de processar informações procurando ou interpretando apenas o que é consistente com crenças e ideias já formadas. Este viés do processo de tomada de decisões é não intencional e recorrentemente faz o indivíduo ignorar as informações não condizentes com a crença preexistente. [...] O indivíduo tende a processar informações desta forma especialmente para embasar crenças próprias quando a questão é muito importante ou relevante para si. Disponível em: <<https://www.britannica.com/science>>.

Ou seja, para ser atingido o propósito mais abrangente e pessoal do então Magistrado e de integrantes da Força-Tarefa, não se poderia vir com outro resultado, senão o da condenação.

Pior: o viés de confirmação permitiria acatar de forma democrática um acórdão do Supremo Tribunal Federal declaratório de que tais elementos geraram uma nulidade passível de propiciar a exoneração de um réu, ainda que houvesse indício de crime?

Aí se encontra o cerne da questão. O eventual julgamento de mérito trará luz sobre as questões postas de forma culta e técnica. Possivelmente, decidirá de vez a sorte do nobre paciente, hoje novamente em liberdade, uma vez que sua inocência voltou a ser presumida como resultado do julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44.

A arguição de suspeição, objeto desse *habeas corpus* específico para a ação penal do ‘triplex’, deverá ser finalmente enfrentada, e de forma derradeira, pelo Supremo Tribunal Federal, guardião contramajoritário dos princípios fundamentais da Constituição Federal, sem o constrangimento pelo clamor criado nesses tempos sombrios, de extrema gravidade mutiladora do próprio sistema jurisdicional e do Estado de Direito como um todo, em razão da conduta absolutista, abusiva, de Magistrado de mãos dadas com a acusação, postando-se acima de qualquer norma e sem respeito ao direito de o réu ser julgado por um tribunal imparcial.

Por final, quanto ao noticiário popular, hoje tão familiarizado com processos judiciais de toda natureza, poderá publicar o resultado do julgamento, “daquele processo de suspeição”, de forma simples que permita ao leitor decidir se gostaria de ver seu time jogar uma final de campeonato em que o árbitro do jogo terá o interesse de ajudar a escalar o time adversário, de sugerir estratégia para uma atuação mais eficiente e demonstrará aflição quando aquele time demorar a marcar. Se descoberta trama utilizada para se furtar ao cumprimento das regras e a matreira colusão criada para tentar enganar o time que atuou com tolerância, boa-fé e realmente acumulou e demonstrou os prejuízos causados, quem responde pelo resultado inevitável que é a anulação? Quem lhe deu causa, o advogado que não se conformou ou o Juiz que, por dever, decidirá conforme a Constituição?

Se há algo de bom nisso tudo para o Estado de Direito Democrático, é que o jogo só acaba quando termina, e o apito final, como quase sempre ocorre, está a cargo do Supremo Tribunal Federal.

O Juiz que não era

ROBERTO TARDELLI

FABIANO SILVA DOS SANTOS

É evidente que ele está cansado. Seu cenho franzido, seus olhos profundos, sua voz parece vir de um peito exausto de tantas guerras. Olha para o auditório como quem esperasse uma reação de apoio, de admiração. Faz uma pequena profissão de fé e jura ser ético, imparcial e bom sujeito; faz uma pausa e respira. Há algo sério e se anuncia no ar. O ambiente era seguro. “Esses casos envolvendo graves crimes de corrupção, envolvendo figuras públicas poderosas, só podem ir adiante se contarem com o apoio da opinião pública e da sociedade civil organizada, e esse é o papel dos senhores.”

Os deuses dos tribunais se agitaram. Themis baixou sua espada e não conseguiu conter a lágrima que lhe escorria pela face. A frase foi dita por um Juiz, na época, muito mais do que um Juiz de Direito, quase um profeta, Sérgio Moro, sem dúvida o mais cobiçado genro do Brasil, não fosse ele casado em mui justas núpcias. Por um triz, ele não seria o arquétipo dos genros de famílias bem-nascidas, brancas e de classe média, exatamente aquelas que se vestiram de camisas verde e amarelo e foram às ruas, pedindo a interdição do que havia nos sobrado de liberdades públicas.

Avizinhava-se o julgamento de Lula, ele era o Juiz do caso e, de público, propôs que, se houvesse apoio do que chamou de sociedade civil organizada, a condenação estaria entregue, porém, era preciso que ele fosse, depois, carregado nos braços de quem o aplaudia.

Naqueles dias, em que o país se apaixonava por um Juiz que não teve nenhum pudor em livrar-se da imparcialidade, atributo inerente a qualquer juiz, antes de se imaginar que pudesse ele vir a ser amigo íntimo ou inimigo capital da parte, o que nos era impositivo e indissociável, o que nos era elementar e fundamental, a imparcialidade do Juiz da causa, passou a ser encarado como uma espécie de omissão e foi se

tornando um defeito grave do Magistrado, exatamente nesse gerúndio, como se fosse um movimento geracional, que, pouco a pouco, relegava a um passado recente, mas soterrado, o Juiz que se mantivesse isento e concedesse às partes o mesmo protagonismo processual.

Quanto mais se aproximava o dia da audiência de interrogatório de Lula, os meios de comunicação, não sejamos injustos, exceções feitas a isoladíssimos *blogs* de esquerda, e também a poucos outros jornalistas como Mônica Bergamo, saudavam Moro, o Implacável.

Implacável contra os corruptos e solidário e fraterno com os vulneráveis. Do sofá de sua sala de estar, de mãos dadas comportadamente com sua esposa, exortando as pessoas, em nome de um paciente, a quem saúda com especial e singela afeição, a doarem a medula óssea, pois quem salva uma vida salva-se a si mesmo.

O homem implacável, como na canção belíssima de Caymmi, tinha seus momentos na vida, em que era doce e acolhedor, familiar e solidário. Finalmente, tinha-se um herói, tinha-se um juiz que as boas famílias pudessem chamar de seu.

No interregno que fazia a audiência de interrogatório se aproximar, políticos menores eram caçados por uma mídia voraz. Procuradores da República, que formavam uma autointitulada Força-Tarefa da Lava Jato, constituíam um Ministério Público paralelo e independente daquele MP velho de guerra, que deixara de existir. Todos os dias, os procuradores – parecidos entre si, jovens, magros, com olhares atentos – davam longas entrevistas e explicavam como os políticos destruíam o país. Durante anos, o Brasil se reduziu a uma imensa plataforma da Petrobrás e nada mais importava.

Esses jovens procuradores, saber-se-ia mais tarde, atuavam em absoluta uniformidade com a vontade do super-juiz, que era o centro nervoso da Operação Lava Jato, que jogou para cima todo e qualquer critério de competência, que converteu Curitiba em uma espécie de Juízo Universal da corrupção no país; bastaria que houvesse menção à Petrobrás e tudo se deslocava para as mãos daqueles homens e daquelas mulheres, que também transcenderam a função que exerciam, todos se dando a ares proféticos. Ao Profeta Maior, o Juiz Sérgio Moro, juntaram-se profetas satélites.

O país pegava fogo. A ex-Presidenta Dilma, a quem de nada se acusava, estava só. Isolada, cada vez mais refém de uma mídia branca, de classe média, enfurecida. A homoafetividade estava protegida finalmente, as cotas raciais eram exigidas com seriedade e trabalhadoras domésticas tiveram seus direitos trabalhistas reconhecidos. Áreas sempre reservadas aos patrões começaram a ser invadidas e, pela primeira vez, famílias negras embarcavam em voos domésticos. Tudo parecia desabar na velha ordem estabelecida e algo precisava ser feito. Algo que fosse digno de um super-herói, desses que, com um sopro, fizesse desabar as poucas choupanas de direitos que se erguiam

aqui e acolá.

Ninguém tinha forças e os protestos das ruas precisavam de um elemento que catalisasse toda aquela energia ali posta. Somente haveria uma força capaz de ameaçar a escumalha esquerdista e atea que ameaçava enegrecer as faculdades, salas de aeroportos, tornar caríssima a empregada doméstica – vital em nossa organização doméstica burguesa. Não demorou muito para que ruas e *shoppings* se vissem invadidos por pessoas em relação homoafetiva, ora de mãos dadas, ora trocando beijos, como se namorados socialmente permitidos fossem. As coisas estavam tensas, quando a ex-Presidenta Dilma Rousseff anuncia que Lula seria seu Ministro mais importante, o da Casa Civil, aquele que cuida da lojinha.

A perspectiva lançava o herói Moro em um despenhadeiro, uma vez que, se Ministro fosse, Lula teria direito a foro por prerrogativa de função e sairia das garras seguras da Lava Jato, direto para o Supremo Tribunal Federal. O caçador via sua presa escapar, seus apoiadores, seguros de sua confiável parcialidade, enlouqueceram. No Supremo Tribunal Federal, Lula teria chances de ser absolvido, porque se reconhecia que o acervo probatório de seu processo não passava de uma série de juízos morais negativos, em relação à sua pessoa. Prova factual, nenhuma. Somente um herói, previamente comprometido, poderia condená-lo.

O herói aposta, o herói corre riscos que aos mortais comuns não são sequer dados a conhecer. Em um lance espetacular, do alto da colina, Moro vaza para a imprensa, voraz e sedenta de sangue, uma conversa que, ouvida com ouvidos de ouvir, nada significaria, mas, vinda com a bala de prata do juiz-vingador, atçou fogo ao país. Lula e Dilma conversavam ao telefone (Lula, ao que consta, estava sob grampo telefônico), sobre como se fazer para assinar um livro de posse (a posse, sabemos todos, do mais néscio ao mais erudito, se dá com a nomeação no *Diário Oficial*), cuja existência deve ter algum valor histórico. Despediu-se como se despedem os amigos, quaisquer amigos, “tchau, querida”.

Reavivando as cinzas de seu abandono, a conversa divulgada ao longo de todo um dia na principal emissora de TV do país, verde-amarelos pela orla de Ipanema, pela Avenida Paulista, gritos de cólera e de ódio expostos e recrudescidos, essa nomeação é judicialmente desfeita e Lula retorna à teia de Moro. Ao Supremo, dias depois, desculpa-se, alegando que agira, em razão de seu inconformismo republicano, que tiraria de sua vara o réu-bicho que todos esperavam que abatesse em praça pública.

O prestígio e o fetiche que Moro e seus procuradores provocavam nas pessoas agiu como se fossem um vírus e acabaram contaminando outras plagas, distantes de Curitiba.

Sim, outros juízes e desembargadores, promotores e procuradores se deram conta

de que as pessoas iam à praça para ver sangue quente jorrando dos inimigos sociais.

Tínhamos pelo menos quatro décadas de experiência e êxito letal de supressão de direitos das populações negras e periféricas, graças à Guerra contra as drogas, cujo objetivo, a eliminação do comércio de entorpecentes, justificava uma série quase infinita de ilegalidades, prontamente aceitas pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário. A supressão de direitos ganha momentos tragicômicos, a exemplo da Súmula 70, do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que chega à grosseria de estabelecer uma súmula acerca de matéria de fato. Sempre é de se lembrar que, para privar de liberdade o pobre e/ou negro carioca, basta que dois policiais digam que sim, ele estava traficando. Disseram os DD. Desembargadores daquele Sodalício tão reiteradas vezes, que formularam um verbete, de nº 70, vazado nos seguintes terrificantes termos: “O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação.”

O efeito prático da Guerra contra as drogas nos Tribunais foi a revogação, em cena aberta, da presunção de inocência. Tinha-se – e ainda se tem – aporte judiciário, não se diria jurídico, para invadir e prender os inconvenientes da periferia. Programas vespertinos criavam ambiente para que a população aceitasse uma mentira terrível: os fins justificam os meios.

A aclamação do herói Moro, a aceitação pelos Tribunais de todas as iniquidades processuais que perpetrava, a profusão de especialistas que o defendiam entusiasticamente na televisão, a restrição cada vez maior dos espaços para a defesa e advogados, exibidos indistintamente como “protetores de bandidos”, formam um caldo de cultura e, ao lado dos traficantes de drogas, outros se uniram e deveriam ser combatidos com a mesma tolerância zero.

O Brasil começa a viver a Guerra contra a Política. Moro encarna o super-herói das revistas em quadrinhos, está sempre só e desafia todos os dias um princípio jurídico novo. Seus procuradores se constituem numa matilha de jovens burocratas incansáveis e sem muitos pudores éticos, no combate ao Mal, ao Demônio Profano da corrupção.

Lado a lado, no país todo, as coisas ficaram diferentes. Os advogados passaram a ser hostilizados em audiência por juízes, cuja chama condenatória incinerava qualquer possibilidade de imparcialidade. A palavra prisão vulgarizou-se. Tornou-se uma tendência a busca pelo mesmo prestígio do Grande Herói, como se houvesse uma disputa por um retalho que fosse em sua capa.

Não passava um dia em que, pelo menos, um vereador de alguma cidade do país não fosse filmado, jogado para dentro de uma viatura. Nenhum ser vivente, nesse imenso nosso território, desconhece a sigla Gaeco, órgão dos Ministérios Públicos encarregados do combate ao crime organizado, vale dizer, tráfico e corrupção.

As labaredas já estavam suficientemente altas quando, anos antes disso, em 2013, o governo sanciona a Lei nº 12.850, que cria e oferece o canhão demolidor, a delação premiada, indubitavelmente o mais deturpado instituto jurídico do país. As grandes empreiteiras foram devastadas. A seus diretores era oferecida a possibilidade de delatarem o que soubessem, em troca de brindes processuais penais muito atraentes. O centro das delações, Lula, que de tudo, mas tudo mesmo, sabia.

Foi o começo do fim. Todos os delatores eram levados, após moralmente destruídos, ao Grande Herói. Ex-ministros, ninguém foi poupado, que tenha pertencido ao Governo de Lula; de outros governos, sabe-se bem que a situação foi outra.

Amanhecia o dia 4 de março de 2016, quando a residência de Lula foi invadida por um grupo de policiais federais, em cumprimento a mandado de busca, expedido pelo Super-Juiz. Juntamente com os policiais federais, outras pessoas invadem o apartamento, filmando e registrando todos os acontecimentos. Aquilo que se poderia imaginar ser para garantir a lisura de uma diligência, cheia de buracos, era, na realidade, mais um lance midiático de Moro: capturavam-se imagens que seriam utilizadas em um filme, em que ele, o próprio Juiz, era o real mocinho da história.

Como todo herói, Moro parecia já não separar a realidade da fantasia e criava ele mesmo seu próprio personagem. Com os olhos no passado, ele começou a acreditar no personagem.

Levado a uma sala minúscula, no aeroporto de Congonhas, inexplicavelmente, Lula é submetido a um interrogatório vergonhoso, já que nenhum de seus inquiridores sabia o que lhe deveria ser perguntado, até porque não havia fato algum a ser esclarecido, mas uma série infinita de juízos morais negativos.

O tigre estava mais forte do que nunca esteve. Tudo lhe era favorável, desde sua aceitação praticamente unânime pelos agentes públicos, operadores do Direito, fossem os do Judiciário, fossem os do Ministério Público ou Polícias, pairava sobre ele o manto da indefectibilidade. Moro era o segundo colocado nas pesquisas para intenção de voto à Presidência da República, que ele magnanimamente atribuía à sede de justiça dos brasileiros.

O mundo lhe sorria e Sua Excelência recebeu prêmios e honrarias. Todos, enfim, se curvavam àquele homem que demonstrava algebricamente a todos os juízes do país que abdicar da imparcialidade e vestir a capa de super-herói possibilitaria a eles incriveis experiências, enfim, era gratificante. Versões genéricas de Moro surgiram por todo o Brasil, algumas delas com final pouco generoso.

Alguns ainda giram e atuam, no mesmo sentido e direção de seu inspirador. Paradigma da Magistratura parcial, exemplo do Juiz caçador, Moro conseguiu obnubilar a

imensa maioria da população, e o Brasil ganhava uma verdade incontroversa: a imparcialidade passou a ser confundida com covardia ou, ainda pior, com coonestação com um comportamento criminoso.

No país de juristas de botequim, existiam duas alas no Supremo Tribunal Federal, a ala dos bons Ministros, que se digladiava com a ala dos maus Ministros, ou seja, aqueles que poderiam soltar pessoas acusadas de crime. O Ministério Público passou a ser senhor absoluto do processo.

Todavia, a unanimidade das ruas não contaminou os Tribunais e resistências ocorreram e ocorrem. Seu resultado, não obstante, foi nefasto: aos poucos, transformou-se a Justiça brasileira em um imenso acaso, em que o Direito perdeu espaço para o subjetivismo do julgador ou, como diz Lenio Streck, na genialidade aguda que lhe compete, tempos de solipsismo jurídico.

Em outras palavras, o sol deixou de nascer para todos. As vantagens em se abdicar da imparcialidade foram tantas que parece que somente os demiurgos a mantiveram, teimosos em seguir os modelos legal e constitucional.

Finalmente, o dia chegou. Finalmente, a audiência de interrogatório. Tão raivoso da imparcialidade estava o país que ninguém se deu conta do absurdo que viria a ocorrer: todos, invariavelmente, todos noticiaram o que seria o duelo entre Lula, brasileiro e acusado, e Moro, o Juiz que não era. Era uma luta, não era uma audiência; era um massacre, não era um ato judicial.

A audiência guardará enorme interesse aos historiadores, que tentarão responder à questão irrespondível: como se permitiu isso? O CPP exige do juiz recato e prudência. No sistema acusatório, a atividade do Juiz será sempre supletiva. Ninguém desconhece mais esse fato, da humilde servidora que leva o café às autoridades à mesa até o Juiz de direito, todos já sabem como deveria funcionar um interrogatório.

Para deixar claro que tinha um lado definido e para anunciar sem o dizer que a lâmina estava afiada e voltada ao pescoço do réu ilustre, Moro deu lugar a um vale-tudo inquisitório, sob o olhar meio abobado, meio fascinado dos Procuradores da República, e fazendo troça da indignação do defensor, de quem chegou a cortar a palavra. Tarifou o silêncio do réu, uma dessas atitudes infantis de juízes em início de carreira. Tinha quase 20 anos de Magistratura, mas já não era mais juiz. Era o Anjo da Anunciação.

A audiência foi, efetivamente, um embate. O Juiz deixava nítido, durante todo o tempo, que não era mais juiz, mas o guilhotinador; não era mais o jurista, mas o lobo sanguinolento. Nesse dia, revelou-se, claramente, não estava ali um julgador. Era um justiceiro. Lula tentava falar a quem não o ouvia, a quem não tinha a intenção de ouvi-lo porque já formara antes a crença irremovível de sua culpa, até porque era

aquela crença que mantinha acesa a chama de veneração pública. Testou os nervos do Presidente, deixou-o exposto.

O resultado do processo sabemos. O que também sabemos é que Lula jamais seria absolvido. Nenhuma possibilidade de absolvição existiu, em nenhum instante. Sabemos e sabíamos, todo o povo brasileiro sabia. Como diriam os ufanistas locutores das quermesses de interior, do Oiapoque ao Chuí, todos sabiam que Lula seria condenado. Era fundamental que o fosse, e ele, Sérgio Moro, era o ator principal de uma condenação, resultante de um processo que, em nenhum instante, teve seu caráter dialético. Era e sempre foi sabidamente uma farsa.

Inúmeros operadores do Direito, reunidos no Grupo Prerrogativas, com coragem e ousadia, denunciaram as muitas ilegalidades cometidas por Moro e pelos “filhos de Januário”. Falaram, como Santo Antônio, aos peixes. Hoje, entretanto, voltaram a falar aos homens. Merecem o nosso reconhecimento e os nossos aplausos.

Enquanto tudo isso se passava na Sala da Justiça, o descrédito absoluto nas instituições, na Política como forma de solução dos conflitos, com um Judiciário cada vez mais condenador, com um Ministério Público cada vez mais fascinado com seu próprio umbigo persecutório, com a perda gradual da mediação constitucional, com a crise econômica batendo às portas, com a erosão das garantias legais, com a imposição da força sobre a razoabilidade, aquilo que nunca se imaginou ocorreu: o Brasil elegeu um governo de extrema-direita, de tudo desconstituente.

Lula preso, o caminho ficou aberto.

O nível de desfaçatez e de parcialidade de Sérgio Moro atingia níveis que o descolaram da realidade. Ser juiz já não lhe servia, o serviço que prometera estava entregue e a vida tendia à monotonia. (Re)descobrimo-nos juiz de primeiro grau, nosso Super-Herói precisava de algum salto *twist* carpado mortal, para ascender às duas únicas cadeiras que entendia que poderiam recebê-lo: o Supremo Tribunal Federal ou a Presidência da República. A vara singular lhe parecia um aprisionamento insuportável, doloroso e aquém do quinhão de poder e de glamour de que se achava merecedor.

Num outro lance espetacular, recebe e aceita o convite para integrar em Pasta nobre um dos governos de mais extrema-direita que o planeta conheceu, a cada dia mais isolado no que se cuida chamar de concerto das nações.

A partir desse momento, ele começou a rever sua pobre condição humana. O restante da História do Juiz que não era é sabido. Mas, como diz a sabedoria popular, a História é um livro aberto.

O caso do Juiz que corrompia processos: notas sobre os atentados de Sérgio F. Moro à dignidade do sistema de justiça brasileiro

ANTONIO PEDRO MELCHIOR

MARCO AURÉLIO DE CARVALHO

1. Introdução: premissas fundamentais

Nos países que reivindicam a qualidade de Estado de Direito, a democracia deve ser entendida como o conjunto de soluções dadas ao problema do estatuto das liberdades.²⁷⁹ O Direito Processual Penal integra esse estatuto.²⁸⁰ Trata-se, em suma, de um relevante instrumento ético da democracia para consecução de finalidades jurídicas e metajurídicas, dentre as quais a garantia dos direitos fundamentais na aplicação da lei penal.²⁸¹

É, portanto, grave e ousada a defesa da legalidade dos diálogos travados entre o então Juiz Federal, Sérgio F. Moro e o Procurador da República, Deltan Dallagnol, desvelados pelo *The Intercept Brasil* e outros órgãos de imprensa, como o *El País*, essencialmente porque atenta contra os fundamentos que definem o modelo democrático e acusatório de processo penal. A defesa do comportamento do Magistrado Sérgio Moro na condução de certos processos criminais, especialmente contra o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, expressa um libelo em favor do que há de mais atrasado no sistema de justiça: tributo ao inquisitorialismo, no seio do constitucionalismo democrático do século XXI.

279 RIVERO, Jean. MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 201.

280 Os institutos processuais penais representam o acúmulo histórico de lutas políticas muito antigas, deflagradas para reparar os graves danos que o abuso do poder do Estado gerou (e ainda gera). (BINDER, Alberto. *Derecho Procesal Penal*. Hermenéutica del proceso penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013).

281 Cf. CASARA, Rubens R R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal brasileiro*. Dogmática e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013.

Na opinião da Procuradoria Geral da República, exposta nos autos do *Habeas Corpus* impetrado em favor de Lula (nº 164.493/PR),²⁸² “as mensagens trocadas no âmbito do Telegram (entre Sérgio F. Moro e Deltan Dallagnol) não possuem valor probatório por não existir prova da cadeia de custódia e não ser possível aferir sua autenticidade por meio de perícia”. Além disso, a PGR sustenta que “elas são ilícitas e nem o princípio da proporcionalidade as validaria para uso em favor do paciente”.²⁸³ Por fim, defende que as mensagens reveladas “ainda que fossem autênticas e lícitas, não demonstram suspeição”.

Não nos ocuparemos dos dois primeiros pontos, embora seja conveniente consignar breves comentários sobre eles, já que os envolvidos – Sérgio F. Moro e os membros da Força-Tarefa do Ministério Público Federal em Curitiba – insistem em tergiversar sobre o mérito dos diálogos revelados pela mídia.

1.1. Considerações preliminares sobre o *Habeas Corpus* nº 164.493/PR em favor de Luiz Inácio Lula da Silva

O estatuto jurídico da cadeia de custódia (sua preservação) expressa um conjunto de regras, princípios e procedimentos dirigidos ao Estado,²⁸⁴ não ao particular, com o fim de assegurar a integridade e fiabilidade da fonte de prova que se pretende empregar no processo criminal. A cadeia de custódia é um instituto voltado a assegurar a idoneidade de “bens apreendidos por uma autoridade policial ou submetidos à perícia”, “a fim de evitar dúvida quanto ao caminho percorrido durante a investigação criminal e respectivo processo judicial.”²⁸⁵ Sérgio F. Moro e Deltan Dallagnol, sem embargo dos indícios da prática de diversas infrações penais (prevaricação, fraude processual, etc.), não foram processados (e nem poderiam) com base nas mensagens trocadas no aplicativo Telegram. Pela mesma razão, não tiveram os aparelhos apreendidos.

No caso concreto, as fontes de prova, a partir das quais os impetrantes poderiam demonstrar a integridade e autenticidade do conteúdo dos diálogos travados, são os dispositivos eletrônicos do então Juiz Sérgio F. Moro e do Procurador da República

282 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Autos do *Habeas Corpus* nº 164.493/PR. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outro(s). Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Petição GTLJ nº 397871.2019.

283 Manifestação da Procuradoria Geral da República nos autos do *Habeas Corpus* nº 164.493/PR.

284 As regras que disciplinam os procedimentos destinados à conservação da “história cronológica do vestígio” impõem deveres aos órgãos públicos, o que se confirma pela leitura do artigo 158-A do Código de Processo Penal, inserido pela Lei nº 13.964, de 2019.

285 Cf. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 80.

Deltan Dallagnol, que, até onde se tem notícia, também não foram entregues voluntariamente à perícia. Em suma, a impossibilidade de provar a cadeia de custódia prejudica o paciente do *Habeas Corpus* nº 164.493/PR. A ausência de perícia no material telemático, como levantou a PGR no *writ*, não poderia ser arguida em favor do Magistrado indiciariamente suspeito, especialmente se é ele quem se recusa a entregar voluntariamente a fonte de prova, mantida exclusivamente sob sua posse.²⁸⁶

No âmbito de um *habeas corpus* em que se alega a suspeição do juiz, não se exige do impetrante a demonstração da integridade da cadeia de custódia, tampouco um alto grau de suficiência probatória. À prova da suspeição do julgador basta a presença de indícios suficientes da sua ocorrência. A mera perda de aparência de imparcialidade contamina, em absoluto, a validade do processo judicial.²⁸⁷ De toda sorte, na hipótese do *Habeas Corpus* nº 164.493/PR, em que se discute a suspeição do então Juiz Sérgio F. Moro, há farta demonstração probatória da indiscutível e nefasta parcialidade com que foram conduzidos os processos em questão. Os diálogos divulgados pelo *The Intercept Brasil* apenas reforçam os fatos e indícios apresentados pela defesa técnica amparados em outras fontes.

A imparcialidade exige do julgador que se afaste de qualquer dispositivo capaz de gerar uma contaminação prévia (ao momento-chave de seu discurso – sentença). Disso resulta evitar o contato prematuro com as fontes de convicção produzidas nas fases investigatórias, recomendando, no mesmo sentido, uma atuação passiva quanto à atividade probatória assumida pelas partes durante o processo.²⁸⁸ A própria ideia de independência judicial, central nas garantias outorgadas à magistratura, como ressaltado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), está profundamente vinculada a outros valores que orientam um processo penal democrático (equitativo), a saber: a imparcialidade, a paridade de armas e o respeito ao contraditório.²⁸⁹

Quanto à imparcialidade, o TEDH realiza uma distinção entre imparcialidade ob-

²⁸⁶ Ironicamente, Sérgio F. Moro, como ex-Ministro da Justiça do governo Bolsonaro, não viu problemas em apresentar o aparelho celular à imprensa para mostrar mensagens trocadas com o atual Presidente e que confirmariam a sua versão de intromissão irregular na autonomia da Polícia Federal.

²⁸⁷ Relevante conferir, a esse respeito, as discussões travadas no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). Como exemplos de decisões proferidas pelo TEDH, pode-se citar o caso *Buscemo vs Italia*, em que o Tribunal entendeu violada a imparcialidade, por ter o Juiz encarregado do processo manifestado na mídia a sua opinião sobre o mérito do caso penal. Em outro julgamento, o Tribunal declarou violada a aparência de imparcialidade (*Dorozhko y Pozharski vs Estonia*, de 24 de abril de 2008) por ser a presidenta do órgão em que o mérito do processo seria julgado casada com o Juiz responsável pela investigação preliminar.

²⁸⁸ CASARA, Rubens R R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro*. Dogmática e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 537.

²⁸⁹ HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho a un proceso penal equitativo. In: *DERECHO Penal Europeo*. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas Penales Europeos. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009. p. 324.

jetiva e imparcialidade subjetiva, que aqui interessa apenas para demonstrar que, no caso do Juiz Sérgio F. Moro, ambas se encontram claramente comprometidas:

Por la primera, se entiende la que debe exigirse al juez de la decisión definitiva sobre la culpabilidad que patentice ausencia de prejuicios que pudieran derivarse de su previa relación con las fuentes inculpatórias producidas en fases previas del proceso. La segunda, remite a una cuestión mucho más compleja: la existencia de vínculos personales, ideológicos, sociales o políticos entre el juzgador y las partes litigantes o el objeto del litigio.²⁹⁰

A alegação de que as mensagens divulgadas não correspondem à realidade, enfim, não obsta a sua inserção ou valoração pela autoridade judicial competente. A maior ou menor confiabilidade das informações, enquanto matéria de defesa do Magistrado, deverá ser apreciada ao lado das outras provas da suspeição, conforme sobejamente apontado pelos impetrantes.²⁹¹

A bem da verdade, contudo, toda essa digressão não tem muito sentido, uma vez que Sérgio F. Moro, Deltan Dallagnol ou quaisquer outros integrantes da Força-Tarefa da Lava Jato de Curitiba jamais afirmaram categoricamente que nunca escreveram o que lhes foi atribuído.

O tema da inadmissibilidade da prova ilícita em favor do réu também foi preliminarmente arguido pela Procuradoria Geral da República nos autos do *Habeas Corpus* nº 164.493/PR. Por falta de espaço, convém remeter a solução da questão aos esclarecimentos da doutrina brasileira e estrangeira que, há muito, resolveram as objeções levantadas agora.²⁹² Há um único ponto que merece destaque, por relacionar-se com o mérito: apesar de reconhecer que a regra da inadmissibilidade sofre exceções quando pode beneficiar o réu, condiciona-se a ressalva ao princípio da proporcionalidade que, segundo a Procuradoria Geral da República (Sérgio F. Moro e Procuradores da República envolvidos), não existe no caso. Esta é uma questão crucial, pois diz respeito à maneira com que percebem as alegadas violações ao sistema acusatório, ao devido processo legal e a outras garantias, decorrentes da troca oficiosa de informações entre juiz e acusadores.

Para os defensores da inadmissibilidade da prova em favor do paciente, Luiz Inácio Lula da Silva, “o direito à privacidade de que gozam autoridades públicas brasileiras”

²⁹¹ A disciplina probatória sugere a existência de três cânones, correspondendo cada um deles a um momento distinto do procedimento: avaliações de admissibilidade; as de relevância e as de veracidade. A discussão em torno da quebra da cadeia de custódia não incide sobre a admissibilidade ou de relevância, mas sobre a avaliação da veracidade, eis que poderá afetar o exame da integridade e confiabilidade da prova. (Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 143 et seq.

²⁹² Cf., por exemplo, ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita*. Um estudo comparado. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ostentaria peso e relevância maior que qualquer outra garantia em discussão, notadamente quando tais provas “não têm o condão de afastar o juízo de culpabilidade que levou às condenações”.²⁹³ É difícil compreender adequadamente esse raciocínio, uma vez que o estatuto jurídico das vedações probatórias e seu eventual aproveitamento em favor do acusado, mesmo em tese, não têm relação com o mérito das imputações. Dispensável dizer, a esse respeito, que a inadmissibilidade das provas ilícitas visa, em primeira e última análise, a assegurar o respeito à legalidade do processo penal, independentemente de eventual culpa ou inocência do réu. De toda sorte – e isso nos parece óbvio – a suspeição do Juiz afeta a confiança na forma com que a prova foi valorada e, não apenas, suscita dúvidas sobre a integridade de toda a instrução, dada a probabilidade de distorção da prova acusatória ou ocultação intencional de elementos favoráveis ao acusado.

Em síntese: é impossível afirmar a correção das teses acusatórias e a justiça de uma decisão condenatória proferida por juiz comprovadamente suspeito para o julgamento da causa.

Finalmente é necessário sublinhar, apesar da idêntica obviedade, que as autoridades públicas brasileiras não gozam de um direito consistente em manipular o resultado de julgamentos e atentar contra a dignidade da justiça. A intimidade e privacidade, protegidas pelo texto constitucional, não são meios de acobertamento de ilícitos por agentes do Estado, de quem se exige obediência impetuosa à legalidade. Acertada a premissa, vê-se que não somente há proporcionalidade no aproveitamento da prova “ilícita” em favor do paciente, como o eventual sopesamento resolve-se claramente em benefício dos direitos de liberdade e da credibilidade da justiça brasileira, em detrimento da garantia de privacidade do Magistrado sobre quem recaem suspeitas de parcialidade.²⁹⁴

O debate sobre a ilegalidade da troca de impressões ou informações de casos sob julgamento, entre juiz e acusador, conforme revelou o *The Intercept Brasil* em primeira mão, acabou ofuscado por essas duas questões, travadas em torno da autenticidade da prova obtida pela violação dos dispositivos eletrônicos do Juiz e do Procurador, assim como a sua admissibilidade ou não no processo. Esse deslocamento interessou aos envolvidos, que, por motivos inconfessáveis, não desejam o aprofundamento das discussões materiais em torno das relações não republicanas entre magistrados e membros do Ministério Público.

293 Manifestação da Procuradoria Geral da República nos autos do *Habeas Corpus* n° 164.493/PR.

294 A quebra da imparcialidade, especialmente nestas condições, constitui atentado tão violento às garantias do acusado e à confiabilidade dos processos judiciais, que eventual ilicitude na sua obtenção, descartada a tortura, jamais impedirá sua admissão e valoração.

2. “Russo”: um julgador suspeito

Sérgio Fernando Moro, então Magistrado da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, era conhecido como “Russo” entre os membros da Força-Tarefa do MPF. Ele e o Procurador da República, Deltan Dallagnol, protagonizaram diversas mensagens indicativas de um relacionamento profissional promíscuo, abertamente contrário às posições atribuídas ao Juiz e ao promotor de justiça pela tradição acusatória, consolidada na Constituição da República de 1988 e em tratados internacionais de direitos humanos promulgados pelo Brasil.

Ante a multiplicidade de eventos, destacamos, sem pretensão cronológica, dois atos emblemáticos à prova da parcialidade do Juiz Sérgio F. Moro para o julgamento de processos penais envolvendo Luiz Inácio Lula da Silva. Essa análise leva em conta tão somente os diálogos divulgados pela imprensa brasileira entre o Juiz e o Procurador, deixando de considerar fatos relevantes, tais como a manipulação da competência jurisdicional, participação em eventos políticos ao lado de opositores do ex-Presidente, envolvimento ativo no projeto político de Jair M. Bolsonaro, etc.

2.1. Primeiro ato: o Juiz que indicava testemunhas ao acusador

Em 7 de dezembro de 2015, a Câmara dos Deputados, presidida por Eduardo Cunha, articulava-se pelo *impeachment* da ex-Presidente Dilma Rousseff por meio de manobras que garantiriam o controle da comissão especial, então responsável pela análise do processo.²⁹⁵ Alguns dias antes, em 24 de novembro de 2015, no bojo da chamada Operação “Passe Livre”, a Polícia Federal prendeu José Carlos Bumlai, que, segundo o delator Fernando Baiano, teria recebido R\$ 2 milhões para pedir a intermediação do então Presidente Lula em negociação de determinado contrato da Petrobrás.

Este é o contexto da troca de mensagens entre o então Juiz Sérgio F. Moro e o Procurador da República Deltan Dallagnol, ocorrida naquele mesmo dia 7 de dezembro de 2015, enquanto Dilma Rousseff, atacada sem crime de responsabilidade, tentava se blindar republicaneamente contra o *impeachment* na Câmara dos Deputados. O diálogo entre juiz e membro do Ministério Público ficou registrado no Telegram nos seguintes termos:

Sérgio F. Moro: Fonte me informou que a pessoa do contato estaria incomodado por ter sido a ela solicitada a lavratura de minutas de escrituras para trans-

²⁹⁵ Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/12/07/politica/1449525188_306950.html. Acesso em: 10 jul. 2020.

ferências de propriedade de um dos filhos do ex Presidente. Aparentemente a pessoa estaria disposta a prestar informação. Estou entao repassando. A fonte é séria.

Deltan Dallagnon: Liguei e ele arriou. Disse que não tem nada a falar etc... quando dei uma pressionada, desligou na minha cara...Estou pensando em fazer uma intimação oficial até, com base em notícia apócrifa.

Sérgio F. Moro: Estranho pois ele é quem teria alertado as pessoas que me comunicaram. Melhor formalizar entao. Supostamente teria comentado com [nome suprimido pelo *The Intercept*] que por sua vez repassou a informação até chegar aqui.

Deltan Dallagnon: Posso indicar a fonte intermediária?

Sérgio Moro: Agora ja estou na duvida. Talvez seja melhor vcs falarem com este [nome suprimido] primeiro.

A troca de mensagens esclarece, sem dubiedades, que o então Juiz Sérgio F. Moro indicou ao Procurador da República uma pessoa que teria informações sobre (supostas) transferências de imóveis de um dos filhos do ex-Presidente Lula. Seguindo as orientações do Magistrado, a testemunha foi clandestinamente procurada, mas, ao que tudo indica, recusou-se a prestar depoimento. Na conclusão da conversa, os interlocutores acordam que é melhor formalizar a intimação, a partir de uma falsa “notícia apócrifa”. Trataremos dos desdobramentos em seguida.

2.2. Segundo ato: o Juiz que cobrava resultados, antecipava decisões e recebia minutas de petições do acusador

Na manhã do dia 17 de dezembro de 2015, por volta de 11h30, Sérgio F. Moro escreveu uma mensagem para Deltan Dallagnol cobrando agilidade na manifestação do Ministério Público no pedido de revogação da prisão preventiva do mesmo pecuarista José Carlos Bumlai, não por acaso, conhecido pela amizade com o ex-Presidente Lula. Conforme divulgado pela Revista *Veja*, em parceria com o *The Intercept Brasil*, o Procurador Deltan Dallagnol respondeu prontamente que iria providenciar. Na mesma mensagem, aproveitou para enviar decisões de outro Magistrado, não deixando de ponderar que Sérgio Moro poderia compulsá-las à vontade quando precisasse “prender alguém”. Veja-se:

Sérgio F. Moro: - Preciso manifestação mpf no pedido de revigacao da preventiva do bmlai ate amanhã meio dia?

Deltan Dallagnol: - Ok, será feito. Seguem algumas decisões boas para mencionar quando precisar prender alguém... pena que parece que quem emitiu a decisão anda meio estranho.

Parece óbvio que o Juiz não cobraria a manifestação, tampouco receberia do Procurador uma coletânea de decisões a serem usadas em decretos de prisão se fosse o caso de soltar José Carlos Bumlai. As cobranças do Juiz por atrasos em manifestações do Ministério Público Federal, hoje se sabe, jamais ocorreram nos autos. Atuando como chefe da Força-Tarefa, o Magistrado cobrava Deltan Dallagnol às escondidas, a exemplo do ocorrido em 3 de fevereiro de 2016, quando pareceu impaciente com a ausência de opinião do MPF em um *habeas corpus* impetrado. “Sérgio F. Moro: - Quando sera a manifestação do mpf ?

Deltan Dallagnol: - Estou redigindo, mas quero fazer bem feita, para já subsidiar os HCs que virão. Imagino que amanhã, no fim da tarde.”

No dia seguinte, 4 de fevereiro, Deltan Dallagnol antecipou-se e escreveu ao Juiz, esclarecendo: “- Estou acabando, mas vai passar por outros colegas. Protocolamos amanhã, salvo se for importante que seja hoje. Posso mandar, se preferir, a versão atual por aqui, para facilitar o preparo da decisão.” Na sequência, em 5 de fevereiro, o Procurador da República enviou ao Juiz natural da causa – em suas próprias palavras, “uma peça quase pronta, em docx., para caso precise adiantar algo”.

Atenção: o membro do Ministério Público Federal, tratando de caso sob julgamento, encaminhou ao Juiz natural a minuta da petição que apresentaria no futuro, “para facilitar o preparado da decisão”. Mais uma vez, o óbvio: quem se prestaria a auxiliar o Juiz a adiantar uma decisão provavelmente contrária aos seus interesses?

Lamentavelmente, a conversa não parou por aí. O Magistrado, Sérgio F. Moro, na posse do documento editável, ideal para copiar e colar em sua decisão, alertou o Procurador de que o prazo era fatal, não deixando de salientar, como quem dá um bom conselho, – “não deixe passar, pois é importante”.

Em 16 de outubro desse mesmo ano de 2015, o Supremo Tribunal Federal determinou a soltura de Alexandrino Alencar, diretor da Odebrecht que supostamente acompanharia o ex-Presidente Lula em suas viagens ao exterior.²⁹⁶ No mesmo dia, o Procurador da República, Dallagnol, responsável pelo requerimento da prisão, recorreu ao Telegram para desabafar com o Juiz Sérgio Moro, responsável por decretar a medida:

Deltan Dallagnol: - Caro, STF soltou Alexandrino. Estamos com outra denúncia a ponto de sair, e pediremos prisão com base em fundamentos adicionais na cota. [...] Seria possível apreciar hoje.

Sérgio F. Moro: - Não creio que conseguiria ver hj. Mas pensem bem se é uma

²⁹⁶ Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/lauro-jardim/post/alexandrino-o-diretor-da-odebrecht-que-acompanhava-lula-em-suas-viagens-sera-solto-hoje.html>. Acesso em: 9 jul. 2020.

boa ideia. (G.N)

Divulgou-se na imprensa que o então Juiz voltou ao *chat* nove minutos depois para complementar a dica: “Teriam que ser fatos graves”.

Como se verifica, sem cinismo ou falsa retórica, o caso do Juiz Sérgio F. Moro, “o Russo”, representa o maior escândalo judicial da história. A tentativa de salvar a sua atuação na Operação Lava Jato e, particularmente, a condução dos processos criminais deflagrados contra o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva não é apenas temerária, mas – arriscaríamos dizer – profundamente irresponsável.

3. Atentados ao sistema acusatório e à dignidade do sistema de justiça penal brasileiro

A suspeita atuação de Sérgio F. Moro como Juiz Federal da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba foi denunciada pelos mais importantes juristas do país, antes das matérias divulgadas pelo *The Intercept Brasil* e por outros importantes veículos. Destaca-se, pela coragem e pela contundência das manifestações, o Grupo Prerrogativas e, em especial, alguns dos seus integrantes (Lenio Streck, Carol Proner, Alberto Torres, Gisele Cittadino, Fábio Tófic, Dora Cavalcanti, Fabiano Silva, Gabriela Araújo, Geraldo Prado, Daniela Teixeira e tantos outros queridos colegas). Os diálogos entre o Juiz e Deltan Dallagnol, tornados públicos, apenas confirmaram o que até o mais cético dos brasileiros já sabia: o Magistrado Sérgio F. Moro possuía e possui um projeto político pessoal de poder. Para alcançar esse objetivo, ganhando visibilidade e expressão política, aliou-se ao Ministério Público Federal no comando da maior operação policial da história do país, atuando ativamente para condenar diversas pessoas, dentre elas o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, maior liderança do campo progressista no Brasil.

Como trazidos ao texto, são graves os argumentos da defesa a respeito do comportamento do Juiz e do Procurador da República, Deltan Dallagnol. Vingando a tese do próprio Sérgio F. Moro, encampada pela Procuradoria Geral da República nos autos do *Habeas Corpus* nº 164.493/PR, não haveria mais garantia de que o juiz, movido por senso particular de (in)justiça, aderisse a uma das partes, recebendo petição inacabadas, orientado-a e cobrando resultados.

Interessante consignar que, no caso envolvendo a indicação clandestina de testemunhas ao Ministério Público Federal, as pessoas citadas nos diálogos revelados, existiam e foram, de fato, oficiosamente procuradas por pessoas ligadas à Força-Tarefa da Lava Jato. Conforme apurado pela Revista *Veja*, a testemunha indicada pelo Juiz Sérgio F. Moro, Nilton Aparecido Alves, era técnico em contabilidade com escritório no

centro de Campo Grande, em Mato Grosso do Sul.²⁹⁷ A segunda pessoa que, segundo o Juiz, ouviu a história de Nilton Alves era o empresário Mário César Neves, dono de um posto de gasolina em Campo Grande. Mario César confirmou à imprensa que foi procurado por membros do MPF em dezembro de 2015, período congruente com os diálogos entre Moro e Dallagnol no aplicativo.

A troca de afetos e informações oficiosas entre o Magistrado e o Procurador da República ocorreram antes, durante e depois da deflagração de diversas operações policiais, o que indica a criação de um ambiente coeso e permanente de tutela judicial dos interesses persecutórios. No caso específico de Luiz Inácio Lula da Silva, a proximidade dos diálogos com operações deflagradas para atingir membros do Partido dos Trabalhadores, do qual é notório presidente de honra, demonstra uma particular ingerência do Juiz e, de qualquer forma, tendência a favorecer a acusação pública contra ele ou sua família. Questionado sobre a indicação de provas do interesse da acusação, o então Juiz da 13ª Vara Federal justificou-se da seguinte maneira:

Sérgio F. Moro: - Eu recebi aquela informação, e aí sim, vamos dizer, foi até um descuido meu, apenas passei pelo aplicativo. Mas não tem nenhuma anormalidade nisso. Não havia uma ação penal sequer em curso. é possível que tenha um crime de lavagem e eu passei ao Ministério Público.

Nos autos do referido *habeas corpus* impetrado em favor do ex-Presidente, a Procuradoria Geral da República, a fim de conferir roupagem lícita à indicação oficiosa de provas pelo Juiz ao acusador, aduziu que o “juiz encaminhou por mensagem informação que recebeu por via oral sobre pessoa disposta a relatar crimes”, logo, “cumpriu o disposto no art. 41 do Código de Processo Penal (sic) ainda que temperado pelo princípio processual da instrumentalidade das formas”.

O argumento é perigoso e inconsistente. Em primeiro lugar, releva notar, com certa ironia, o ato falho de indicar, em apoio à atuação do Magistrado, o artigo 41 do Código de Processo Penal, um dispositivo que se refere aos requisitos de validade da denúncia (ou queixa), portanto, dirigidos exclusivamente ao acusador.²⁹⁸ Sem embargo, o artigo 40 do Código – que se pretendia citar – em hipótese alguma autoriza a troca não oficial de informações entre juiz e Ministério Público. Disposto no Título III

297 Segundo a reportagem, ele já foi investigado pelo Ministério Público, acusado de pagar propina a uma organização criminosa que fraudava impostos e teria gerado um prejuízo de R\$ 44 milhões ao estado do Mato Grosso do Sul, entre 2015 e 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/moro-diz-que-cometeu-descuido-ao-indicar-testemunha-no-caso-lula/>. Acesso em: 9 jul. 2020.

298 CPP, artigo 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

do Código de Processo Penal, referente à disciplina da ação penal, a redação do artigo 40 é a mesma desde a promulgação do Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941: “Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.”

Esse dispositivo possui defeitos de origem, há muito indicados pela doutrina.²⁹⁹ Não sendo necessário descer aos pormenores, basta verificar que o então Juiz Sérgio F. Moro não conheceu de informações sobre a existência de crime de ação pública, em autos ou papéis que lhe tivessem sido dirigidos. A linguagem cifrada, usada pelo Magistrado ao encaminhar a notícia – “Fonte me informou que a pessoa do contato” etc.–, indica a intenção, quicá obscura, de alertar o Ministério Público sobre algo que não era conveniente falar de forma aberta. O tema do depoimento, cuja informação o Juiz fez chegar sorrateiramente aos ouvidos do Procurador da República, traria elementos à incriminação de “um dos filhos do ex-Presidente”, cujo nome não precisou declinar, talvez por ser conhecido do interlocutor de outras confabulações privadas.³⁰⁰ A ilegalidade torna-se repulsiva quando, ao final da troca de mensagens, ambos – Juiz e Procurador da República – acordam que o mais sensato seria, diante da relutância da “testemunha” em realizar a hipótese incriminatória – intimá-la formalmente, após fabricação de notícia anônima.

É preciso falar claramente: o Juiz Sérgio F. Moro não queria aparecer como a pessoa que encaminhara informações pretensamente incriminatórias de filhos do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Por isso, passou informações ao Ministério Público de forma clandestina, abusando de linguagem oculta. Quando a “testemunha”, procurada oficiosamente, recusou-se a contribuir, sobrou apenas a opção da intimação formal, que, entretanto, esbarrava no problema da ausência de fonte. Afinal, como a Força-Tarefa da Operação Lava Jato em Curitiba tomou conhecimento de um técnico em contabilidade com escritório em Mato Grosso do Sul?

A solução criminosa de Deltan Dallagnol, com o beneplácito do Juiz Sérgio Moro, fala por si: falsificar uma notícia de fato, tornando-a apócrifa. Assim, jamais seria possível controlar a forma de obtenção da informação, se mediante tortura, corrupção ou,

²⁹⁹ O dispositivo indica que o Juiz deve encaminhar ao Ministério Público os documentos necessários ao oferecimento da denúncia, o que passa a ser incompatível com a institucionalização do sistema acusatório pela Constituição da República de 1988. Em um processo penal governado pela presunção de inocência e pelo princípio acusatório, compete ao titular da ação penal perquirir se o documento que chega ao seu conhecimento deve ou não ser aproveitado para fins de instauração de investigação criminal ou oferecimento da denúncia. (Cf. GLOECHNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo penal*. Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

³⁰⁰ Parece evidente que o comportamento do Juiz nada tem a ver com “descuido”, muito menos tem o condão de atrair o conceito – recusado pela doutrina democrática – da “instrumentalidade das formas” no processo penal.

simplesmente, por conluio com o Magistrado.

As cobranças de resultado e agilidade no envio de petições, por sua vez, receberam da Procuradoria da República uma justificativa sucinta e desinteressada. A impressão é de completa banalização do fato: “se o Juiz cobrou celeridade em manifestações do Ministério Público, estava zelando por um princípio processual e constitucional”. O argumento abusa da falta de sinceridade. Qualquer cidadão sabe que o Magistrado cobra providências nos autos, e não fora deles, por meio de decisões e despachos ordinatórios, e que isso não se compara com o envio de mensagens particulares, em que se alerta sobre a possibilidade de perda de prazos ou aconselha-se a fazer isto ou aquilo para o deferimento de pedidos de prisão preventiva.

Em defesa da atuação de Sérgio F. Moro, a Procuradoria Geral da República sustenta que “tanto o Juiz quanto o Ministério Público estão obrigados, por lei, a buscar a justiça e o interesse público”. Essa assertiva força a indagar, por exemplo, onde se encontram tais atributos nos “fraternos conselhos” do Magistrado Sérgio Moro quanto à má preparação da Procuradora da República Laura Tessler em audiências.³⁰¹

Não é verdade que, pelos “contornos do sistema e da tradição, são legítimas conversas entre Acusador e Juiz que tenham por objeto a busca da verdade e os valores da justiça”. A aliança entre esses dois sujeitos está na base da larga e conhecida história de corrupção da verdade e de todos os valores que estruturam a Justiça.

O sistema acusatório recoloca o processo penal no contexto dos processos políticos, sociais e culturais que estão por trás do exercício do poder criminal, da funcionalidade real do sistema de justiça e da atuação dos atores jurídicos.³⁰² Ao separar juiz e acusador, em garantia da imparcialidade, o sistema não visa apenas a uma distinção estética, mas radicalmente substancial: afastar o Juiz de todo e qualquer interesse da acusação, com o objetivo de impedir – na melhor medida do possível – a contaminação da imparcialidade subjetiva.³⁰³

Para o modelo democrático e acusatório de processo penal, o Juiz deve se colocar permanentemente como árbitro imparcial e passivo, especialmente no que diz respeito ao desenvolvimento e resultado do enfrentamento dialético entre as partes. O Juiz não se alia a ninguém, tampouco desloca-se em “busca da verdade”, porque sua função resulta, estritamente, em assegurar as regras do jogo e tutelar as liberdades

301 “Sérgio F. Moro: - Prezado, a colega Laura Tessler de vcs é excelente profissional, mas para inquirição em audiência, ela não vai muito bem. Desculpe dizer isso, mas, com discrição, tente dar uns conselhos a ela, para o próprio bem dela. Um treinamento faria bem. Favor manter reservada essa mensagem”.

302 CASARA, Rubens R R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal brasileiro*. Dogmática e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013. p. 63.

303 Cf. MELCHIOR, Antonio Pedro. *O Juiz e a prova*. O sintoma político do processo penal. Juruá: Curitiba, 2013.

públicas. Nesse modelo, a justiça da decisão não é alcançada por cruzadas em busca da verdade, conduzidas por juízes e promotores em conluio, mas somente pelo cumprimento integral e absoluto das regras de validade e pelo correto desenvolvimento do processo penal.

4. Conclusões inexoráveis

A esta altura, espera-se que não se vá confundir ainda o enfrentamento à corrupção, luta necessária, justa e incansável, com a condução de investigações orientadas a atingir objetivos de cunho pessoal, político e, inclusive, partidário. Sérgio F. Moro, quando Juiz da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, violou a imparcialidade que jurou respeitar e agiu de forma criminoso, embora a ilicitude da prova não permita punir o conluio verificado entre ele e outras autoridades, especialmente para empreender uma perseguição implacável e sem “justa causa” contra a principal liderança política do campo progressista do nosso país: Luiz Inácio Lula da Silva.³⁰⁴

O conteúdo dos diálogos mostra, com singular precisão, que as “três instâncias” – investigar, acusar e julgar - foram engolfadas numa lógica paralela e simétrica, perdendo a indispensável função de serem “revisoras” uma da outra. No caso concreto, discutido nos autos do *Habeas Corpus* nº 164.493/PR, não seria indispensável conhecer das mensagens reveladas pelo *The Intercept Brasil* para declarar-se a suspeição do então Juiz Sérgio F. Moro. As sentenças contra o ex-Presidente Lula, fabricadas ao “arrepio da lei”, retiraram do último pleito presidencial o seu franco e inegável favorito, abrindo espaço à consolidação do projeto de poder do próprio Juiz, imediatamente nomeado como novo Ministro da Justiça e Segurança Pública do governo de Jair M. Bolsonaro.

Sérgio Fernando Moro antecipou decisões, manipulou provas em favor da acusação, trocou informações clandestinamente, deu conselhos ao aprimoramento de Procuradores da República em audiências, recebeu minutas de petições, alertou dos riscos de perda de prazos, além de cobrar a realização de novas operações policiais. É inacreditável que alguém possa dizer, em um processo judicial, em um texto acadêmico ou em uma conversa de bar, que esse comportamento é normal, saudável, recomendável, ou, ainda mais grave, lícito.

A defesa da legalidade da atuação de Sérgio Moro, em suma, somente é viável no contexto de um processo penal autoritário e substancialmente inquisitorial, projeto derrotado pela Constituição da República de 1988 e por todas as outras democracias

³⁰⁴ CARVALHO, Marco Aurélio de. Um homem descendo as escadas. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/opiniao/2020-05-02/um-homem-descendo-asescadas.html?ssm=whatsapp>. Acesso em: 7 jul. 2020.

liberais do mundo.

Reconhecer a parcialidade de Moro é, pois, uma oportunidade única para a reatualização de nosso Sistema de Justiça e para a higidez de nossas instituições.

A admissibilidade processual das mensagens reveladas pelo *The Intercept* no julgamento da suspeição por parcialidade do ex-Juiz Sérgio Moro

JULIANO BRENDA

“...l'acertamento dell'innocenza è una posta troppo importante, per essere sacrificata agli idoli dela procedura”. (Franco Cordero, 1963).

Ao longo do último ano, o site *The Intercept*³⁰⁵, a Folha de S. Paulo, a Revista *Veja*³⁰⁶, o *El País* e outros prestigiados meios de comunicação têm divulgado as notórias mensagens trocadas entre agentes públicos que atuaram na Operação Lava Jato, vítimas de criminoso ato de hackeamento por pessoas já submetidas à persecução da Justiça.

Até agora, porém, nenhuma resposta definitiva do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de admitir esses dados como elementos relevantes para as decisões nos processos criminais relacionados ao conteúdo das comunicações ilegalmente captadas. Tudo indica que o enfrentamento dessa matéria ocorrerá em breve, na oportunidade do julgamento de um pedido do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva de reconhecimento da suspeição do ex-Juiz Sérgio Moro, magistrado que o condenou.

O teor dos diálogos publicados, que denotam inequívoca quebra do dever de imparcialidade do Juiz, pela relação de complementariedade simbiótica com a acusação em flagrante assimetria ao dever de equidistância das partes, não será objeto

³⁰⁵ <https://theintercept.com/series/mensagens-lava-jato/>. Acesso em 2 jul 2020.

³⁰⁶ GREENWALD, Glenn; GHIROTTI, Edoardo; MOLICA, Fernando; RESENDE, Leandro; PADUAN, Roberta. Novos diálogos revelam que Moro orientava ilegalmente ações da Lava Jato. *Veja*, 05 jul 2019. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/politica/dialogos-veja-capta-intercept-moro-dallagnol/>>. Acesso em 02 jul 2020.

da presente análise, mas apenas sua admissibilidade como elemento de informação relevante para a decisão do caso.

Desde logo é importante afirmar a impossibilidade do uso desse tipo de prova para o fim de punir qualquer cidadão, no âmbito administrativo ou judicial, ainda que o conteúdo revele uma conduta ilícita. Trata-se de uma garantia assegurada pela Constituição Federal, em seu art. 5º, LVI (são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos), instituída como um obstáculo ético intransponível à atividade probatória do Estado, de forma a assegurar o direito de defesa do acusado contra o exercício arbitrário do poder, muito embora alguns países já estejam admitindo a valoração dos elementos probatórios obtidos dessa maneira.

Em arbitragens internacionais, é cada vez mais comum a valoração como prova de informações reveladas nas publicações de grandes vazamentos de dados por terceiros, que não sejam partes nos litígios³⁰⁷.

Nos Estados Unidos, no ano passado, o Department of Justice (“DOJ”) acusou quatro pessoas por diversos crimes, com base nas informações reveladas pela série de publicações “Panamá Papers”³⁰⁸, relatando milhares de operações financeiras a partir do vazamento de dados de offshores panamenhas. Na Inglaterra, em 2017, a Suprema Corte admitiu, por unanimidade, a admissibilidade de documentos sigilosos vazados publicamente no conhecido episódio Wikileaks³⁰⁹.

O tema da prova ilícita e de suas consequências no processo penal adquiriu nas últimas décadas um bom espólio doutrinário e jurisprudencial, mas ainda existe um capítulo pouco explorado na teoria das limitações ao direito probatório: a obtenção, produção, admissibilidade e valoração de uma prova ilícita para favorecer o réu.

É necessário, desde logo, utilizar esse verbo – favorecer - para ampliar o debate não apenas ao problema da absolvição do acusado, em tese de solução mais simples. Ou seja, é possível utilizar uma prova ilícita não apenas para absolver o réu da acusação, mas também para reduzir sua responsabilidade ou de qualquer modo beneficiá-lo, para o fim de reconhecer a violação ao devido processo legal? As legislações dos principais países, inclusive o Brasil, não cuidam expressamente do problema.

A leitura isolada do art. 5º, LVI, da Constituição, conduziria a resposta à literalidade do texto: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. E

³⁰⁷ “Since the WikiLeaks scandal, the legal parameters for admissible evidence seem poised to change: evidence that would have been considered inadmissible due to its privileged or confidential character is now admissible because it is considered to be public information”. ORTIZ, Ricardo. Admissibility of Hacked Emails as Evidence in Arbitration. Transnational notes, 14 maio 2018. Disponível em <<https://blogs.law.nyu.edu/transnational/2018/05/admissibility-of-hacked-emails-as-evidence-in-arbitration/>>.

³⁰⁸ Ver: <https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/four-defendants-charged-panama-papers-investigation>,

³⁰⁹ Ver: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0022-judgment.pdf>.

se são inadmissíveis, no processo, o dever se impõe a todos os participantes da relação processual?

A resposta, em primeiro lugar, deve partir da natureza jurídica do direito fundamental à inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos. Trata-se de uma garantia individual, direito de defesa do cidadão contra a persecução arbitrária e ilegal do Estado³¹⁰, daí por que a construção do conteúdo normativo não pode cingir-se à literalidade do texto, mas deve se concretizar, de forma ampliativa, com a conjugação das finalidades modernas do processo penal: o respeito aos limites jurídicos da atividade probatória oficial e, essencialmente, a tutela do status de inocência do cidadão.

Aqui já surge a necessidade de uma distinção vital: se a prova é produzida por meio ilícito pelo Estado, por intermédio de suas agências de persecução ou diretamente pelo Juiz, ou se é fruto de atividade probatória privada, pelo próprio acusado ou por terceiro.

Não seria racional, nem atenderia aos mais altos pressupostos de justiça, sancionar o cidadão pela conduta ilícita do Estado, excluindo, desentranhando e destruindo-se uma prova potencialmente favorável à sua posição processual, ao argumento da infração de direitos instituídos em seu favor. Dessa forma, qualquer prova colhida ilicitamente pelo Estado pode ser valorada em benefício do cidadão acusado, eis que a inadmissibilidade, nesse caso, violaria a natureza de um “direito fundamental de defesa” e a concepção moderna do devido processo legal como “processo justo”.

E esse consagrado princípio, aceito como um postulado da justiça em todo mundo, ocorre mesmo nas hipóteses em que a prova foi produzida ilicitamente pelo próprio acusado. Alguns sustentam, nessas condições, a analogia da legítima defesa ou do estado de necessidade. As soluções podem ser buscadas no próprio ordenamento processual penal, com a conformação que a Constituição lhe confere. A “justiça como valor supremo”, inscrita em nosso Preâmbulo, e a “dignidade da pessoa humana” como fundamento da República servem como paradigmas para a construção da resposta.

Em decorrência desses standards, o sistema de vedações probatórias do ordenamento jurídico não pode ser invocado para a impedir a demonstração de que o cidadão não teve direito a um julgamento justo, proferido em violação aos seus direitos e garantias fundamentais.

Por isso, a conclusão, mediante simples concretização hermenêutica dos

³¹⁰ Em clássica obra, o Ministro Gilmar Mendes sustenta que “na condição de direitos de defesa, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo ou, mesmo, do Judiciário”. MENDES, Gilmar. Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3.

valores constitucionais em ponderação, é de que se admite a prova ilícita em favor do acusado, a fim de prevenir uma condenação injusta pela inexistência ou atipicidade do fato e, também, em face da violação do devido processo legal. A exceção, aponta a doutrina, restringe-se à hipótese de um grave atentado aos direitos fundamentais praticado pelo próprio autor do fato, como, por exemplo, o emprego de tortura, especialmente porque nesse caso a proibição é absoluta, sem relativizações.

De outro lado, se a atividade probatória vedada deriva do próprio Estado ou de terceiro particular, como ocorre no caso concreto, ou seja, se a ilegalidade da produção da prova não é de autoria do acusado beneficiário da revelação que a prova indevidamente obtida produz, não é possível cogitar-se de sua inadmissibilidade processual, eis que esse direito, repita-se, é instituído em benefício do acusado e não pode ser lido em seu desfavor.

Nesse sentido, é a opinião dos maiores autores estrangeiros sobre a matéria, tais como Manuel da Costa Andrade³¹¹, ao defender a admissibilidade da prova “quando a valoração configure o único meio de salvaguarda de valores de irrecusável prevalência e transcendentais aos meros interesses da persecução penal”. Franco Cordero³¹² sustenta que o “l’acertamento dell’innocenza è una posta troppo importante, per essere sacrificata agli idoli dela procedura, enquanto Claus Roxin³¹³ anota que “as

311 “Nem deve, de resto, desatender-se a possibilidade de o processo penal se constituir e sede autônoma de revelação, atualização ou mediação de conflitos de interesses, susceptíveis de – em nome, v. g. da prevenção de perigos concretos – ditar a utilização de um meio de prova criminalmente obtido. Como sucederá quando a valoração configure o único meio de salvaguarda de valores de irrecusável prevalência e transcendentais aos meros interesses da persecução penal, máxime em se tratando de valores encabeçados por particulares e atinentes aos direitos fundamentais. Assim e concretamente quando, v. g., a valoração duma gravação ilícita represente a única possibilidade de alcançar a absolvição de um inocente infundadamente acusado de um crime. Dessa forma se prevenindo o intolerável atentado à liberdade e à dignidade humana que a condenação penal já de per se constitui, posta mesmo entre parênteses a conhecida cadeia das sequelas negativas de uma pena como a prisão” (ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova no processo penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 45 e 46).

312 “Ci si chiede ancora il divieto di valutare la prova irraturalmente acquisita, operi incondizionatamente ovvero trovi una deroga nel caso in cui dalla risultanza che dovrebbe essere amputata, emergano illazioni favorvoli alla difesa. Se si accogliesse il secondo termine del dilemma, il fenomeno muterebbe volto: saremmo di fronte non tanto a un divieto probatorio quanto ad una regola legale decisoria, che vieta al giudice d’assumere certe acquisizioni a premessa d’una condanna; in tal modo si attenuerebbe la contraddizione insita nella figura d’una prova inammissibile e tuttavia processualmente rilevante, sai puré in bonam parte. Quest’ultima è la soluzione per cui optiamo; essa s’inquadra in un principio generale, in cui segnacolo si coglie nell’art. 152: l’acertamento dell’innocenza è una posta troppo importante, per essere sacrificata agli idoli dela procedura” (CORDERO, Franco. Tre studi sulle prove penali. Milano: Giufrè Editore, 1963, p. 171).

313 “Cuando esos particulares proceden en ello ilicitamente (p.ej., sustraen documentos) y ponen a disposición de las autoridades de la investigación las pruebas así obtenidas, se cuestiona si las pruebas obtenidas pueden ser valoradas en el procedimiento penal. Dado que las disposiciones sobre el procedimiento de la StPO (¡y ante todo de las prohibiciones de métodos probatorios!) sólo están dirigidas a los órganos de la persecución penal, este tipo de pruebas son, en principio, valorable; una excepción debe regir unicamente para casos de extrema violación de derechos humanos...” (ROXIN, Clau. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editores

proibições de métodos probatórios só estão dirigidas aos órgãos da persecução penal”. Na mesma linha, há vários pronunciamentos da doutrina nacional, todos favoráveis à utilização da prova ilícita em favor do réu, como, por exemplo, Lenio Streck³¹⁴, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes³¹⁵, Antonio Magalhães Gomes Filho³¹⁶, Aury Lopes Júnior³¹⁷, Juarez Tavares e Rubens Casara³¹⁸, Guilherme Nucci³¹⁹, entre outros.

Em parecer oferecido no habeas corpus do Ex-Presidente Lula, a Procuradora Geral da República Raquel Dodge simplesmente argumentou que “o material publicado pelo site *The Intercept Brasil*...ainda não foi apresentado às autoridades públicas para que sua integridade seja aferida. Diante disso, a sua autenticidade não foi analisada e muito menos confirmada. Tampouco foi devidamente aferido se as referidas mensagens foram corrompidas, adulteradas ou se procedem em sua inteireza, dos citados interlocutores. Estas circunstâncias jurídicas têm elevado grau de incerteza

del Puerto, 2000, p. 206).

314 STRECK, Lenio Luiz. Os fins justificam os meios? No Direito, não! Mas na “lava jato”, sim! Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, 24 jun 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-24/streck-fins-justificam-meios-direito-nao-masna-lava-jato-sim>>. Acesso em 7 jul 2020.

315 FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 161 e 162.

316 “Mas, por outro lado, são semelhantes considerações a respeito da ponderação de interesses que autorizam a admissão da prova ilícita pro reo: no confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental, e o direito à prova de inocência parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição do inocente...” (Direito à prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 106 e 107). Nesse mesmo sentido, em FILHO, Antonio Magalhães Gomes; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo. Código de Processo Penal Comentado. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 417.

317 “Neste caso, a prova ilícita poderia ser admitida e valorada quando se revelasse a favor do réu. Trata-se da proporcionalidade pro reo, onde a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova...” (Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, p. 566 e 567).

318 “No Brasil, reconhece-se, sem maiores divergências, a possibilidade de utilização da prova ilícita favorável ao acusado (prova ilícita pro reo). Trata-se de evidente manifestação do princípio da proporcionalidade, em que, no caso concreto, o princípio da ampla defesa contrasta e prevalece sobre o princípio da vedação das provas ilícitas (trata-se de uma incidência do favor rei)”. (Prova e Verdade. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2020, p. 92).

319 “Porém, caso se trate de prova indispensável para garantir a absolvição do acusado, demonstrando seu estado natural de inocência, jamais se pode desprezá-la. Lembremos que o Estado possui um propósito ao vedar a produção de provas ilícitas, que é manter a ética e a lisura dos atos processuais, mas, acima disso, encontra-se a realização da justiça e a total inviabilidade de cometimento de um erro judiciário. Inexiste fundamento lógico para garantir a ética, em nome da falsa condenação de um inocente: transborda-se da lisura dos meios para a ruptura ética do resultado.” (Princípios constitucionais penais e processuais penais. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 352/353).

neste momento processual, que impede seu uso com evidência”³²⁰.

Nessa manifestação a PGR sustentou a possibilidade em tese de “que, com o furto e uso de identidade, tais mensagens tenham sido adulteradas ou de alguma forma manipuladas. Trata-se de grave e criminoso atentado contra o Estado e suas instituições, que está sob a devida apuração pelos órgãos competentes”.

Ao julgar outro pedido de concessão de habeas corpus em que se pleiteava a liberdade ao ex-Presidente Lula, com o argumento incidental da suspeição do magistrado de primeira instância, logo após as primeiras revelações, o Ministro Gilmar Mendes “reiterou a necessidade de adiar a conclusão do julgamento. Segundo ele, novos pontos trazidos pela defesa sobre a suspeição do ex-juiz Sérgio Moro, relacionados à divulgação pelo site “The Intercept” de diálogos entre ele e procuradores integrantes da Lava-Jato, precisam ser mais bem analisados. Em seu entendimento, além desses diálogos, a interceptação telefônica do escritório de advogados encarregados da defesa do ex-presidente demonstra a plausibilidade jurídica da alegação de suspeição, pois teria ocorrido o monitoramento de comunicações entre defesa e réu. Tal situação justificaria a concessão da liberdade ao ex-presidente até o julgamento do mérito do HC. A proposta foi acompanhada pelo ministro Ricardo Lewandowski”.

Nessa sessão de julgamento, o Ministro Edson Fachin, em relação às conversas divulgadas pelo “The Intercept”, destacou “que não é possível levar este fato em consideração até que seja realizada investigação sobre sua autenticidade”³²¹.

Meses depois, em razão das prisões dos autores do hackeamento das mensagens, tudo indica que os diálogos eram mesmo autênticos e que o material apreendido pelas autoridades públicas é íntegro e que não houve adulteração das mensagens. Em alguns casos, os diálogos foram confirmados por determinados interlocutores³²².

O Ministério Público Federal, que tem acesso a todos esses elementos, pois investigou e denunciou os autores dos crimes de invasão de dispositivos informáticos e violação indevida de comunicações telemáticas, poderia facilmente ter demonstrado a falsidade ou distorção das mensagens.

O silêncio eloquente do órgão de acusação opera como mais um forte elemento de confirmação da veracidade das mensagens publicadas pelo The Intercept

³²⁰ Cópia da Manifestação da PGR em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340453441&ext=.pdf>, acessado em 2/7/2020.

³²¹ Notícia do julgamento publicada no site oficial do STF em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=415010>, acessado em 2/7/2020.

³²² Como exemplo de algumas confirmações, <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/07/05/faustao-diz-nao-ver-novidade-em-conversa-divulgada-de-moro.htm> e https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/06/29/interna_politica,766779/procuradores-defendem-moro.shtml, acessados em 4/7/2020.

ou, em sentido inverso e suficiente para a admissibilidade da prova, da inexistência de qualquer indício que aponte para a inautenticidade ou falta de integridade do material divulgado pelos meios de comunicação.

Não há, portanto, justificativa constitucionalmente legítima para que essas informações não sejam objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal como mais um elemento probatório relevante para decidir se as garantias fundamentais do cidadão foram plenamente respeitadas, entre elas a imparcialidade do julgador.

Vaza Jato – Uma inimiga do povo?

RAFAEL FAGUNDES

RAFAEL BORGES

“o homem que emite tão odiosas insinuações contra a sua própria cidade não pode ser senão um inimigo da comunidade”³²³.

Na peça “Um Inimigo do Povo”, o dramaturgo norueguês Henrik Ibsen conta a história do bem-intencionado Sr. Stockmann, um médico que descobre que a água de sua cidade está contaminada. Essa descoberta rapidamente se converte em um enorme problema porque a poluição inviabiliza o funcionamento da Estação Balneária, principal fonte de renda local. Assim que sua sobrevivência econômica é colocada em risco, os cidadãos se unem para silenciar o alerta do Sr. Stockmann. A imprensa local se recusa a publicar suas descobertas, outros duvidam de suas conclusões e o Prefeito da cidade se apressa a vir a público negar os fatos. Mais preocupados com seus próprios interesses e com a preservação da Estação Balneária, os habitantes da cidade ignoram todos os avisos do Sr. Stockmann, a quem conferem a pecha de inimigo do povo. Derrotado, o Sr. Stockmann é demitido da Estação Balneária, excluído da sociedade e injustamente acusado de ter inventando a contaminação da água com segundas intenções.

Ibsen escreveu “Um inimigo do povo” em 1882, mas seu texto permanece inteiramente atual no Brasil de hoje. Desde o ano passado, diversos jornalistas e veículos de imprensa vêm publicando uma série de reportagens que ficou conhecida como Vaza Jato, baseadas em conversas mantidas no aplicativo Telegram por membros da Força-Tarefa da Operação Lava-Jato, diálogos esses que revelaram condutas no mínimo questionáveis de seus interlocutores do ponto de vista jurídico, ético e moral. Abriu-se

³²³ IBSEN, Henrik. Um inimigo do povo. Porto Alegre: ed. L&PM, 2001, p. 73.

a caixa de Pandora. O olhar da sociedade sobre os métodos e sobre o legado da Operação Lava-Jato jamais será o mesmo.

Mas a vida imita a arte, e não faltaram aqueles dispostos a encenar o papel do fictício Prefeito, questionando a autenticidade das conversas ou enfatizando sua origem “criminosa”, verdadeiros especialistas na sutil arte de sobrepôr a forma ao conteúdo. Parte da imprensa nacional adotou a mesma estratégia do jornal da cidade do Sr. Stockmann, recusando-se a divulgar as revelações da Vaza Jato ou minimizando seus impactos. Também não faltaram aqueles que optassem pela velha tática de atacar o mensageiro: ameaças mais ou menos veladas de deportação ou de “pegar uma cana aqui no Brasil”³²⁴. Houve ainda episódios de assédio nas redes sociais (“tic tac”) e até a invenção de teorias conspiratórias – quem ainda se lembra do ridículo Pavão Misterioso? – para tentar minar a credibilidade dos jornalistas ou atribuir finalidades escusas ao seu trabalho. Valia quase tudo, menos discutir o conteúdo e as implicações dos diálogos divulgados.

Nesse contexto, chama atenção a seletividade e a dualidade do tratamento reservado às autoridades cujas conversas foram divulgadas e aos repórteres que as publicaram, os inimigos do povo, aqueles que ousaram revelar o que muitos preferiam não saber.

Ninguém ignora o fato de que a seletividade é um elemento estruturante do próprio sistema penal. Se não pudessem escolher como, quando e onde operar, as agências de persecução criminal colapsariam, obrigando-se a processar e eventualmente punir todo e qualquer cidadão que incorresse em algum dos milhares de tipos penais disponíveis no extenso cardápio da criminalização primária³²⁵.

Em sociedades de base capitalista, os critérios que norteiam a seletividade criminalizante geralmente miram na preservação dos processos de acumulação de riqueza. Os tentáculos da criminalização secundária, que transformam o preceito legal em atuação estatal concreta, são utilizados para retirar de circulação ou amedrontar aqueles que não interessam.

Mais especificamente ao capitalismo brasileiro periférico, em pleno século

324 GARCIA, Diego. “Talvez pegue uma cana aqui no Brasil”, diz Bolsonaro sobre Glenn Greenwald. Folha de S. Paulo, São Paulo, 27 jul 2019. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/07/talvez-pegue-uma-cana-aqui-no-brasil-diz-bolsonaro-sobre-glenn-greenwald.shtml?origin=folha>>. Acesso em 14 jul 2020.

325 Como nos alertam os insuperáveis E. Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, “embora ninguém possa conceber seriamente que todas as relações sociais se subordinem a um programa de criminalização farafônico (que paralisasse a vida social e convertesse a sociedade em um caos na busca de um programa irrealizável), a muito limitada capacidade operativa das agências de criminalização secundária não tem outro recurso senão proceder sempre de modo seletivo”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 46.

XXI, não interessa os pretos, pobres e favelados, por isso mesmo transformados em alvos preferenciais da sanha policizante. São, a um só tempo, clientela diletta das forças de repressão e vítimas principais da violência institucional. Sofrem na carne os efeitos daquilo que Loic Wacquant chamou de Estado Centauro: ausenteísta na promoção de direitos sociais e hiper-energizado quando se trata de calar e punir as classes excluídas³²⁶.

Nas raras vezes em que atinge os detentores do poder político e econômico, o sistema penal também é seletivo, ainda que tal seletividade se opere a partir de outros critérios. Na realidade revelada pela Vaza Jato, sobram exemplos de instrumentalização da seletividade penal para sustentar disputas políticas. É inegável que uma determinada coloração ideológica e partidária experimentou muito mais os efeitos da criminalização. Não é porque cometera mais crimes que as outras; é porque perdeu cobertura³²⁷.

Para muito além de trazer à tona o óbvio e o consabido – que os sistemas de justiça criminal, para não colapsarem, precisam ser seletivos –, a Vaza Jato apresentou ao mundo as entranhas de uma metodologia que levou a seletividade penal às últimas consequências. Até ali ninguém sabia exatamente como a linguíça era feita. As revelações do *The Intercept Brasil* abalaram as estruturas de uma operação policial de fundo político que até então reinava soberana desde a deflagração de sua primeira etapa.

O curioso é que, tal qual aconteceu com o Sr. Stockmann, a revelação dos potenciais malfeitos da Operação Lava-Jato não ensejou a aplicação dos efeitos jurídicos decorrentes do que fora divulgado, mas na perseguição penal dos responsáveis por estas revelações. A Vaza Jato, que tanto desnudou as práticas seletivas do sistema de justiça brasileiro, foi ela mesma vítima de descarada seletividade. Seus repórteres fizeram o que jornalistas investigativos fazem sempre: receberam material relevante de fonte anônima, submeteram-no a rigoroso tratamento jornalístico e deram-lhe publicidade, mas foram investigados e até criminalizados por isso. Não é difícil entender o porquê. Afinal, era preciso desacreditar o portador da mensagem. Discutir o conteúdo da mensagem em si era muito perigoso e subversivo. Poderia, no limite, redesenhar a narrativa de práticas policialescas que estiveram no centro da política brasileira por mais de cinco anos.

³²⁶ WACQUANT, Loïc. Punir os pobres. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 24.

³²⁷ Em situações específicas, a criminalização alcança pessoas que pareciam imunes ao poder punitivo segundo os critérios de seletividade mais comuns. Isso ocorre em conjunturas nas quais (essas pessoas) saíram derrotadas de “uma luta de poder hegemônico e sofreu por isso uma ruptura na vulnerabilidade”. Essa criminalização por falta de cobertura opera na perspectiva de “alimentar a ilusão de irrestrita mobilidade social vertical (...) e serve também para encobrir ideologicamente a seletividade do sistema, que através de tais casos pode apresentar-se como igualitário”. *Idem*, pp. 48/50.

Não se registra na história recente do país, todavia, outro jornalista ou grupo de jornalistas que tenham sido objeto de expedientes criminais e punitivos desta espécie em razão de fatos semelhantes. A bússola da seletividade penal apontou para os jornalistas da Vaza Jato não porque eles ostentassem os estereótipos típicos da clientela dos aparelhos de repressão; apontou porque o conteúdo das matérias divulgadas alterava o curso da narrativa política vigente àquele tempo e das próprias disputas de poder.

Como tinha que ser, nunca se viu o sistema de justiça criminal brasileiro se ocupar de investigar e muito menos punir revelações jornalísticas de processos sigilosos, frequentemente trazidas em horário nobre para animar a cobertura midiática do nosso cotidiano forense. Nem jornalistas e nem suas fontes. Dezenas, quiçá centenas de reportagens foram publicadas na imprensa brasileira nos últimos anos a partir de vazamentos ilegais (ou da prática de outros crimes) sem que sequer se cogitasse de investigar ou processar criminalmente os autores destas matérias. Alguém já imaginou quebrar o sigilo do âncora do telejornal para verificar se ele instigou a fonte a lhe revelar informações secretas, ou do colonista de domingo para apurar se ele pagou por documentos de um processo rumoroso? O que difere a situação da Vaza Jato é que seus repórteres ousaram publicar reportagens expondo justamente aqueles que detêm o poder de criminalizá-los por isso. Como indagava o poeta romano Juvenal: *Quis custodiet ipsos custodes*³²⁸?

É claro que jornalistas não respondem pelos crimes de suas fontes. Isso é uma emanção lógica de qualquer critério racional de imputação criminal e do texto constitucional (art. 5º, XIV), que protege o sigilo da fonte também na perspectiva de blindar o repórter de responsabilidades jurídicas que advenham da posição de receptor do material sigiloso. As conversas privadas que os procuradores da república mantinham entre si e com o então juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba têm a mesmíssima natureza jurídica dos elementos sigilosos de uma investigação policial.

Nesse contexto, não há dever de sigilo, exceto o da própria fonte, que incida sobre a atividade jornalística. O jornalismo brasileiro já dedicou milhares de horas à divulgação de material secreto ou que fosse produto de crime. É desse material, aliás, que são feitos os principais furos jornalísticos e as séries de reportagens mais impactantes. Nunca se cogitou de criminalizar esta atividade. Até surgir a Vaza Jato.

Nesse caso, as agências do sistema de justiça penal operaram, mais uma vez, como manda o figurino, aplicando critérios de seletividade tão indefensáveis quanto eficientes. Os expedientes de criminalização colocados em prática o foram na perspectiva

328 “Quem vigia os vigias”.

de recuperar o prestígio político e moral dos agentes públicos que protagonizaram o recrutamento do estado policial brasileiro, lembrando a todos, mas principalmente aos jornalistas investigativos, que nem sempre a liberdade de imprensa é bem-vinda.

Mas e daí que a água estava contaminada?

As atividades persecutórias seletivamente direcionadas contra os jornalistas da Vaza Jato foram colocadas em prática na medida para enfraquecer o debate acerca da qualidade da água. Na verdade, nunca se tratou de apuração de crime. Sabia-se, desde que acessadas as comunicações entre o jornalista e sua fonte, que os hackers atuaram sem interferências, estímulos ou instigações. Na prática, a origem supostamente ilícita dos diálogos sempre foi utilizada por seus protagonistas como uma tentativa de tapar o sol com a peneira, como um escudo para evitar ter que dar explicações sobre o conteúdo de tais conversas.

Chega a ser irônico que as mesmas autoridades que outrora propunham efusivamente a relativização da prova ilícita como uma de suas dez medidas contra a corrupção agora se escondam justamente atrás da origem ilícita da prova para se esquivar de prestar contas sobre suas ações. Ao que parece, direitos e garantias só podem ser flexibilizadas quando são as dos outros.

Não se ignora a teoria da prova e os contornos do artigo 5º, inciso LVI da Constituição da República, que preceituam serem “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Não se ignora, tampouco, que a mesma Constituição resguarde o “sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (art. 5º, inc. XIV).

O curioso é que a crônica dos acontecimentos conviva bem com a incidência forte do primeiro direito (vedação ao uso de provas obtidas ilicitamente) quanto aos agentes públicos que tiveram conversas reveladas e a relativização do segundo direito (sigilo de fonte) quanto a Glenn Greenwald, jornalista que liderou a Vaza Jato.

Dá-se a isso o nome de seletividade criminalizante. A Vaza Jato caiu nas garras do sistema de justiça penal, ainda que para isso fosse necessário relativizar direito de indiscutível base constitucional, porque revelou dados e fatos capazes de reescrever a narrativa da expansão do estado policial brasileiro. Viu-se que essa expansão desmedida, festejada e estimulada a pretexto de punir ricos e poderosos, instrumentalizava ferramentas do processo penal para sustentar lutas políticas e eleitorais. Fê-lo, não raro, menoscabando o direito de defesa e reduzindo as garantias individuais a intercorrências de menor relevância ou manobras advocatícias.

Enquanto isso, continuamos nos banhando placidamente no balneário poluído. Passado mais de um ano desde o início da Vaza Jato, nenhum agente público envolvido naquela rede de cooperação permanente, que congregava delegados, auditores, procuradores e juiz, em uníssono, sofreu qualquer responsabilização política

ou jurídica por seus atos. Há somente alguns procedimentos de natureza disciplinar tramitando no Conselho Nacional do Ministério Público³²⁹, um dos quais em vias de prescrever. Ao mesmo tempo, essas autoridades continuam exercendo tranquilamente cargos de grande poder, sem sequer admitir seus erros ou prestar contas à sociedade (exceção feita à Procuradora da República que se desculpou por ter ironizado a morte da esposa e do neto do ex-Presidente Lula). Se, por um lado, a origem ilícita das mensagens impede que essas autoridades respondam juridicamente pelos deslizes porventura praticados, por outro não impede que se tenha a real visão de como essas pessoas desempenharam suas funções, ou ainda que tais diálogos sejam utilizados em favor de acusados em processos criminais para invalidar atos potencialmente nulos. Mas, em nossa “cegueira deliberada”, esquecemos de tudo isso e fingimos que é possível simplesmente passar uma borracha sobre esse assunto. Não reclamemos, no futuro, se essa água nos tornar um povo doente.

³²⁹ O Procurador da República Delton Dallagnol já se viu envolvido em pelo menos 36 processos no Conselho Nacional do Ministério Público. Estima-se que desse total cerca de 16 decorram da Vaza Jato. Ver VICTOR, Nathan. Reclamações contra Delton Dallagnol no CNMP dispararam em ano de Vaza Jato. Poder 360, 16 dez 2019. Disponível em <<https://www.poder360.com.br/justica/reclamacoes-contra-deltan-dallagnol-no-cnmp-dispararam-em-ano-de-vaza-jato/>>.

O prejuízo da Cooperação Internacional ilegal da República de Curitiba: informalidade e pretensão de soberania

MARCO AURÉLIO DE CARVALHO

THALES CASSIANO

Os procuradores da Lava Jato sempre se comportaram como uma instituição autônoma e permanente da República.

Com o apoio militante e disciplinado de parte da imprensa, obtiveram autonomia quase irrestrita dentro do Ministério Público Federal. O que deveria, inclusive, incomodar a qualquer cidadão, operador do direito ou não. Afinal, trata-se de um grupo de investigação criminal com obrigações legais vinculantes.

Para confundir ainda mais o cenário, a rotina jornalística do país é permeada constantemente por novas denúncias, por manifestações extra-autos de agentes públicos e por inúmeros e constrangedores questionamentos sobre a atuação pretérita da Força-tarefa.

Na última semana, ganharam manchetes nos principais jornais do país a crise de Deltan Dallagnol com a PGR, o pedido de investigação feito pelo Tribunal de Contas da União por conta do desaparecimento de equipamentos de escuta telefônica em Curitiba (sistema guardião) e a atuação informal do FBI junto aos procuradores do Paraná.

Foi amplamente noticiada, também, a interferência do Governo Americano nas investigações da Lava Jato promovidas contra o Grupo Odebrecht, especialmente pelo caráter seletivo, subserviente e informal demonstrado pelo Intercept Brasil no maior escândalo de que se tem notícia no nosso Sistema de Justiça.

A “Vaza Jato”, mais especificamente com a divulgação de conversas entre Deltan Dallagnol, Coordenador da Lava Jato no Paraná, e Vladimir Aras, à época Secretário de Cooperação Internacional da Procuradoria Geral da República, trouxe ao país uma contribuição inestimável.

Os “reis” ficaram nus.

A ação parcial do então juiz Sérgio Moro, com objetivos eleitorais evidentes, lhe deu ingresso privilegiado no Governo que ajudou a eleger, e nos fez mergulhar em uma profunda, dramática e inédita crise institucional.

Os excessos da persecução penal estatal já conhecidos são tão absurdos que não podem ser simplesmente acobertados ou esquecidos.

Como costuma dizer o ilustre Jurista Lenio Streck, a pergunta que a tudo permeia é: “o que se deve fazer quando se sabe que se sabe?”.

Para o bem do Judiciário e do próprio Ministério Público, que precisam urgentemente se “reacreditar”, as investigações sobre os graves episódios revelados precisam ser aprofundadas, e com a isenção que faltou a Moro e aos “filhos de Januário” nas dezenas de processos que juntos conduziram.

O STF, no julgamento da suspeição do ex-juiz Sérgio Moro, tem um encontro marcado com a reafirmação de seu importante papel de guardião da nossa Constituição Federal.

Neste longo e árduo caminho de desgaste das nossas instituições, a “tropa de elite” da República de Curitiba violou de forma sistemática e recorrente as prerrogativas de inúmeros advogados, comprometendo, assim, o sagrado direito de defesa, entre outros tantos fundamentos do nosso jovem e sofrido Estado de Direito.

Muitos foram, de fato, os abusos, mas as últimas notícias deram destaque e relevo para alguns em especial.

É indiscutível a necessidade de utilização dos instrumentos de cooperação jurídica internacional previstos em lei para que se ponha em marcha qualquer investigação transnacional.

Mas não foi o que aconteceu no caso do Grupo Odebrecht, punido nos Estados Unidos em dezembro de 2016 com multa criminal e administrativa de U\$ 3.5 bilhões de dólares³³⁰.

Nos termos do acordo, inexistem referências à origem dos documentos comprobatórios dos ilícitos imputados ao Grupo, tampouco os nomes dos delatores são mencionados. Estes dados, entretanto, são de extrema relevância diante da aplicação da legislação de corrupção estrangeira norte-americana em relação aos fatos ocorridos essencialmente no Brasil. Não há, no entanto, sequer uma única menção sobre a existência de cooperação jurídica internacional formal para sua realização.

De forma bastante parecida, em janeiro de 2018, a Petrobras firmou acordo para evitar processos nos Estados Unidos.

³³⁰ Ver em: <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>.

Neste caso, a multa criminal e administrativa foi de US\$ 853 milhões de dólares e, mais uma vez, não há clareza de como os elementos de informação utilizados no acordo foram enviados ou obtidos pelo Departamento de Justiça estadunidense (DOJ).

Essas conversas revelam os capítulos iniciais da história mal contada desses procedimentos. Até agora, deles só se conhecia o final.

Uma verdadeira contradição em se tratando de processos instaurados em sociedades que se dizem democráticas.

A punição corroborou-se exclusivamente pela palavra dos acusadores.

Ainda em 2015, o coordenador da Força Tarefa afirmava a seu interlocutor no SCI/PGR que estaria buscando uma solução informal, o que, por óbvio, não permitiria o conhecimento documental dos fatos em questão.

Assim justificou-se, de forma ousada, ilegal e criativa, nas suas próprias palavras: “podemos também estabelecer com eles [FBI] uma colaboração informal para fins de asset sharing, indicando os caminhos onde conseguirão os documentos e informações, até porque eles estão fazendo acordos com os réus”.

As negociações eram feitas diretamente com Patrick Stokes, advogado responsável pelo DOJ. Em outras palavras, tratava-se a coisa pública (direito de ação) como se privada fosse.

No ano de 2015, a Lava Jato já tinha recebido em Curitiba 17 investigadores dos Estados Unidos sem o conhecimento do Ministério da Justiça, situação inusitada e clandestina, sem qualquer amparo legal.

Contrária, é bom que se diga, à jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal³³¹.

Após contemporizar a situação, a resposta formal da Força Tarefa ao DRCI foi de que “a presença dessa missão americana era de interesse da Justiça brasileira, porque facilitava a formalização de futuros pedidos de cooperação, por intermédio da autoridade central”.

Diante das novas revelações, a justificativa do procurador ficou ainda mais frágil e infantil.

Veio a público, recentemente, a assustadora informação de que foi a Lava Jato que deu total conhecimento das investigações sobre a Odebrecht às agências estrangeiras. E, pasmem, sem a formalização própria dos atos regulares de cooperação, isto é, sem observar a sua previsão e o rito legal específico.

³³¹ O decano do Supremo Tribunal Federal já enunciou que “a participação de agentes estrangeiros nas diligências a serem realizadas em território nacional é admitida exclusivamente a título de coadjuvação das autoridades brasileiras competentes, que devem estar presentes em todos os atos, cabendo-lhes dirigi-los” (CR 8577/AR).

Em conversa vazada, o procurador Paulo Roberto afirmou que “o FBI também já tinha conhecimento total das investigações”.

A relação de confiança desenvolvida com autoridades estrangeiras era tamanha que se chegou a discutir uma extradição direta por meio da 13ª Vara Federal de Curitiba, contrariando uma vez mais a nossa Constituição, que reserva este procedimento ao Supremo Tribunal Federal.

Isto demonstra que a Lava Jato tentou driblar o Judiciário e as autoridades do Poder Executivo brasileiro responsáveis pela assistência internacional, notadamente a Presidência da República e o Ministério da Justiça.

No norte do hemisfério, o FBI agiu – da perspectiva do direito interno deles – de acordo com a política criminal dos Estados Unidos, dando seguimento a investigações nos moldes da lei estadunidense, a FCPA (Foreign corrupt practices act), que vem ganhando força normativa nos últimos anos na onda das convenções internacionais, tanto da OEA (Organização dos Estados Americanos), como da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico).

A existência dessa legislação deve ser entendida em conjunto com a organização administrativa criada para colocá-la em prática, ou seja, com a existência de pelo menos quatro escritórios para o combate à corrupção estrangeira, sediados em Nova Iorque, Washington e Los Angeles desde 2015 e, mais recentemente, em 2017, em Miami. Também merece destaque a lotação de inúmeros agentes do FBI em embaixadas de todo o mundo.

O trabalho desses “esquadrões” é o de monitorar casos de corrupção em países que possam ter tangenciado de alguma forma o “domínio” dos Estados Unidos, o que, de tão amplo, pode englobar desde um ato de lavagem de capital propriamente dito, até uma simples transferência para uma conta bancária pertencente a um banco estadunidense.

Diz-se isso para demonstrar que, para eles, a forma de se relacionar com o restante do mundo, especialmente no combate à corrupção, é importante política pública e, como tal, está estruturalmente vinculada ao seu Poder Executivo.

O paralelo é muito explicativo.

Do lado de cá do hemisfério, o coordenador da Lava Jato “fugiu” da Autoridade Central (Presidência da República) por temer a interferência legal e esperada do Ministério da Justiça. Esqueceu-se, propositalmente, que a relação entre Estados soberanos é de competência da Presidência, com raras exceções previstas na Constituição (como, por exemplo, a decisão do Superior Tribunal de Justiça que permite a execução no Brasil de decisão judicial estrangeira – o exequatur).

Essa atitude fere o pressuposto da autorização legal prevista nas convenções inter-

nacionais para utilização da assistência direta entre os países, que se baseia no respeito à completude do ordenamento jurídico nacional nos atos cooperacionais.

O direito de ação das autoridades públicas em eventos transnacionais está necessariamente vinculado à utilização dos instrumentos legais previstos para o compartilhamento de provas, bloqueio de bens ou para qualquer outro ato próprio de investigação, posição que encontra respaldo na melhor doutrina: “O Estado brasileiro está, no âmbito de suas relações internacionais, constitucionalmente proibido de procurar, assim como de aceitar (princípio da reciprocidade), soluções unilaterais – isto é, à margem da cooperação internacional”³³². Isto porque a Constituição brasileira elenca os princípios que orientam as relações com outros Estados, como o respeito à autodeterminação dos povos, à igualdade entre os Estados e o do processo de cooperação como objeto de desenvolvimento da humanidade.

Não há espaço em democracias constitucionais para ações unilaterais, não recíprocas e informais, ou que sejam desenvolvidas de qualquer outra forma à margem da lei, visando a submissão de outras nações ao Poder Judiciário nacional, por mais que estas soluções, de imediato, possam parecer mais convidativas e eficientes que as “burocráticas” e formais.

A Constituição Federal não permite este comportamento do Chefe de Estado, tampouco avaliza que o Brasil assim seja tratado em âmbito internacional. O Projeto político de Deltan Dallagnol e de sua equipe levou o país a uma condição vergonhosa. A exclusão do Poder Executivo das tratativas com outras nações abriu um precedente perigoso, que deve ser duramente repreendido.

Os Justiceiros do Paraná são um péssimo exemplo para a própria instituição que integram e desonram. Diante disso, a investigação desses fatos é interesse essencial da República.

O sonho de gerir um Fundação bilionária a partir do “asset sharing” de uma cooperação informal aumentou ainda mais a confusão. No plano internacional, o tempo dirá se haverá ou não consequências para os ilícitos internacionais dessa natureza.

No Brasil, pelo menos os advogados poderão continuar dormindo tranquilos, já que cumpriram seu dever institucional e gritaram por seis anos contra os excessos ocorridos na Lava Jato.

O Grupo Prerrogativas, em especial, merece nosso reconhecimento e aplauso.

Neste momento, já é notório que as instituições do Judiciário e do Executivo foram sistematicamente alijadas da possibilidade de controlar as diversas ilegalidades cometidas pela Força Tarefa com o apoio do FBI, que muito ironicamente chegou inclusive

³³² MADRUGA, A.; FELDENS, L. Dados eletrônicos e cooperação internacional: limites jurisdicionais. MPF, p. 49–69, 2015.

a fazer campanha a favor das tais “10 medidas contra a corrupção”.

Isto nos remete, novamente, ao questionamento de Lenio Streck, um dos maiores juristas de todos os tempos.

O que devemos fazer agora, que sabemos o que sabemos?

A questão nos parece bastante simples, mas cabe ao Conselho Nacional do Ministério Público e ao Supremo Tribunal Federal responde-la.

A falsa denúncia de Dallagnol

DANIELLA MEGGIOLARO

JOSÉ CARLOS ABISSAMRA FILHO

NATÁLIA DI MAIO

As conversas entre o ex-ministro da Justiça Sergio Moro e o procurador da república Deltan Dallagnol revelaram distorções profundas do sistema de Justiça e deram materialidade a procedimentos tão ilegais quanto naturalizados, que há anos azeitam as máquinas de condenação brasileiras. Um dos mais escandalosos é o que consiste no oferecimento de denúncias anônimas para “esquentar” uma prova, validar atropelos processuais e deflagrar medidas invasivas contra alvos específicos.

De acordo com os diálogos revelados pelo The Intercept Brasil, Moro mandou uma mensagem a Dallagnol dizendo que uma “uma fonte séria” estaria “disposta a prestar a informação”. O procurador, então, prontificou-se a fazer contato com a fonte – que, aparentemente, recusou-se a falar. Diante da negativa, Dallagnol propôs ao então juiz “fazer uma intimação oficial até, com base em notícia apócrifa”, o que foi aceito por ele: “Melhor formalizar então”. Em outras palavras, o procurador sugeriu e o juiz concordou em forjar uma denúncia anônima para justificar a convocação da testemunha.

Como mostra o trecho ampliado da conversa, publicado pelo site no dia 12 de junho de 2019, Dellagnol ainda pergunta se pode indicar a fonte intermediária como testemunha. Moro diz que “está na dúvida” e sugere outra pessoa. “Ok, obrigado, vou ligar”, responde o procurador.

Não são poucas as prisões em flagrante iniciadas a partir de denúncias anônimas, como também não são poucas as ações penais instauradas a partir desses flagrantes, especialmente quando envolvem a população mais vulnerável. Ao invés de servirem como instrumento seguro para pessoas que não querem ser identificadas, muitas dessas notícias apócrifas são apresentadas pelo próprio lado da acusação para embasar procedimentos de busca e apreensão, interceptações telefônicas e quebras de sigilo, em

absoluta violação dos direitos e garantias individuais.

A desfaçatez com que Dallagnol propõe a apresentação de uma denúncia anônima falsa para atingir seu objetivo de convocar uma testemunha é escandalosa, mas não assustadora: é assim que muitos operadores do sistema de Justiça – que são minoria, ressalte-se – têm atuado no dia a dia dos tribunais e a óbvia proteção que envolve esse tipo de expediente impede saber quantos são lícitos ou ilícitos.

Apesar de muitas operações de repercussão nacional terem sido originadas dessa maneira, como foi o caso da Castelo de Areia ou da Zelotes, a jurisprudência tem reafirmado que denúncias anônimas só podem ensejar a apuração de um crime se estiverem respaldadas por investigações preliminares e pleno respeito aos direitos fundamentais.

As conversas entre Moro e Dallagnol evidenciam, no entanto, que há problemas insolúveis na aceitação das notícias apócrifas no processo penal, sobretudo quando são criadas à margem da ordem jurídica. Nesse último caso, aliás, não significam apenas uma ilegalidade, mas uma afronta grave à democracia.

A agenda anti-Moro

DORA CAVALCANTI

Leitora da Folha desde sempre, me surpreendi ao abrir o jornal dia desses e verificar ter sido citada na coluna de estreia de Catarina Rochamonte. A colunista não menciona meu nome mas faz menção a “uma integrante do Prerrogativas”, com muita honra, aliás, que “diz que se trata de cobrar um ‘olhar lúcido’ sobre a atuação de Sergio Moro”. Ora, quem cobrou esse olhar lúcido fui eu (<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/catarina-rochamonte/2020/06/a-agenda-anti-moro.shtml>). Rochamonte lamenta essa postura crítica ao ex-juiz e ex-ministro, e conclui dizendo ser lamentável que “agendas baseadas em cálculos eleitorais e ressentimentos políticos tirem o foco do combate à pandemia”.

Cálculos eleitorais e ressentimentos políticos não fazem parte de minha rotina de trabalho. Por outro lado, é bem verdade que transbordo ressentimento, por assim dizer, jurídico, em relação aos prejuízos concretos impostos à coletividade ao longo dos anos em que a Força-Tarefa Lava Jato violou sistematicamente – e com eficiência ímpar – o plexo de garantias constitucionais.

Apenas para ilustrar o quão antigo é o meu sentimento de repulsa pela atuação de Moro, o magistrado, devo anotar que já em 2006 ingressei com a primeira exceção de suspeição contra sua forma de conduzir determinada ação penal. Já naquele ano, o juiz federal testava aquela que viria a ser a peça central de sua estratégia de dominação - a delação premiada. E ao fazê-lo, desafiava desbragadamente a autoridade do Supremo Tribunal Federal, inventando pretextos para mandar prender novamente aqueles que conquistaram por meio de Habeas corpus o direito de se defender em liberdade.

Como é sabido, a arma secreta que funcionou para dinamitar o arcabouço jurídico, viabilizando a arrecadação de cifras expressivas, ao mesmo tempo em que alimentava

o verdadeiro frenesi verde e amarelo que tomou conta do país, foi a delação premiada. Aperfeiçoada pelo ex-Ministro da Justiça ainda na Operação Farol da Colina, a ilegal troca da confissão (desde que agradasse), pela liberdade, funcionou como meio hábil a evitar que as violações processuais chegassem a ser examinadas pelos Tribunais Superiores.

Explico. A celebração dos acordos de delação premiada previa que os acusados renunciassem a seus recursos. Pois bem, como um número expressivo de réus, e de réus em potencial, acabou trilhando o caminho da colaboração, questões processuais importantíssimas jamais passaram a trincheira da Vara Federal de Curitiba, ou acabaram por ficar represadas no Tribunal Regional Federal da 4a. Região. O caso Bendine nos dá uma ideia de como essa escalada de ilegalidades poderia ter sido evitada, ou ao menos minorada, se tal cláusula de desistência dos recursos não fizesse parte dos acordos.

E durante esse período de dormência, em que fui chamada de tudo quanto é nome por denunciar que os métodos de investigação e condenação da Lava Jato se baseavam em expedientes ilegais, na obtenção de provas à margem dos mecanismos oficiais, e no indeferimento sistemático de pleitos legítimos das defesas, o Brasil viveu enfeitado pela cantilena do combate à corrupção que iria finalmente nos salvar de todos os males.

Em 2015 apresentei a segunda exceção de suspeição contra o ex-juiz Sergio Moro. Outros clientes, mas métodos ilegais preservados. Não chegou a ser julgada pois o acordo de colaboração se sobrepôs ao Direito. Mas estava tudo lá. Assim, a mim as revelações do Intercept em nada surpreenderam, cada nova reportagem vinha a confirmar exatamente o que vivenciamos na prática.

Os temas atinentes à cooperação jurídica internacional, por exemplo, correspondem a algumas das primeiras violações ao devido processo legal que foram suscitadas pelas defesas. Como se vê agora, até mesmo o procurador Vladimir Aras, que chefiava a Secretaria de Cooperação Internacional, estava preocupado com a forma pela qual a prova estava sendo obtida por integrantes do Ministério Público Federal, e para quais propósitos estava sendo usada no Brasil.

Entretanto, os reiterados pedidos de acesso aos e-mails trocados com os procuradores suíços, e os inúmeros requerimentos voltados a esclarecer a origem dos documentos, foram todos indeferidos pelo Magistrado. A defesa chegou a encartar aos autos decisão da Corte europeia declarando que teria se dado uma cooperação selvagem entre os dois países, totalmente fora das regras, e que em consequência tais provas eram nulas. O juízo universal de Curitiba, porém, varreu também esse reclamo para debaixo do tapete e disse que a decisão não deveria produzir repercussões em solo brasileiro.

Em outra esfera, mas de igual relevância, a questão da instalação de escuta ilegal

na cela para onde foi levado Alberto Youssef no marco zero da Operação também deu ensejo a diversos requerimentos das defesas, que buscavam zelar pela higidez do devido processo legal. O advogado do próprio réu, naquele momento ainda não convertido em delator por uma segunda vez, pediu providências enérgicas em relação ao ocorrido, e a apuração de quem seriam os responsáveis pela ilegalidade. Outras defesas requereram acesso às conclusões alcançadas pela Corregedoria do Departamento de Polícia Federal em relação ao episódio. Os pedidos foram indeferidos sistematicamente.

Somente cinco anos mais tarde, foi possível saber por meio de reportagens publicadas na Folha de São Paulo que ao menos duas autoridades envolvidas receberam punições leves pela arapongagem. No Ministério da Justiça de Sergio Moro passaram a ocupar importantes cargos na hierarquia da Polícia Federal.

Até mesmo o mais recente escândalo do Lava Gate, esconder o nome de políticos abreviando-os nas tabelas do MPF, já era de amplo conhecimento de Moro no início da operação. Gritou-se a plenos pulmões que só mesmo um iludido poderia acreditar que no nascedouro da investigação o Deputado Federal Janene não fosse alvo de investigação por autoridades incompetentes, mas tão somente sua mãe, esposa, filhos e companhia. De nada adiantou.

Como advogada criminal que sou, não comungo da visão de um mundo dividido entre o bem e o mal. Assim como ninguém é perfeito, não é menos verdade que ninguém personifica apenas vilania – nem mesmo Marcelo Odebrecht (ou Sergio Moro). Hoje, em meio aos embates entre bolsonaristas convictos e arrependidos ganha corpo a polêmica em torno de qual seria a real motivação da crise instaurada entre a Procuradoria Geral da República e a República de Curitiba. Tomar um lado seria pueril. O importante é que os desmandos venham à tona e produzam consequências. Será que finalmente alguém irá apurar (e punir) os desmandos da Força-Tarefa?

Com o passar do tempo, o pêndulo tende a voltar a sua posição de equidistância. O aprimoramento do nosso sistema punitivo passa por um enfrentamento sério das ilegalidades praticadas no âmbito da Lava Jato, para além dos procedimentos disciplinares que hoje tramitam no CNMP. Já que não adianta chorar sobre o leite derramado, é preciso olhar para frente sem esquecer todavia o conhecimento acumulado do passado. É preciso sim manter um olhar lúcido para enxergar o agora candidato a qualquer coisa por aquilo que ele representa, sempre representou.

Revelou-se com mais nitidez no governo Bolsonaro. Como ministro, já não mais perseguia somente os poderosos, estava à vontade para validar a política de atirar na cabecinha, para destruir uma luta de tantos anos pelo desarmamento da população, para se opor ao combate ao alastramento do Covid-19 nas prisões criticando as reco-

mendações do CNJ. Enfim, Moro deve ser visto por aquilo que fez e não pelo que agora diz ao ajustar seu discurso ao sabor dos ventos e pedir escusas.

É hora de desmistificar mitos e corrigir ainda que tardiamente os desmandos praticados. Rever o passado recente, que se mistura ao que ainda estamos vivendo, é extremamente difícil e complicado. Dá medo, e uma certa letargia, pois sobram vinganças para todos os lados. Mas o fortalecimento das instituições vem justamente pela depuração das falhas e nossos tribunais têm cultura jurídica de sobra para detectar as ilegalidades praticadas e recobrar os rumos.

Juiz de ataque³³³

FÁBIO TOFIC SIMANTOB

1 O dever do advogado

Estamos em julho de 2020. Ouço algumas pessoas que dizem que não é hora de desconstruir a figura de Moro. Moro tornou-se rival de Bolsonaro. Criticar Moro é fortalecer Bolsonaro. Ouço também que Moro não pode ser criticado pelos excessos da operação Lava Jato, porque a maior parte das suas decisões foram referendadas pelos tribunais. Por que então atribuir os excessos apenas a Moro?

O que me leva a escrever este artigo é a convicção de que um advogado criminal, cioso do compromisso com o sistema de justiça e com a presunção de inocência, pilar maior da justiça penal nos estados democráticos, tem a obrigação de denunciar o modelo de juiz que Moro representa.

...

2 A verdade sou eu.

Quando a justiça israelense colocou no banco dos réus o cidadão alemão, naturalizado americano, John Demjnjuk, alegando que ele seria Ivan, o Terrível, sádico que cometia as maiores atrocidades contra prisioneiros em Treblinka, a Suprema Corte daquela jovem nação, criada a partir das cinzas do holocausto, proferiu uma decisão histórica, ilustrativa do papel de um juiz nas sociedades modernas e a forma como a justiça deve resistir ao clamor público. O réu estava condenado à força por uma justiça de primeira instância. A apelação estava para ser julgada, quando o advogado de defesa

³³³ A expressão é usada por Moro em artigo publicado em 2004, no qual enaltece os juízes da Operação Mãos Limpas na Itália, chamados naquele país de pretori d'assalto, traduzido ao português pelo próprio Moro como juiz de ataque.

é atacado na rua com ácido, atentado que lhe deixa praticamente cego de um olho. O atentado obriga o adiamento do julgamento. Neste meio tempo cai o muro de Berlim e a KGB libera documentos que eram mantidos sigilosos. Entre os documentos estava a verdadeira identidade de Ivan, o Terrível, que não batia com a do réu em julgamento. Quando a Suprema Corte israelense retoma o julgamento da apelação, o absolve por causa da dúvida. Em frase que se tornou célebre, o julgamento termina com um dos juízes dizendo “a verdade total não é prerrogativa dos juízes humanos”.

Moro era exatamente o inverso da justiça que se resigna às limitações humanas da busca da verdade total. Moro se arrogava o poder de não apenas buscar a verdade, mas de desde logo trazer consigo a verdade. A partir daí o processo era apenas o rito de passagem para legitimar a verdade que naturalmente e, como que por obra divina, brotava do seu espírito de homem justo antes mesmo de haver acusação contra o réu.

A justiça que Moro representa é a mesma que Bolsonaro entoa e que o cacifou ao Palácio do Planalto, é a justiça dos que se arrogam saber a verdade total sobre as coisas, a justiça que não cede o passo a favor da dúvida, e seu corolário axiológico, a presunção de inocência, a justiça que despreza as garantias constitucionais e tudo que possa significar contradita à verdade absoluta, que eles têm a prerrogativa de conhecer. Como bem anotou Dora Cavalcanti, em artigo publicado na Folha de São Paulo, em 6 de julho de 2020, foi por estas semelhanças que Moro não corou, não passou qualquer constrangimento de permitir que se incluísse no seu malfadado Pacote Anticrime figuras jurídicas como da exclusão de antijuridicidade a policiais que matassem suspeitos na rua.

Moro e Bolsonaro são faces da mesma moeda, a moeda da intolerância, a moeda dos fins justificando os meios, a moeda que despreza o contraditório e a presunção de inocência.

A diferença é que o autoritarismo que Bolsonaro representa age nos becos escuros por onde se esgueiram os humilhados e oprimidos, enquanto Moro é sua versão envernizada dos pisos de mármore da justiça federal de Curitiba.

Jamais será inoportuno falar sobre as arbitrariedades de ambos....

3 O cerco.

Desde março de 2014, devido às notícias das prisões de Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, aguardava-se uma nova fase da operação, com buscas, prisões e conduções coercitivas, mas não. Os investigados foram todos surpreendidos com uma medida muito mais branda, nem um pouco condizente com o perfil do juiz que comandava a operação. Os investigados receberam apenas um mandado de intimação, solicitando

esclarecimentos sobre a natureza dos serviços contratados das empresas de Alberto Youssef. O mandado era expedido por Moro.

Moro já era conhecido de muitos advogados há pelo menos dez anos. Juiz responsável pela Operação Farol da Colina, do início dos anos dois mil, mandou prender uma dezena de doleiros, caso no qual começou a ensaiar as estratégias que depois viriam a se tornar sua marca registrada, como expedientes extra autos visando a pressionar os tribunais a manterem suas decisões e driblar as determinações do STF, respondendo aos habeas corpus concedidos com novas rodadas de prisões.

Era, portanto, bastante curioso que aquele juiz adotasse medida tão discreta como uma mera intimação para que os empresários explicassem sua relação com as empresas de YOUSSEF.

Que não se iludissem as defesas. Moro não estava agindo como aquele juiz que primeiro ouve a todos para depois analisar, considerar e decidir. Aquela era uma medida de peão que na verdade preparava o xeque mate no próximo lance. Uma espécie de saliva tóxica com que o predador imobiliza sua presa antes de devorá-la. A medida era ainda por cima inusitada. Estávamos na fase de investigação. O inquérito policial é um instrumento que a polícia usa para investigar um fato, para subsidiar o Ministério Público com elementos que o permitem formular uma acusação contra alguém. Não é comum um juiz se meter no meio da investigação e mandar ele mesmo uma intimação pedindo esclarecimentos ao investigado.

Qual era exatamente o papel de YOUSSEF na Petrobras? Um lobista? Alguém que usava o bom trânsito para resolver demandas e conflitos das empreiteiras com a estatal? Ou de fato era um agente de propina? Poderia, ainda, ser um agente de propina, sem que os empresários tivessem plena consciência disto?

A maioria dos advogados resolveu responder a intimação de Moro contentando-se naquele momento em dizer que Youssef atuava como um agente intermediador de conflitos entre as construtoras e a estatal. Mas tudo era apenas jogo de cena. Moro não queria saber a versão dos investigados. Queria sim criar um ambiente hostil às defesas para fortalecer o decreto de prisão que já estava sendo gestado nos escaninhos da 13ª Vara. A estratégia era inteligente, mas perversa. Se confessassem, seriam presos porque confessaram, e se simplesmente não respondessem, seriam presos porque mostraram pouco caso com a justiça. Se mentissem, seriam presos porque mentiram. Não havia saída. Uma versão moderna da fábula de La Fontaine.

Era claro o que Moro pretendia com aquela cartada. Nada o obrigava a abrir o contraditório naquele momento processual, onde as decisões podem ser decretadas de surpresa, sem precisar ouvir a parte afetada. E tampouco combinava tamanho zelo com o perfil de juiz que se notabilizou por testar os limites do poder judicial sobre

os direitos dos investigados. Parecia óbvio que aquele era um movimento que visava apenas a preparar algo mais grave. A opinião pública podia não perceber, mas os advogados souberam ler os sinais. A questão não era se os fins dele eram justos ou iníquos. A questão era que se o juiz do caso, na fase ainda da investigação, já atuava desta forma, calculando a melhor forma de fisgar os investigados, como poderiam ter um julgamento justo e imparcial? De que serviria o processo?

Ainda que fossem fatos difíceis de negar, ainda mais depois das delações de Youssef e Paulo Roberto Costa, inúmeras questões relevantes permaneciam controversas, com sói acontecer em um julgamento penal, questões que dependem do contraditório e de um juiz imparcial para que se efetive um julgamento justo. Qual o correto enquadramento legal para os fatos praticados, se as provas são lícitas, a maior ou menor participação de cada réu e a pena justa, tudo isto depende de um juiz imparcial para ser bem decidido. Os advogados podiam ter muitas dúvidas; todos, porém, tinham uma certeza: em Curitiba não haveria um julgamento equilibrado e justo, mas um linchamento em praça pública. Antes de buscar defender os clientes, era preciso corrigir uma grave ilegalidade. Moro havia se apoderado de um caso para o qual não era competente. Havia, ainda, usurpado a competência do STF.

Poucos advogados se insurgiram tão fortemente contra a falta de imparcialidade do juiz como Alberto Toron e Nélío Machado. Nélío sentenciou logo no começo: “ele errou de concurso”. Alberto Toron foi mais incisivo: “Trata-se de um déspota esclarecido. Será um jogo de cartas marcadas”. Bastante sintomático. Advogados experientes sabem que a última coisa que se deve fazer em um julgamento é atacar a figura do juiz. A postura dos veteranos advogados mostrava claramente que já naquele momento não havia a menor esperança num julgamento imparcial em Curitiba.

4 Por que Curitiba?

Se antes da Lava Jato alguém pudesse supor que o país testemunharia nos anos seguintes uma das maiores operações de combate à corrupção da história, certamente não apostaria que o caso tramitaria em Curitiba. Poderia apostar no STF, onde anos antes tramitara o “Mensalão”, ou São Paulo, onde estão sediadas as empresas mais importantes do país, e o centro do maior mercado financeiro da América Latina, ou ainda, a seguir os exemplos de outros países, nos quais os escândalos de corrupção haviam girado em torno da estatal petroleira, como na Itália, o caso deveria tramitar no Rio de Janeiro, onde estava sediada a principal estatal brasileira, a joia da coroa, a Petrobras.

A razão para concentrar o caso inteiro nas mãos de um juiz de uma cidade sem relevância política e muito menos econômica despertou curiosidade e encontra até

hoje muita dificuldade para ser explicada.

Tão importante quanto definir condutas criminosas e prever a pena que será aplicada a quem as cometer, papel do código penal, é prever regras de como deve ocorrer o julgamento, tarefa reservada a outra ramo do direito, o processo penal. Em qual cidade um caso deve ser julgado, se na justiça estadual ou federal, se deverá o réu se recolher à prisão enquanto aguarda julgamento ou não, como a acusação deve ser formulada, qual o espaço que deve ser dado à defesa, até onde vai o poder do juiz, são todas questões definidas pelo processo penal. A maioria das questões que as pessoas veem sendo discutidas na mídia dizem respeito ao processo penal e não ao direito penal. Para se ter uma ideia as disciplinas pertencem a departamentos diferentes na maioria das faculdades de direito, tamanha a distância conceitual que as separa.

Algumas questões tanto de direito penal como de processo penal, de tão importantes que são, fruto de conquistas históricas, estão previstas na maior parte das constituições dos países democráticos. Entre estas questões está o direito ao juiz natural e o de não ser julgado por um juiz ou tribunal de exceção. Um tribunal de exceção é aquele criado especificamente para julgar um fato, como ocorreu em Nuremberg após o final da segunda guerra mundial. A razão disto é evitar que juízes ou tribunais escolham os casos e os acusados que vão julgar. Um juiz que demonstra interesse em determinado caso já não é isento para julgá-lo. A regra é o caso ir atrás do juiz e não o contrário. Poucas vezes se viu um juiz se empenhar tanto em permanecer à frente de um caso como Moro fez. A cada medida questionando sua competência, situações em que o juiz costuma se portar de forma passiva, já que em tese não deve manifestar interesse na causa, Moro fazia moverem-se seus tanques Panzer por meio da imprensa e dos próprios Procuradores da Força Tarefa para deslegitimar a divergência.

O próprio Moro no artigo que publica em 2004 sobre a Operação Mãos Limpas na Itália não disfarça seu encantamento pelo método de deslegitimar a classe política como meio de alcançar o sucesso no combate à corrupção. Enaltece a figura do juiz de ataque – que os italianos chamam de pretori d’assalto. Lá está a confissão de Moro de sua suspeição como juiz. A Lava Jato buscou não apenas deslegitimar a classe política, mas principalmente a parcela do judiciário que ousasse colocar dúvidas sobre os métodos usados em Curitiba.

Ai daqueles que ousassem divergir do magistrado. Os tribunais tornaram-se refém do desejo punitivo de Moro.

5 O ataque

No dia 13 de novembro de 2014, uma quinta-feira, começaram a circular rumores

de que no dia seguinte seria deflagrada a operação que prenderia os empreiteiros. Todos já sabiam que a operação ocorreria, só não se sabia o dia. No final da quinta-feira os rumores se avolumaram e a operação na manhã no dia seguinte já era dada como certa. Fazia sentido. Sexta-feira era o dia preferido dos investigadores para fazer operação, porque qualquer medida defensiva encontra no final de semana o natural obstáculo para ser conseguida. Além de sexta-feira, dia 14 era véspera de feriado nacional, o que dificultaria ainda mais o trabalho dos advogados, inclusive em conseguir acesso ao conteúdo dos documentos que embasavam as prisões, sem os quais nenhuma medida liberatória poderia ser elaborada. A Lava Jato aprimorou muito os métodos sub-reptícios de colocar obstáculos ao exercício da defesa. Operação numa sexta-feira, véspera de feriado, era um movimento indubitavelmente calculado.

Os boatos se confirmaram. O Brasil acordou no dia 14 de novembro com os principais líderes empresariais do ramo de infraestrutura sendo levados de camburão para a sede da Polícia Federal. A oposição festejava a operação Juízo Final como o apocalipse do petismo.

Os primeiros dias de prisão são os mais difíceis, principalmente quando os primeiros habeas corpus começam a ser negados. O advogado precisa ser hábil para manter a chama da esperança acesa, sem prometer o que não pode cumprir. É uma tarefa árdua e sofrida. Se o advogado disser que não acredita na soltura, o cliente se desespera e provavelmente troca de advogado. O advogado que não acredita na defesa não pode advogar. Mas também prometer que vai conseguir um habeas corpus e não conseguir, gera a mesma insegurança e desolação. Havia uma particularidade a mais na Lava Jato. Normalmente acionados apenas quando ocorre a prisão, na Lava Jato, os criminalistas já vinham se relacionando há meses com seus clientes, em muitos casos em encontros diários, de modo que se não havia se estabelecido uma amizade, pelo menos havia se desenvolvido uma estima e uma afeição mútuas, que tornavam a prisão ainda mais dolorosa. O preso sabe que o advogado busca poupá-lo de mais aflições que o cárcere naturalmente já lhe impõe, faz um bom filtro das preocupações, camuflando o pessimismo, embora às vezes acabe se traindo. Lembro que um dos presos me pediu um livro para ler no cárcere. Levei os três volumes da biografia de Getúlio, do Lyra Neto, leitura que dias antes acabara de concluir. Ao recebê-los, me agradeceu, mas ponderou: “Podia ter trazido só o primeiro”. Uma forma bastante sutil de me dizer que suas expectativas estavam além das minhas projeções.

As projeções de fato não eram boas. Alguns investigados estavam presos há meses, desde quando iniciada a operação, como era o caso de Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, e nenhum habeas corpus foi concedido pelos tribunais. Tudo indicava que este seria também o destino dos habeas corpus dos presos da Juízo Final.

Os advogados não podiam desanimar, até porque no caso dos empresários os fundamentos para a prisão eram tecnicamente muito frágeis e ilegais. Moro sabia disto. Apostava muito mais na pressão que a opinião pública faria sobre os tribunais do que na força dos argumentos que embasavam a decisão, método que já havia anunciado no seu malfadado artigo de 2004.

O direito estava na contramão dos seus desígnios. Era preciso fazer uma cruzada contra o sistema para que suas decisões pudessem ser mantidas. Já naquele momento ficava claro também que as prisões tinham o objetivo claro de forçar confissões e delações. Moro sempre foi muito cuidadoso com as palavras. O eufemismo é uma antiga arma do arbítrio. Foi assim que, em vez de sustentar a prisão no fato de que os investigados relutavam a confessar, algo que se poderia pensar mais jamais dizer, Moro se valeu de um expediente eficaz, que explicaria sua estratégia de, semanas antes, intimar os empresários para esclarecer sua relação com Alberto Youssef.

Na petição de esclarecimentos que a maioria das defesas apresentou, até por dever de lealdade, muitos anexaram os contratos celebrados com a empresa de Youssef, dando, porém, cada qual sua versão para as ditas contratações. Foi o que bastou para Moro dizer que os investigados estavam usando documentos falsos na defesa, que a postura configurava obstrução de justiça, comprovado, pois, o risco para a instrução criminal, um dos motivos que dá ao juiz o poder de prender alguém preventivamente, ou seja, antes de ser condenado, e até processado.

Os documentos não eram forjados. Os contratos existiam, foram celebrados na época dos fatos. Eram contratos efetivamente firmados entre as empresas, e Moro sabia disto. Ninguém estava fraudando documentos. Estavam na verdade defendendo a legalidade dos contratos. Regular exercício de defesa. A licitude e o real objeto daquelas contratações eram o próprio mérito da causa. Lícitos ou ilícitos os contratos, o juiz não podia proibir o exercício da defesa, prendendo o réu por apresentar versão que contrariava a expectativa dele como julgador. No Brasil, assim como em muitos outros países, o réu ou o investigado não comete perjúrio. Parece algo razoável, do contrário toda vez que alguém opuser defesa a uma acusação e for condenado, será automaticamente condenado duas vezes, pelo crime em si e pelo perjúrio. Obviamente que Moro depois absolveu os réus da acusação de falsidade documental, mas com a alegação de fraude o Moro ganhou perante a mídia alguns meses para manter acesa a centelha das prisões ilegais.

A opinião pública, sobretudo a imprensa, não estava interessada nestas filigranas jurídicas. Estas questões foram transformadas em meros erros formais que advogados solertes usam para livrar a cara de clientes poderosos. Os advogados passaram a ser execrados junto com seus clientes.

As estratégias diante das prisões variaram. Alguns advogados preferiam peticionar ao próprio Moro pedindo a revogação da prisão. Para outros, seria perder tempo.

A decisão de Moro contrariava jurisprudência pacífica dos tribunais superiores, por diversos motivos, mas principalmente porque não oferecia uma única justificativa para não aplicar medidas alternativas à prisão. Não se imputava crime com violência ou grave ameaça, de modo que medidas de afastamento provisório das empresas, prisão domiciliar, entre outras, seriam suficientes para prevenir novos crimes. Mas nenhuma destas medidas teria o condão de forçar delações, e era este o objetivo inconfessado das prisões.

Quando o STF concedeu a primeira ordem de habeas corpus, em writ impetrado pela defesa de Ricardo Pessoa, relator o Ministro Teori Zavaski, aduzindo que as prisões decretadas por Moro eram ilegais, porque não fundamentavam a negativa de aplicação de medidas alternativas ao cárcere, Moro continuou prendendo da mesma forma.

Por que continuar decretando prisões ilegais, mesmo depois de o STF dizer que eram ilegais. Moro sabia que até as novas prisões serem analisadas pelo STF levaria meses. Este tempo era precioso. Era o tempo que precisavam os investigadores para persuadirem os réus a delatarem.

Ironicamente, o pacote que nasceu em seu gabinete, já Ministro da Justiça de Bolsonaro, batizado de “Pacote Anticrime” passou a prever expressamente que é ilegal decretar a prisão sem antes avaliar a possibilidade de impor medidas alternativas.

Todos sabiam que as prisões estavam sendo usadas para extorquir delações premiadas. Nos primeiros habeas corpus ajuizados no tribunal de Porto Alegre um membro do Ministério Público Federal chegou a dizer explicitamente que as prisões eram necessárias para facilitar delações. Era óbvio que este era o objetivo. A única diferença é que aquele desavisado procurador teve a insensatez de confessar algo que Moro camuflava com termos técnicos.

O próprio Moro a certa altura já não mostrava preocupação de esconder a verdadeira finalidade das prisões. Em pelo menos duas oportunidades Moro desistiu de manter preso o acusado para dar um empurrãozinho na delação que estava sendo negociada com o MPF. Em matéria da Folha de São Paulo de 27 de junho de 2017, a manchete era “Moro dá incentivo para ex-diretor da Petrobras delatar”. Em notícia semelhante, o Conjur noticiou em 23 de fevereiro do mesmo ano, “Moro ordena prisão, mas volta atrás ao descobrir que acusado negocia delação”. Elio Gaspari foi feliz ao mostrar que todo movimento autoritário começa de forma tímida, mas logo entra na fase escancarada. A certa altura Moro perdeu o pudor de disfarçar a relação umbilical entre as prisões e sua vontade de obter novas delações.

Houve um deslumbramento com a operação. Jamais um órgão da justiça havia despejado tamanha quantidade de notícias diárias nas redações dos jornais. A fórmula prisão-delação-prisão-delação deixava a imprensa ouriçada. O país passou a demonstrar um certo fetiche por cenas em vídeo onde delatores incriminavam autoridades. A cada acordo de delação homologado, a euforia era renovada. Em muitos casos a imprensa deu até empurrãozinho para que algumas delações fossem para frente, publicando conteúdos vazados, instigando assim a opinião pública e pressionando, por conseguinte, as autoridades a aceitá-las.

6 A toga mostra a farda.

Nada, porém, é mais representativo do perfil acusador e policialesco de Moro do que seu comportamento em audiência. Em expedientes inacreditáveis, Moro fazia perguntas sobre fatos que não constavam do processo, mas que, como depois se saberia, eram objeto de investigações ainda em andamento. Sim, Moro usava a instrução judicial de um caso para colher elementos para outros casos que ainda estavam em fase de investigação, casos em que o MPF nem denúncia ainda havia oferecido. Moro montou um cartório de polícia judiciária no seu gabinete. Era polícia e promotor ao mesmo tempo. Não sobrou tempo nem lugar na alma para que pudesse ser também juiz. Moro tinha uma espécie de tara por fazer as testemunhas dizerem o que ele queria. Era comum repetir seis, sete, oito vezes a mesma pergunta até vencer a testemunha pelo cansaço e obter dela a confirmação de alguma informação.

Mas o mais impressionante mesmo era como Moro exercia a acusação com um protagonismo muito maior do que qualquer representante do parquet federal. O leitor se lembra de algum debate oral entre advogados e membros do Ministério Público na Lava Jato? Certamente, não. O leitor tem lembrança de ver Daltan Dalagnol fora das entrevistas coletivas e dos malsinados powerpoints, desempenhando algum papel memorável em audiência? Ou melhor, lembra-se o leitor de tê-lo visto em alguma daquelas audiências que eram gravadas e expostas no Jornal Nacional poucos minutos depois de terminarem? Acredito que não. E sabem por quê? Porque houve uma divisão de tarefas. Enquanto os célebres procuradores faziam proselitismo na mídia contra os réus, contra os direitos e liberdade individuais, contra o Supremo (criando pacotes mirabolantes para granjear mais poderes, como aquele das 10 medidas contra a corrupção), o juiz, que não poderia falar sobre o caso em público, se incumbia de cuidar da acusação nas audiências.

O próprio Moro, em um ato falho, já como ex-juiz e ex-Ministro, admitiu em uma entrevista ao Jornal Nacional que lembra da inquirição que fez do ex-presidente Lula

como um ringue de boxe. Era Moro contra os réus. Ou alguém se lembra de quem era o acusador, o membro do Ministério Público que estava presente à audiência naquele fatídico dia em que Lula foi interrogado em Curitiba?

Moro era o protagonista da acusação. A questão então era, se Moro é o acusador, que vai julgar o caso? Alguns dirão que isto não deve invalidar as condenações, porque o TRF4 também condenou e o STJ também. A questão não parece ser tão simples assim. A função do juiz não é apenas proferir uma sentença que será revista depois pelas instâncias superiores. O julgador também decide diversas questões incidentais durante a instrução, indeferindo produção de provas para a defesa, dando desproporcional espaço probatório para a acusação, induzindo testemunhas em audiências, etc.

É evidente que a forma como Moro conduziu os processos influenciou o veredito proferido nas instâncias superiores. Não há como saber como os tribunais teriam se posicionado sobre a culpa dos réus se tivesse havido outro juiz em Curitiba (se houvesse um juiz imparcial, talvez nem haveria caso na remota Curitiba), outra forma de conduzir os processos e sentenças de primeiro grau favoráveis à defesa.

Menosprezar o prejuízo que a parcialidade de Moro gerou sob o pálio de que outros tribunais também condenaram é basicamente permitir que o juiz de primeiro grau pratique qualquer ilegalidade, afinal não haverá prejuízo, já que quem decide, ao final, é a instância superior. Não é assim. O exame de fatos e provas só ocorre nas duas primeiras instâncias. Se em uma delas, o julgamento é viciado, parcial, a garantia do duplo grau não se aperfeiçoa, e não há julgamento justo.

7 Considerações finais

A Lava Jato foi como um tsunami que engoliu qualquer um que se pusesse no seu caminho, jornalistas críticos da operação, advogados, juízes que se recusavam a dizer além a tudo o que Moro e a Força Tarefa diziam e faziam. Especialmente contra Ministros do STF, iniciou-se uma verdade campanha difamatória. Bastava um juiz ou um Ministro conceder um habeas corpus para que fosse imediatamente atacado seja pela imprensa seja por meio das redes sociais, em manifestações muitas vezes encampadas ou até assinadas pelos próprios integrantes da Força Tarefa de Curitiba.

Nada disto parecia capaz de convencer a grande maioria de que as coisas haviam passado do limite. A ideia geral, aquela de que “se não for assim, o país não muda nunca”, parecia ganhar cada vez mais adeptos. Os mais lúcidos podiam se perguntar em silêncio, ora, mas por que então não fazemos o mesmo com a fome, com a desigualdade, com as demais mazelas do país?

É muito difícil convencer as pessoas leigas de que um processo é ilegal quando

as pessoas presas e condenadas são personagens pelos quais estas pessoas não nutrem simpatia. As pessoas desejariam aquela mesma justiça para elas, se um dia tivessem que ser julgadas por um crime? Como poderiam desejar ao outro um julgamento que não desejariam para si próprio?

A Lava Jato continua. Mas Moro não é mais juiz. É investigado em inquérito que tramita no STF. Usufrii direitos que nunca garantiu aos réus que responderam a processo na sua vara, como o direito de acompanhar os depoimentos das testemunhas em delegacia. Mas a história não acabou. Caberá ao STF decidir se havia juiz em Curitiba, ou só em Berlim.

O culto a justiceiros cobra seu preço. E ele é caro

LUIZA A. V. OLIVER

Há algum tempo se via, pelas ruas de Curitiba, um outdoor estampando as figuras dos Procuradores da Força Tarefa da Lava Jato que, como num cartaz de estreia do próximo filme da Liga da Justiça, anunciava “aqui a lei se cumpre”.

Em paralelo, somavam-se manifestações públicas de apoio incondicional à Lava Jato. Chegou-se a ver o rosto do ex-juiz Sergio Moro reproduzido num boneco no Carnaval de Olinda e num gigante “Super Homem” inflável na Avenida Paulista.

Não se pode deixar de mencionar as recentes produções cinematográficas que retratam alguns membros do judiciário e do MPF como paladinos da justiça, seres destemidos e incautos em busca do fim da corrupção e da impunidade (no escurinho do cinema, vale o registro, os dois maiores expoentes da figura do magistrado-justiceiro dividiam uma pipoca enquanto se autocultuavam e eram cultuados pela sociedade).

O tempo é implacável e a história tende a se repetir: veneramos justiceiros e criamos monstros.

O mal dos justiceiros é que, a pretexto de fazerem o bem, desviam-se da lei para, ao fim e ao cabo, imporem seu próprio código moral, o que subjetivamente entendem certo. Isso é, como parece evidente, a antítese de um Estado Democrático de Direito e da imparcialidade esperada do Judiciário.

De fato, a atuação à margem da lei é irmã gêmea do arbítrio e é isso que, paulatinamente, vem se revelando aos olhos de quem quer ver.

Assistiu-se, há algum tempo, a prepotente e ilegal pretensão da Força Tarefa da Lava Jato de criar um fundo bilionário que a favoreceria diretamente (projeto freado pela própria cúpula do MPF, tamanha a sua ilegalidade).

Mais recentemente, veio do Governo a confirmação do óbvio: antes mesmo da elei-

ção de Bolsonaro, o então juiz Sérgio Moro já havia sido convidado a ocupar o posto de Ministro da Justiça, com o “compromisso” de tornar-se futuro ministro do STF. Se ligar lé com cré: foi nessa época que o então magistrado, às vésperas do primeiro turno das eleições à Presidência, levantou o sigilo das delações de Palocci, cujo teor atingia diretamente o Partido dos Trabalhadores, segundo colocado nas pesquisas eleitorais.

Pouco tempo antes, esse mesmo juiz, conhecido pela celeridade na condução dos processos, decidiu adiar o interrogatório de Lula que estava marcado, desde junho, para o final de setembro. O argumento foi “evitar a exploração eleitoral dos interrogatórios”.

Descobriu-se, então, que os Procuradores da Força Tarefa, em seu grupo de telegram, longe de preocuparem-se com a defesa da ordem jurídica e do regime democrático (art. 127, CF), debatiam a melhor estratégia para impedir “uma coletiva [do ex-presidente Lula] antes do segundo turno”, pois “pode eleger o Haddad”. Se a democracia é expressada pelo voto popular livre, a pretensão ministerial é o oposto do que deveria defender.

Nesse mesmo grupo de telegram, os procuradores, meses antes, discutiram a fragilidade de uma denúncia que eles próprios ofereceram e que levou o ex-presidente da República à prisão, tirando-o da disputa eleitoral. Essa mesma fragilidade foi, posteriormente, debatida com o juiz da causa que recomendou à Acusação, parte no processo, “siga firme”.

Da leitura das mensagens até então disponibilizadas, vê-se uma assustadora confusão da função acusatória e da judicial, um indecoroso auxílio de um magistrado na estratégia de acusação e um viés político incompatível com o sistema de justiça.

Vê-se, também, as duas figuras (procurador e juiz) se cumprimentando efusivamente pelo apoio que recebem da opinião pública, discutindo como suas atuações viabilizariam as “reformas que o Brasil precisa, nos sistemas políticos e de Justiça Criminal”. Discutem os efeitos de seus atos na “capacidade institucional de limpar o congresso”.

Esquecem-se que o papel do Judiciário não diz com segurança pública, com reforma política e muito menos com a “limpeza do congresso”, mas sim com o asseguramento de direitos, inclusive (senão especialmente) dos réus.

A fórmula punitivista e o modelo juiz-herói, amplamente aplaudidos pela opinião pública, replicaram-se pelo país, criando um perigoso sistema inquisitivo-punitivo à margem da legalidade. Basta lembrar da prisão do ex-presidente Michel Temer, decorrente de uma decisão flagrantemente ilegal. Em que pese a obviedade da ilegalidade, o desembargador relator do TRF2, para fazer o que manda a lei e revogar a prisão, precisou explicar-se, elogiar o juiz que cometeu a arbitrariedade e dizer que não é contra a Lava Jato, que não é contra corrupção.

Viu-se, na sequência, o colegiado do TRF2 cassar a correta decisão monocrática e, asseverando que a suposta atuação do ex-presidente daria um “mau exemplo” à sociedade, restabelecer uma prisão evidentemente ilegal, com um argumento ainda mais ilegal.

Um respiro de alívio veio do STJ que, em memorável julgamento, lembrou dos princípios basilares que fundam o sistema jurídico, frisando que “eventuais desejos sociais de um juiz herói contra o crime, que essa não é, não pode ser função do juiz. Juiz não enfrenta crimes. Juiz não é agente de segurança pública. Não é controlador da moralidade social ou dos destinos políticos da nação”.

Está mais do que na hora de entendermos os perigos da antidemocracia travestida de justiça, retratada nas figuras dos heróis que temos cultuado. Que o chavão “não tenho político de estimação” também valha para “não tenho juiz, ou promotor de estimação”.

Homenagem à magistratura

ROBERTO PODVAL

Por acaso, estava em Brasília e, por curiosidade, passei pelo Congresso Nacional para assistir a um debate. De um lado, Sergio Moro, nome de referência na operação Lava Jato, o temido juiz de Curitiba, aclamado pela mídia e por grande parte da população, e que lá estava para defender as medidas contra a corrupção, sua grande bandeira. Doutro lado, um juiz de São Paulo, homem simples, garantista e legalista.

O primeiro defendia um direito mais pragmático, utilitarista, menos preocupado com a forma; buscava os fins, uma sociedade “honesta” e menos corrupta. Numa visão até certo ponto maniqueísta, queria aniquilar o mau, dando à Constituição Federal uma visão um tanto quanto interpretativa, admitindo a flexibilização de seus princípios em busca de um bem maior.

Já seu colega, no pouco espaço que lhe restava, demonstrava grande preocupação com os fins justificando os meios, criticava os abusos, chamava a atenção para os métodos pouco ortodoxos utilizados pela Lava Jato. Falou para si. Poucos ali lhe deram ouvidos. Afinal, as câmeras não estavam nele.

O debate me trouxe enorme tristeza. Em pleno Congresso Nacional, a grande maioria dos presentes estava ali para aplaudir o homem que brilhava em nossa triste sociedade terceiro-mundista.

Sergio Moro brilhava, todos os holofotes estavam nele, era quase que o Batman da sociedade moderna, o homem de bem que utilizava de sua toga para buscar justiça, ainda que para isso fosse necessário passar por cima de inúmeros princípios basilares e garantias a duras penas conquistadas por uma sociedade pra lá de injusta, preconceituosa e elitista. Os órgãos de classe se adiantaram a esclarecer: esse era o juiz que os representava.

Ao fim de debate, uma multidão se aglomerou em volta do grande personagem. Sergio Moro saiu aclamado e seguido por toda a imprensa. A multidão, assim como muitos dos parlamentares, queria espaço para suas selfies. A quantidade de pedidos de autógrafos era de impressionar.

Doutro lado, saía o juiz garantista. Defendera, dentro do Congresso Nacional, a Constituição de forma plena. Foi ignorado pela maioria.

Eu, de longe, acompanhando aquele homem guardando calmamente seu material e saindo só, quase que esquecido, senti no fundo d'alma uma angustia avassaladora.

Assim como tantos colegas de profissão, atuamos inúmeras vezes na operação Lava Jato e bem sabemos o que enfrentávamos dioturnamente: as banalizações das prisões, as delações pouco ortodoxas, a responsabilização objetiva em matéria penal. Isso sem falar na informalidade do magistrado com os Procuradores ou mesmo com os Delegados. E o pior, a grande maioria das ilegalidades tiveram o aval dos Tribunais Superiores. Poucas vezes tiveram a audácia de contrariá-lo e, sem exceção, aqueles que ousaram foram severamente criticados pela mídia.

Como dizem nossos avós, nada como o tempo. O juiz salvador, sob o pretexto de acabar com a corrupção, levou à quebradeira as maiores empresas nacionais e, ao final, resolveu abandonar a magistratura, não sem antes contribuir para o impeachment de uma Presidente democraticamente eleita e acabar aceitando o cargo de Ministro da Justiça daquele que representava a oposição aos seus oprimidos.

Após deixar a magistratura e caminhar no mundo político – há quem diga –, sonhando em ocupar uma cadeira no Supremo Tribunal Federal, desentendeu-se com o Presidente e acabou abandonando, também, o cargo de Ministro, numa cerimônia pra lá de melancólica.

Esse pequeno e despretensioso texto serve apenas para demonstrar o quanto essa trajetória errática nos permite questionar as verdadeiras intenções de um magistrado que se utilizou do cargo, de postura ideológica, bem como de suas decisões, no mínimo questionáveis e partidárias, para galgar cargos políticos. Não tenho dúvidas, o caminho escolhido pelo político Sergio Moro coloca suas decisões sob suspeição e seus pares num grande constrangimento.

Já ia quase me esquecendo do juiz garantista. Continua juiz, continua preocupado com a forma, continua preocupado com os processos e com as pessoas por trás das frias folhas de papel que as descrevem. Continua anônimo e assim vou deixá-lo, utilizando esse texto como uma homenagem em nome de todos os milhares de juízes sem rosto, sem holofotes, sem pretensão. Os verdadeiros mercedores de uma cadeira no Supremo Tribunal Federal.

Façamos Justiça à Lava-Jato

GABRIELA SHIZUE SOARES DE ARAUJO

PRISCILA PAMELA C. SANTOS

Após as revelações do The Intercept Brasil e de diversos veículos de imprensa sobre os métodos escusos de trabalho utilizados pelos principais atores da famigerada Operação Lava Jato, e especialmente quando Sérgio Moro deixou a magistratura para compor o governo do presidente que se elegeu beneficiado por suas suspeitas decisões, as quais retiraram do jogo eleitoral o então favorito nas pesquisas, ficou mais do que comprovada a existência de um projeto político de poder que corrompeu parte do sistema de justiça penal em Curitiba e gerou sequelas gravíssimas na democracia brasileira.

Não é exagero afirmar que o caos experimentado hoje no Brasil é reflexo imediato dessa operação jurídico-político-midiática que devastou não só muitas vidas e histórias individuais, mas também a economia nacional, a segurança jurídica, a imagem internacional do país, e, por fim, a nossa democracia, posto que atropelou direitos e garantias fundamentais protegidos expressamente pelo texto constitucional, para atender a interesses duvidosos de funcionários públicos que deveriam supostamente estar a serviço do bem comum e da sociedade brasileira.

Eis o nosso cenário atual: na data em que este texto está sendo redigido, 16/07/2020, o Brasil enfrenta a pandemia da Covid-19 há quatro meses e já contabiliza mais de 75 mil pessoas mortas e quase 2 milhões de pessoas contaminadas pelo vírus; conta com índices altíssimos de violência contra a mulher (a cada 2 horas uma mulher é morta); o extermínio dos jovens negros somente se intensifica (a cada 23 minutos um jovem negro é assassinado); com um considerável aumento da taxa de violência e letalidade policial nos últimos anos³³⁴; enquanto assistimos impassíveis aos recordes nos registros

³³⁴ Dados obtidos a partir de divulgação do Fórum de Segurança Pública.

de desmatamento da Amazônia, 3.069,57 km² ³³⁵; e outras incontáveis tragédias se impõem crescentemente ao povo brasileiro.

As leitoras e leitores devem estar se questionando sobre qual a conexão estabelecida entre os dados trazidos acima e a Operação Lava Jato. Nossa resposta: conexão total. Como diz o advogado e jurista Marco Aurélio de Carvalho, o “bolsonarismo” é filho de pai e mãe do “lavajatismo”. E é por isso que se faz extremamente necessário o apontamento dos idealizadores desse projeto nefasto de poder, para que a história não incida em erros e para que sejam responsabilizados por seus atos.

1. Origens da Operação Lava-Jato

A Lava Jato foi deflagrada em março de 2014, mas remonta a investigações iniciadas em 2009, envolvendo políticos de Curitiba e alguns doleiros, por isso a fixação de competência na Justiça Federal de Curitiba, até então, de forma legítima.

Tais investigações começaram a ser desvirtuadas, quando o então juiz Sérgio Moro estabeleceu o entendimento de que a investigação não deveria se limitar apenas aos fatos relacionados aos doleiros que operavam em Curitiba, mas também em suas inúmeras conexões fora de Curitiba, ampliando sobremaneira a sua competência.

Tanto é assim, que a origem do nome da operação, “Lava Jato”, vem de investigações sobre um doleiro com vínculos em uma casa de câmbio estabelecida nas dependências de um posto de gasolina em Brasília – e não em Curitiba. E foi a partir de Brasília que a operação passou a expandir seus domínios.

Os fatos novos não guardavam relação alguma com os casos até então investigados em Curitiba, mas a possibilidade de projeção que a atuação nessas investigações poderia trazer fez crescer a expectativa de implementação do projeto político do ex-juiz, ao ponto de este fixar artificialmente a competência para aquelas investigações e futuras ações e avocar para si o poder maior.

Ali se anunciava o início do fim.

Para manter a competência artificialmente fixada, o ex-juiz chegou a impedir que, em algumas delações, autoridades com prerrogativa de foro fossem nomeadas. Ferindo o princípio do juiz natural e do devido processo legal, usurpou a competência de outros tribunais, incluindo o Supremo Tribunal Federal, para puxar para si o julgamento de figuras públicas.

Desde o início ficou evidente a ambição esquizofrênica pelo autoritarismo, pelo poder ilimitado e pelo desvio das funções por parte daquele magistrado, que logo anga-

³³⁵ Dados obtidos a partir de divulgação do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais.

riu cúmplices dentro do sistema de justiça e de relações sociais privilegiadas travadas na elite do funcionalismo público na pequena capital do Paraná.

2. A instauração da “Nova República de Curitiba”

O poder vislumbrado a partir da Operação Lava-Jato passou a ser a força motriz do então juiz Sérgio Moro, assim como a de alguns procuradores dessa ilimitada “força-tarefa”, que acabou se forjando no desvio de funções e na corrupção do modelo constitucional de sistema de justiça penal: as relações profissionais e de imparcialidade entre juiz da causa e procuradores foram substituídas por uma aliança implacável direcionada à perseguição de alvos previamente escolhidos.

Daí em diante os abusos aumentaram vertiginosamente. Nada mais os deteve, nem a lei, nem a Constituição Federal, apesar de seus deveres funcionais, como servidores públicos, de seguir estritamente o que determina a legislação e nela fundamentar todas as suas decisões. O projeto de poder concebido precisaria ser consumado a todo custo. Afrontas ao devido processo penal, aos direitos e garantias da pessoa acusada e à nossa estrutura democrática de Estado faziam parte do pacote.

Prisões ilegais foram decretadas no curso nas investigações sob a forma de conduções coercitivas e diversos mandados de busca e apreensão foram cumpridos sempre com vazamentos prévios para a ampla cobertura midiática, apta a condicionar a população à visão deturpada na formação de culpa antecipada dos investigados. Na mesma esteira, trechos de delações e interceptações telefônicas, por vezes fora de contexto e muitas vezes sem qualquer interesse público, foram divulgados em momentos estratégicos.

Todas essas ações, tomadas ao arrepio da lei – em total afronta à imparcialidade do juiz, à paridade de armas entre acusação e defesa, ao conhecimento dos investigados sobre as acusações que pairavam contra si, à proteção à intimidade e à imagem, à inviolabilidade das comunicações entre advogados e clientes e diversas outras garantias – foram coordenadas entre o ex-juiz e os procuradores da força-tarefa da Lava Jato, conforme escancarado pelas revelações do The Intercept, e contaram com o apoio irrestrito da grande mídia para a consumação das suas ilegalidades.

Trata-se de uma fórmula que vem sendo aplicada desde a Antiguidade por figuras autoritárias, a política do pão e circo: desde os gladiadores jogados aos leões, das bruxas nas fogueiras da Inquisição, das decapitações e enforcamentos em praças públicas de inimigos, até a espetacularização do processo penal que assistimos hoje, transformado num big brother diante das câmeras ao vivo da mídia de massa.

As divulgações massivas e distorcidas sobre as investigações conduzidas pela “Re-

pública de Curitiba”, com o linchamento público de figuras importantíssimas do país contribuíram, sobremaneira, para que se projetasse no imaginário coletivo a ideia de que esses “falsos justiceiros” poderiam representar os salvadores da pátria.

Para além do esfacelamento do direito, o que se via nas telas da TV era a incitação do ódio na população, que passou a acreditar naqueles falsos heróis e, consequentemente, a aceitar e apoiar o vale-tudo processual, na busca por responsabilização por suas mazelas individuais, decorrentes de problemas sociais estruturais, de que sequer tinham a exata compreensão.

3. Relações entre juiz e procuradores da Lava-Jato: suspeição ou corrupção?

Com o amplo apoio inicial da mídia e a posterior adesão de boa parte da opinião pública, o projeto político do então juiz Sérgio Moro e dos procuradores que a ele se aliaram nas ilegalidades cometidas dentro da Lava-Jato passou a ganhar cada vez mais forma e força. Contudo, ainda tinha um obstáculo forte no caminho: o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que encerrara seu 2º mandato com aprovação de 87% do eleitorado e que sairia candidato nas eleições de 2018.

Logo, assim como feito com tantas outras figuras públicas acusadas nos processos da Lava Jato, o desgaste da imagem, da trajetória e dos feitos do popular ex-presidente também precisaria ser prioridade, mas em maior escala. A escolha de tamanho alvo seria o grande teste dos limites daqueles funcionários públicos regionais, agora aliados à grande mídia e, como revelou o *The Intercept Brasil* depois, eles apostaram todas as suas fichas nessa empreitada.

O circo armado em 2016 para a ilegal condução coercitiva do ex-presidente Lula, sem que tenha havido qualquer negativa anterior ou intimação para que ele comparecesse perante o Juízo, e, dias depois, a divulgação ilegal e criminoso de conversa telefônica interceptada entre a então presidente da República, Dilma Rousseff, e o ex-presidente Lula, sobre possível nomeação deste para a Casa Civil, foram determinantes para selar o destino político do país.

É importante ressaltar sempre que não só a divulgação, mas a própria interceptação telefônica foi ilegal. O despacho emanado pelo então juiz Sérgio Moro para a interrupção das gravações se deu às 11:13hs do dia 16/03. A Polícia Federal foi comunicada às 11:44hs. As comunicações às operadoras de telecomunicação foram feitas às 12:17/12:18hs, contudo, as gravações continuaram a ser realizadas e às 16:21hs Moro determina o levantamento do sigilo do processo inteiro e dá publicidade às gravações ilegais.

A divulgação daquelas gravações fora de contexto levou o ministro do Supremo

Tribunal Federal, Gilmar Mendes, a proferir decisão impedindo a nomeação do ex-presidente Lula como ministro da Casa Civil. Porém, em entrevista ao programa Roda Viva, da TV Cultura, em outubro de 2019, Gilmar Mendes confessou que teria dúvidas sobre que decisão tomar, se tivesse conhecimento de todos os fatos revelados posteriormente pelo The Intercept Brasil³³⁶.

Moro deveria ter sido processado criminalmente por esses fatos. Aqui já não se está a falar somente em ocorrência de nulidade absoluta por demonstração cabal da sua falta de imparcialidade, mas de eventual cometimento de conduta estabelecida na lei como criminosa.

Esse ato ilícito praticado pelo ex-juiz demonstrou ser exatamente o que faltava para materializar a consecução do projeto político dos integrantes da Lava Jato. Os procuradores fundaram uma associação com fins lucrativos – para enriquecerem com palestras - e o ex-juiz cavou a sua entrada na política de forma mais escancarada, claro, porque a sua atuação na Lava Jato sempre se mostrou política e já vinha sendo denunciada desde o início por boa parte da comunidade jurídica séria e pelos advogados de defesa que viam diariamente os direitos e garantias constitucionais de seus clientes serem atropelados pela aliança persecutória firmada entre juiz e procuradores.

Ainda em 2016, o clima das ruas, aliado ao clima político propiciaram a queda de uma presidente da República legitimamente eleita, via impeachment, sem que tivesse incorrido em qualquer crime de responsabilidade. Verdadeiro golpe. Um golpe contra o Brasil, um golpe contra o Estado Democrático de Direito, um golpe contra todas e todos nós.

A prisão do ex-presidente Lula, em abril de 2018, decorrente da confirmação de sua condenação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o retirou das eleições presidenciais para as quais era o franco favorito, o que fez com que o ciclo de destruições iniciado com a Lava Jato pudesse ser encerrado. A operação, não de combate sério e efetivo à corrupção, mas a que foi utilizada como instrumento para a execução de um projeto de poder, tinha cumprido a sua finalidade.

O processo em 1ª instância contra o ex-presidente Lula foi concluído em tempo recorde, 10 meses, enquanto o recurso de apelação foi julgado em menos de 5 meses. Nunca se viu tanta rapidez no julgamento de um recurso em 2º grau, em um caso de tamanha repercussão e complexidade. Da oposição dos embargos ao seu julgamento, para que a prisão do condenado sem o direito ao devido processo legal pudesse ser efetivada, não se passaram sequer 3 meses.

336 COELHO, Gabriela. Se fosse hoje, teria dúvidas sobre vetar nomeação de Lula na Casa Civil, diz Gilmar. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 07 out 2019, São Paulo. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-out-07/fose-foje-teria-duvidas-vetar-nomeacao-lula-gilmar>>. Acesso em 16 jul 2020.

Isso demonstra que as ilegalidades originadas na 13ª Vara Federal de Curitiba, com a manipulação da mídia e da opinião pública, e a transformação da persecução penal num grande espetáculo, fez também de refém toda a cadeia consequente do sistema de justiça.

Não há como se considerar como legítimo um processo iniciado de forma ilegal, com a fixação artificial de competência por um juiz interessado na popularidade que o procedimento lhe traria; não há como se considerar legítimo um processo utilizado como instrumento de projeto político de poder do juiz oficiante na causa, que atuava em conluio com os procuradores para o estabelecimento de estratégias voltadas à condenação de seu “oponente”; não há como se considerar legítimo um processo em que o juiz se refere ao acusado como oponente e não como sujeito de direitos e em que os procuradores, sem qualquer compromisso com o cargo ocupado e com a atribuição de fiscais de lei, demonstraram tamanho ódio contra o acusado, ao ponto de tecerem comentários abjetos sobre a morte de sua esposa, neto e irmão; não, não há como se considerar legítimo um processo em que todos os direitos e garantias são violados. Processos desenvolvidos ao arrepio da lei não podem levar nem à condenação de um ex-presidente da República, nem a de ninguém.

Um precedente desse tamanho pode levar ao colapso todo o desenho constitucional de garantias e direitos fundamentais tão arduamente conquistados com a redemocratização e a Constituição Federal de 1988.

A lei é para todas e todos e não se materializa na figura do julgador. A lei não é o que acusador ou o julgador querem que ela seja. Essas violações em nome de falacioso combate à corrupção não podem ser validadas pelos demais órgãos do Judiciário. O que fez o ex-juiz em conluio com os procuradores precisa ser nominado de acordo com o que diz a verdadeira lei: crimes.

E se, por qualquer razão, ainda restava alguma dúvida sobre a atuação para além de parcial, mas promíscua do ex-juiz Sérgio Moro, vale ressaltar que este aceitou largar a magistratura para assumir o cargo de Ministro da Justiça oferecido pelo presidente que ele mesmo diretamente auxiliou a se eleger. Dessa vez não precisamos do The Intercept para lançar luz aos nossos olhos. O próprio ex-juiz assumiu claramente o seu projeto político quando aceitou o cargo oferecido no governo Bolsonaro.

Durante a sua estada no Ministério da Justiça, teve como único feito a apresentação do “projeto de lei anticrime”, que ao contrário do nome, de anticrime não tem nada, mas trata-se de verdadeira licença para o extermínio da população preta, pobre e periférica, por parte dos agentes policiais. Projeto mesquinho e com impactos muito negativos na pauta da política criminal do país, com aumentos de penas desproporcionais, equiparação de crimes comuns a hediondos, enfim, uma lástima. O projeto foi

esvaziado nos grupos de trabalho da Câmara e Senado e foi aprovado já com alguma redução de danos.

O ex-juiz permaneceu à frente do Ministério da Justiça por 15 meses. O desgaste da imagem do Chefe do Executivo exigiu dele o distanciamento daquela figura, para que seu projeto político não naufragasse. Moro deixou o Ministério e ao fazê-lo procurou se colocar mais uma vez como herói da nação. Entretanto, a sociedade já entendeu quais são as suas reais intenções políticas, assim como os meios de que se utiliza para alcançá-las: exposição midiática de conversas não autorizadas parece ser um clichê, dissimulação e deslealdade, também.

4. Parafraseando Lenio Streck: o que fazer quando se sabe que se sabe?

Como se depreende da evolução dos fatos até aqui exposta, fica evidente que os atos ilícitos promovidos pela Lava Jato conduziram Jair Bolsonaro à Presidência da República e, com ele, o fechamento do ciclo do caos que nos remete ao início do texto.

O que se viu de lá para cá foram os desmontes às políticas públicas, a retirada de direitos trabalhistas e previdenciários, o negacionismo, o estímulo à violência e ao ódio.

Ah o ódio, como pode crescer tanto? Alcançou patamares inimagináveis: os negros, os indígenas, os quilombolas, as mulheres, as pessoas em situação de rua, a imprensa livre, o meio ambiente, a democracia – populações e bens tão caros à construção de uma sociedade mais igualitária, passaram a ser os principais alvos do ódio indiscriminado. Fake News e ameaças passaram a reger o nosso cotidiano. Ataques às instituições democráticas entraram na ordem do dia.

Definitivamente esse não era o cenário do país pré Lava-Jato. Ocorre que o desprezo aos direitos e garantias fundamentais e ao próprio texto constitucional foi incutido no senso comum, já que invocado diariamente para justificar as arbitrariedades cometidas pelos agentes públicos com poderes ilimitados da famigerada Operação Lava-Jato. Uma operação jurídico-político-midiática forjada no ódio, na perseguição, no autoritarismo, na força excessiva do Estado policial e no linchamento público de cidadãos, partidos políticos e empresas brasileiras.

Os retrocessos democráticos e especialmente a instabilidade institucional que enfrentamos hoje têm origem na Lava Jato e na atuação ilegal – e possivelmente criminosa - do ex-juiz Sérgio Moro e de seus cúmplices, ou, voltando a citar as palavras de Marco Aurélio de Carvalho, o bolsonarismo é filho de pai e mãe do lavajatismo.

A prática de qualquer ilegalidade no âmbito de um processo é reprovável, mas as praticadas no âmbito da Lava-Jato, por terem alcançado padrões jamais vistos na história do Judiciário brasileiro, necessitam de respostas à altura.

Em países como a Alemanha, por exemplo, a falta de imparcialidade de procuradores e juízes é punida com pena de reclusão. Espera-se que aqui, ainda que tardiamente, ao menos se reconheça a nulidade dos processos em que a relação de promiscuidade entre o órgão acusador e o julgador tenha se estabelecido. Note que propositadamente não utilizamos o termo parcialidade, já que o ocorrido na Lava Jato foi além, ultrapassou a esfera da suspeição para adentrar em práticas eventualmente criminosas.

A ideia de que o órgão ministerial não precisa ser isento e imparcial é falaciosa. Ao Ministério Público incumbe a função de atuar como fiscal da lei, de modo que assim precisa agir para buscar elementos de prova que conduzam não só à condenação, mas também à absolvição de pessoas acusadas, caso contrário, a atribuição se torna vazia.

Todas as garantias inerentes à magistratura foram estendidas ao Ministério Público, de forma que as obrigações também o precisam ser. Já passou da hora de se determinar, com a responsabilidade que o cargo requer, a obrigatoriedade de isenção que seus representantes devem assumir no processo penal.

À advocacia não são conferidos direitos à inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade, por essa razão o compromisso do defensor é com os direitos e garantias assegurados ao seu constituído, diferentemente do Ministério Público, que tem por lei a incumbência de fiscalizar a aplicação da lei sem adoção de um lado, sob pena de nulidade dos atos praticados.

Nesse sentido, a aprovação do projeto de lei n.º 5282/2019, conhecido como “Anastasia Streck” se mostra extremamente necessária, para que não experimentemos novos escândalos judiciais como os promovidos pela Lava Jato, em que não pairam dúvidas de que os procuradores e o agora ex-juiz Sérgio Moro tinham um lado bem definido, o de acusar, arbitrariamente e ilegalmente, com preferência a alvos por eles conjuntamente discriminados. A moralidade administrativa que rege tais carreiras foi massacrada por seus representantes.

No que toca à função do Ministério Público, o projeto estabelece a inclusão de dois parágrafos ao artigo 156 do Código de Processo Penal:

“§1º Cabe ao Ministério Público, a fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito ou procedimento investigativo a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com este Código e a Constituição Federal, e, para esse efeito, investigar, de igual modo, na busca da verdade processual, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa.

§2º O descumprimento do § 1º implica a nulidade absoluta do processo.”³³⁷

³³⁷ Disponível em: legis.senado.leg.br

E como já citamos esse importante projeto de lei inspirado em pareceres do professor Lenio Streck, que desde o início, e em conjunto com diversos outros grandes nomes da advocacia e da academia, vem denunciando as práticas ilegais desenvolvidas no âmbito da Lava Jato, vale também invocar aqui a sua célebre frase: o que fazer quando se sabe que se sabe?³³⁸

O protagonismo dessa decisão está nas mãos da mais alta Corte do país, incumbida da missão de resgatar o Estado de Direitos e não permitir que o Estado de Barbárie, instalado a partir das violações de direitos produzidas com a deflagração da Operação Lava Jato e agigantado após as eleições de 2018, se perpetue.

Outrora, o véu do desconhecimento blindava o enfrentamento real da questão, mas e agora? As revelações trazidas pelo The Intercept não nos permitem mais a alegação de falta de conhecimento. Os fatos tornaram-se públicos. A verdade nos foi revelada e escancarada.

Não há alternativas como resposta. O reconhecimento da suspeição e consequente parcialidade do ex-juiz e dos procuradores que atuaram de forma criminosa na Lava Jato é a única medida possível para o resgate do nosso Estado de Direitos e da Democracia. E especialmente para recuperar a credibilidade da população em nosso sistema de justiça, após tantos anos combalido pela imagem de implacável, parcial e corrompível. Esse foi o triste legado da Lava-Jato para o país. Cabe ao Supremo Tribunal Federal reagir e devolver as instituições aos seus devidos eixos.

Como diz o ditado: a justiça tarda, mas não falha. Façamos então justiça à Lava-Jato.

338 STRECK, Lenio Luiz. Suspeição de Moro: o que fazer quando se sabe que se sabe?. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 25 maio 2020, São Paulo. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-25/lenio-streck-suspeicao-moro>>. Acesso em 16 jul 2020.

Moro versus Lula: um caso clássico de suspeição judicial

MAURO DE AZEVEDO MENEZES

O passar do tempo e o aparecimento de evidências não contestadas, por vezes até mesmo confessadas, trouxeram elementos decisivos para dimensionar adequadamente o papel desempenhado pelo então juiz federal Sérgio Moro na condução da ação penal que resultou na condenação do ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. No calor dos acontecimentos, já se antevia algo de exorbitante e desequilibrado nessa conduta, haja vista a reiterada utilização de expedientes abusivos e vexatórios contra o acusado, acompanhados do menoscabo às prerrogativas da sua defesa técnica, dando margem à suposição de existir uma estipulação prévia do intuito de apenar o ex-presidente. A sequência dos fatos e da trajetória do juiz serviu para corroborar não apenas essa desconfiança, como também para demonstrar a perversão consciente do seu compromisso essencial com a imparcialidade judicial.

A consumação da condenação e posterior prisão do ex-presidente Lula, levadas a público como eventos culminantes da chamada Operação Lava Jato, guindaram o juiz federal responsável pela sentença respectiva à enganosa condição de paladino da moralidade, condição à qual o personagem se apegou decididamente, seguindo uma trilha que veio, em paradoxo, a revelar os vícios da atuação judiciária que o celebrou.

Assim não admira que, em entrevista recente ao canal de TV fechada Globo-news, em 5/7/2020, Sérgio Moro tenha comparado o interrogatório do ex-presidente, jocosamente, a um “ringue”, descredibilizando inteiramente a substância da sua função de magistrado na apuração penal contra Lula. Isso levou um importante colunista do mesmo conglomerado de imprensa a criticá-lo abertamente, expondo a sua admissão pública do abandono da imparcialidade ao julgar o réu, convertendo a instrução processual em uma contenda na qual assumira o propósito de aniquilar uma das partes

na disputa, em relação à qual não poderia previamente escolher um lado.³³⁹

A isso deve ser agregada uma avaliação da conduta do ex-juiz federal e ex-ministro da Justiça Sérgio Moro, à luz das revelações progressivamente feitas pelo site Intercept Brasil, de diálogos por ele mantidos no aplicativo de mensagens eletrônicas Telegram, sobretudo com integrantes do Ministério Público Federal, assim como de comunicações havidas entre os procuradores da República entre si, com referência ao procedimento do então magistrado.

Para tanto, é preciso resgatar os elementos centrais do contexto institucional e político no qual surgem as informações em questão, que trouxeram ao conhecimento público posturas adotadas pelo então magistrado Sérgio Moro, como Juiz Federal responsável na 13ª Vara de Curitiba pela instrução e julgamento dos processos criminais relacionadas à denominada Operação Lava Jato.

Deflagrada em março de 2014, a Operação Lava Jato congregou um grupo de procuradores da República lotados em Curitiba, reunidos em torno de uma força-tarefa que partiu de um inquérito relacionado a lavagem de dinheiro, cujo rastreamento passou a evidenciar o envolvimento de doleiros e empresas de fachada, alguns já anteriormente investigados pela Justiça Federal do Paraná. As investigações contavam com a atuação da Delegacia de Repressão a Crimes Financeiros da Polícia Federal em Curitiba. Os investigadores valeram-se do fato de uma das empresas inicialmente implicadas ter sede em Londrina, no estado do Paraná, para vincular a competência judiciária das instruções processuais e das sentenças a serem proferidas à Vara Especializada em Crimes Financeiros e de Lavagem de Dinheiro de Curitiba, em que era titular o Juiz Sérgio Moro.

A partir de então, o trabalho policial evoluiu para a dedução de laços entre o doleiro Alberto Youssef e um ex-diretor da Petrobrás, Paulo Roberto Costa, tornados mais adiante colaboradores premiados, nos termos da Lei nº 12.850/2013, então recentemente editada para regular de maneira rigorosa e alargada a definição de organização criminosa e estipular benefícios de perdão judicial significativo aos respectivos delatores. Progressivamente, as diversas fases da Operação Lava Jato foram consolidando, em paralelo, a identificação de crimes financeiros relacionados com atos de corrupção, sobretudo no âmbito da administração da Petrobrás, maior empresa estatal brasileira, de um lado, e a imputação desses crimes a agentes políticos responsáveis pela indicação de dirigentes da empresa pública e protagonistas de relacionamentos

³³⁹ “Na entrevista à Globonews, Moro cometeu um ato falho. Descreveu a audiência mais famosa da operação como ‘um ringue com o Lula’. A metáfora sugere que ele e o ex-presidente se enfrentaram como dois pugilistas. Faltou dizer que ele acumulava o papel de juiz.” (“Moro em campanha”, Bernardo Mello Franco, 6/7/2020, <https://blogs.oglobo.globo.com/bernardo-mello-franco/post/moro-em-campanha.html>).

com outras empresas contratadas para grandes obras e serviços pela Petrobrás, como as gigantescas empreiteiras da construção civil Odebrecht, OAS, e Camargo Corrêa.

Em suma, a Operação Lava Jato nutriu-se da apuração de uma teia de revelações que implicaram administradores públicos e políticos ligados a diversos partidos em atos de corrupção, consubstanciados em desvios de recursos da Petrobrás e de outras fontes estatais e obtenção de vantagens financeiras pessoais e/ou doações de recursos para campanhas eleitorais por meios ilícitos. Seguiram-se inúmeras diligências policiais, encadeadas com depoimentos, conduções coercitivas, prisões temporárias e preventivas e, mais tarde, confissões estimuladas por abusos nas detenções e pelas vantagens ofertadas para que houvesse colaborações com a persecução criminal. O impacto das novidades foram um prato cheio para a exploração sensacionalista de segmentos poderosos da mídia e açularam o descontentamento da população que sofria os efeitos da desaceleração econômica no país.

O cenário da evolução e consolidação da Operação Lava Jato apresentou as condições ideais para que as investigações de Curitiba, ultrapassando os limites convencionais da atuação das instituições envolvidas, se tornassem o epicentro de uma articulação política voltada ao desgaste do governo federal gerido pela Presidenta Dilma Rousseff, sucessora do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Isso foi possível devido à cristalização do foro de Curitiba como juízo praticamente universal para a instrução e julgamento de crimes de corrupção direta ou indiretamente ligados a obras e transações com a Petrobrás. Na medida em que as prisões e condenações passaram a ser trivializadas, sob a titularidade do Juiz Sérgio Moro, foi criado um ambiente fomentador da exacerbação punitiva e da perigosa ligação entre a marcha do trabalho policial e judicial e o processo político de estigmatização política do Partido dos Trabalhadores (PT) e de seus principais expoentes e dirigentes. Vieram à tona, sob a ascensão política da Lava Jato e de seus principais personagens, segmentos e espectros políticos aliados do poder desde a derrota dos candidatos do PSDB para Lula e Dilma nas eleições presidenciais de 2002, 2006, 2010 e 2014 e, até mesmo, desde o fim da ditadura militar em 1985. A Lava Jato tornara-se uma instância paralela de poder, destinada a impor a sua agenda investigativa e punitiva com o apoio de uma conexão midiática muito forte e azeitada, que conduziu seus protagonistas à condição de celebridades. Os delegados e agentes da polícia federal, assim como os procuradores da República que conduziam as investigações e atos de coerção passaram a ser glorificados, o que gerou o efeito deformador da identificação das críticas aos excessos da operação com a defesa dos atos de corrupção em si. As garantias constitucionais do devido processo legal, da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório sofreram uma grave erosão, num clima de estímulo ao caráter inquisitivo não apenas do aparato repressor do Estado,

mas também das instâncias judiciárias.

Nesse contexto, emergiu a figura incontrastável do Juiz Sérgio Moro, que não resistiu à tentação de se converter em símbolo da Operação Lava Jato e de uma canhestra “República de Curitiba”, celebrizada como microcosmo da redenção moral do país. O magistrado, à medida em que aparecia repetidamente na grande mídia como vértice principal da atuação punitiva no escândalo de corrupção, passou a abdicar da sobriedade necessária ao exercício da atividade judicial, dedicando-se a cultivar um suposto heroísmo em si mesmo. Internamente, os interrogatórios e despachos chegavam com destaque ao noticiário e às redes sociais, inclusive com transmissões de vídeo, causando na população uma deformada percepção de que o juiz desempenhava uma cruzada corajosa e obstinada em favor da restauração da honestidade no país.

Àquela altura, as homenagens e premiações a Sérgio Moro, inclusive como “Homem do Ano” e quejandas, não supriam mais a sede de glória do juiz-herói. Havia um clamor pela culminância da sua sanha punitivista, já então desabridamente destinada a destronar o poder político obtido democraticamente pelo PT ao longo de quatro eleições, inclusive em 2014 com a reeleição da presidenta Dilma Rousseff. Estimulado politicamente e com forte apoio midiático e de setores empresariais e do capital financeiro, o movimento de respaldo à Lava Jato ganhou as ruas e desembocou em grandes manifestações contra a corrupção. Na época (março de 2015), o então juiz Sérgio Moro acenou publicamente às multidões como virtual líder político, ao considerar-se “tocado” com o apoio recebido. Ato contínuo, as manifestações convocadas por movimentos de direita migraram para defender abertamente o impeachment da Presidenta Dilma, buscando responsabilizar em definitivo a cúpula governo do PT pelo escândalo de corrupção da Petrobrás, muito embora as próprias investigações da Lava Jato demonstrassem claramente que os esquemas de corrupção na Petrobrás e nas demais empresas públicas e privadas atingissem dezenas de partidos políticos e evocassem práticas políticas e empresariais arraigadas há décadas, não sendo atribuíveis exclusivamente ao PT e a seus dirigentes.

Foi então instaurado o processo parlamentar de discussão do impeachment presidencial no final de 2015, num ato extremo do então presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, para defender-se, ele próprio, de acusações achapantes de corrupção e desvio de recursos públicos. E o ato decisivo para o afastamento da presidenta Dilma veio a ser praticado pelo Juiz Sérgio Moro. Em 16 de março de 2016, num gesto irregular autorizado por Moro, foram divulgados áudios de interceptação telefônica que deveriam estar resguardados por sigilo legal, envolvendo diálogo entre a presidenta Dilma e o ex-presidente Lula. Supondo que tal conversa representasse uma tentativa de obstrução da Justiça pela iminente nomeação de Lula

como ministro de Estado, o vazamento ilegal permitido pelo juiz Moro constituiu o elemento central de uma combustão político-midiática que redundou no inevitável afastamento da presidenta democraticamente eleita, sem que houvesse sombra de ato de responsabilidade e justificar a sua deposição em termos constitucionais.

Sucedee que, em matéria de transgressões institucionais, um erro leva a outro. É assim, com a previsível candidatura do ex-presidente Lula às eleições presidenciais de outubro de 2018 e levando-se em conta o seu favoritismo no pleito, mais uma vez o juiz Moro dispôs-se a exceder as suas competências e a subverter paradigmas jurídicos para alcançar objetivos políticos aos quais se vinculava. Assim, com a extravagante aceleração de procedimentos e o desprezo a ritos processuais imprescindíveis em causas penais, em julho de 2017, Sérgio Moro sentenciou Lula por suposta obtenção de vantagens na reforma de um apartamento que jamais integrou o patrimônio do ex-presidente. Para tanto, Moro recorreu a um controvertido depoimento do delator Léo Pinheiro, ex-presidente da empreiteira OAS, que antes de obter benefícios legais se recusara peremptoriamente a implicar Lula em irregularidades, mas uma vez condenado a pena pesadíssima, veio a ceder em sua versão original, passando a gozar de uma impressionante redução de cerca de quase 90% da pena inicialmente a ele imposta. A condenação de Moro foi sucedida por julgamento de recurso em tempo recorde pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), a confirmar e até agravar os termos da pena aplicada ao ex-presidente. Mais adiante, o Supremo Tribunal Federal (STF) negou Habeas Corpus que deveria beneficiar Lula, negando permissão para que ele respondesse o processo em liberdade até o julgamento final de seus recursos aos tribunais superiores em Brasília. Tais julgamentos colegiados foram marcados por uma extraordinária pressão midiática, com transmissões ao vivo e intimidações diversas, incluindo uma mensagem ameaçadora do Comandante do Exército em rede social. A condenação de Lula num processo tão frágil do ponto de vista jurídico e a consumação de sua prisão, afinal, em abril de 2018, só foi possível devido a essa aliança anômala entre Justiça e poder midiático, que expôs a imagem do ex-presidente à execração pública quando de sua abusiva condução coercitiva para depoimento em março de 2016, determinada por Sérgio Moro, o que certamente contribuiu muito para desestabilizar o prestígio político do governo federal, impulsionando também o impeachment da presidenta Dilma.

Após a prisão do ex-presidente Lula, já se considerava a toda evidência que a Operação Lava Jato assumira um papel político indisfarçado e que o juiz Sérgio Moro extrapolara gravemente suas restrições funcionais como juiz. Mas um derradeiro capítulo da trajetória jurisdicional de Moro tornaria absolutamente escancarada a sua parcialidade, contaminando a credibilidade de sua atuação pretérita e minando a aura

de isenção e virtuosa intencionalidade do seu trabalho judicante. Em 1º de outubro de 2018, às vésperas da eleição para a presidência da República que contrapunha o líder da extrema direita em ascensão, Jair Bolsonaro, ao candidato do PT, Fernando Haddad, que substituíra Lula na chapa eleitoral, devido a um impedimento mais uma vez imposto pela Justiça, em controvertida decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em pleno clima acirrado de campanha política, o ainda juiz Sérgio Moro divulgou o texto de uma colaboração premiada do ex-ministro da Fazenda e da Casa Civil de governos petistas Antonio Palocci, causando sérios prejuízos às pretensões da candidatura do partido, o que levou, dentre outros fatores, à vitória da candidatura de Jair Bolsonaro.

O epílogo dessa narrativa traduz-se numa demonstração grosseira de troca de favores com finalidade política, exatamente um mês após a prática de tal ato judicial que resultou em nítido proveito ao êxito eleitoral de Jair Bolsonaro, nos dois turnos da eleição presidencial, quando Sérgio Moro foi anunciado, em 1º de novembro de 2018, como ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública do novo governo, o que o levou a desligar-se da magistratura no mês subsequente, permanecendo à frente da função executiva até abril de 2020.

Tais circunstâncias já sinalizavam, portanto, que o ex-juiz condicionara a sua atuação jurisdicional a uma agenda claramente orientada a propósitos e resultados políticos que obscureceram a idoneidade de seus pronunciamentos judiciais, sobretudo nos processos relacionados ao ex-presidente Lula, liderança maior e simbólica do Partido dos Trabalhadores e dos governos petistas.

Todavia, não havia ainda um conjunto de evidências que demonstrassem, de uma vez por todas, que de fato o seu papel na Operação Lava Jato fora deturpado intencionalmente e em plena consciência. Tampouco se sabia da existência de um canal permanente de comunicação e entendimentos entre o juiz e a acusação, representada pelo Ministério Público Federal e seus procuradores da República componentes da força-tarefa da Lava Jato (FTLJ). Presenciara-se, é verdade, constrangedores atos de desrespeito e intimidação às prerrogativas da defesa do ex-presidente, inclusive em despachos e audiências. Mas não se tinha conhecimento do convívio institucionalmente promíscuo entre autoridade julgadora e parte acusadora.

Até que surgiram os vazamentos divulgados pelo Intercept Brasil, que detonaram o escândalo conhecido como Vaza Jato. A partir de 9 de junho de 2018, o site passou a divulgar reportagens, posteriormente compartilhadas com o jornal Folha de S. Paulo e com a revista Veja, cujo conteúdo transcreve diálogos que revelam a troca indevida de colaboração entre o então juiz Sérgio Moro e os procuradores da Lava Jato. Nas mensagens trazidas a público, ao menos em relação aos processos do ex-presidente Lula, Sérgio Moro antecipa decisões; compartilha arquivos de despachos

e minutas; revisa peças acusatórias; indica testemunha para colaborar com a acusação; privilegia os representantes do Ministério Público com informações estratégicas e vitais ao andamento do processo, sem franqueá-las à defesa do réu; comenta o desempenho técnico dos procuradores, com o intuito de aprimorá-lo; celebra insucessos da defesa; comemora a frustração de iniciativas de interesse do ex-presidente; planeja a divulgação midiática de decisões e medidas favoráveis à acusação; compartilha informação sobre suposta cooptação de ministro do Supremo Tribunal Federal pelas teses da acusação; promove aconselhamentos ao Ministério Público; e tece comentários sobre a andamento da Operação Lava Jato, como se dela fosse o verdadeiro chefe e líder, desconsiderada a sua peculiar condição de magistrado.³⁴⁰

Diante desse quadro, a atitude do ex-juiz Sérgio Moro alternou entre a contestação formal da veracidade das mensagens e a impugnação de ter havido irregularidades em seu conteúdo. Essa ambivalência permite que se avalie, ao menos, a pertinência das conclusões sobre o conteúdo das matérias, haja vista que até mesmo o ex-juiz já o fez. Essa avaliação fica condicionada, evidentemente, à confirmação ou admissão definitivas da autenticidade dos diálogos revelados.

Nesses termos, é possível constatar que, aconteça o que acontecer doravante, a considerar pelas revelações já trazidas ao conhecimento público pelo site Intercept Brasil, a imagem de Sérgio Moro, sob o ângulo da ética judicial, já se encontra absolutamente exaurida. O ex-juiz assumidamente desconsidera paradigmas essenciais à integridade do exercício da função judicante, ao demonstrar o intento de naturalizar desvios inaceitáveis à condição imparcial que constitui a matriz da atuação de qualquer magistrado.

Ao contrário do que se pode erroneamente supor, a Lava Jato não pode aspirar ao status de instância independente de poder, sobrepondo-se às instituições constitucionalmente estruturadas, assim como não tem o condão de confundir as competências absolutamente definidas de juízes, procuradores e policiais. No entanto, sob a consagração populista e midiática, na prática a Lava Jato foi entronizada com tais degenerados atributos e gerou o embrião das disfunções agora reveladas em grande extensão.

Mesmo provocado como desdobramento de investigações no âmbito da Operação Lava Jato, o Poder Judiciário deveria agir nos seus limites típicos e com a reverência aos predicados constitucionais traduzidos em direitos fundamentais da defesa previstos na Constituição da República. A inobservância desses ditames fundamentais, como evidenciado pelo teor dos diálogos revelados pelo Intercept Brasil,

³⁴⁰ A íntegra de tais mensagens encontra-se no link: <https://theintercept.com/series/mensagens-lava-jato/>

implica a constatação de ter sido instaurado em Curitiba um juízo de exceção, ao menos no processo que resultou na condenação e prisão do ex-presidente Lula por pretensas corrupção e lavagem de dinheiro em relação a vantagens que teria recebido para reforma de apartamento tríplice no município do Guarujá, o que deve conduzir, inelutavelmente, sob critérios jurídicos, à nulidade da pena respectiva.

Especificamente quanto à conduta do ex-juiz Sérgio Moro, é forçoso verificar a incompatibilidade dos atos praticados - de acordo com as revelações recentes, mas também à luz dos indícios já sabidos anteriormente e descritos acima - com os requisitos básicos da ética judicial. Isso emerge do cotejo de diversos diplomas nacionais e internacionais, conforme adiante será demonstrado.

Não resta mais dúvida, ante os fatos detalhadamente aludidos, que o ex-juiz Sérgio Moro transgrediu a expectativa de agir com imparcialidade, no contexto da Operação Lava Jato, ao menos no citado processo que resultou na condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. E, ao fazê-lo, cometeu o ex-magistrado infração ética de suma gravidade.

A imparcialidade é o primeiro dos deveres e compromissos de todo juiz. Isso significa que o exercício da função judicial deve abominar a fixação de um resultado pré-determinado, muito menos perseguí-lo ou colaborar para o seu alcance. Um juiz se legitima pelo seu procedimento, não pelo resultado que alcança, pois este será necessariamente parcial e não aproveitável pela sua posição, que por definição é sempre imparcial.

Não se conclua daí haver presunção de neutralidade do juiz na apreciação de litígios e conflitos. Neutralidade e imparcialidade são categorias distintas. O juiz necessariamente carrega consigo concepções, experiências e ideias que influenciam sua visão e sua apreciação dos fatos e das circunstâncias. Por isso, a neutralidade judicial é um mito ilusório. Não obstante, o magistrado deve ser fiel ao rigor das regras processuais, das normas de direito material e da imprescindibilidade da existência de provas e elementos materiais para fundamentar seus julgamentos. E não pode o juiz ignorar ou menosprezar a observância e a construção de fundamentação técnica coerente e sólida em suas decisões, sob pena de sobrepor seu livre convencimento à obediência ao ordenamento jurídico vigente e aos limites formais que seu cargo impõe. Assim, considera-se que o juiz deva ser imparcial, indispensavelmente.

Ser imparcial, por conseguinte, significa respeitar regras e observar limites. Dessa forma, o juiz se legitima. Caso contrário se desmoraliza e perde a sua autoridade. Sérgio Moro não foi um juiz imparcial. Por essa razão, violou a ética judicial. No contexto da glorificação heróica de sua conduta e do clamor das ruas em favor de uma condenação penal do ex-presidente Lula e da deposição da presidenta Dilma,

caberia ao magistrado, para legitimar e justificar o seu papel, que tem fonte estatal e não pessoal, justamente, manter um rigoroso distanciamento das partes - de ambas - e zelar pelo resguardo de uma condução sóbria, equilibrada e sobretudo imparcial. Mas ele não o fez: ao contrário, declarou sentir-se tocado com o apoio obtido em manifestações, e mais: manobrou ativamente pelo impeachment da presidenta Dilma e pela condenação rápida com consequente cerceamento de direitos políticos do ex-presidente Lula, para que ele não pudesse concorrer às eleições presidenciais de 2018. Além disso, Moro interferiu drasticamente no processo político-eleitoral da campanha daquele ano, ao divulgar intempestivamente uma delação premiada do ex-ministro Antonio Palocci, dias antes do pleito, aceitando, menos de 30 dias após um cargo político de ministro de Estado no governo chefiado por Jair Bolsonaro, candidato obviamente favorecido na disputa pela manobra executada pelo ex-juiz, quando ainda no cargo de magistrado. Torna-se impossível, ante tais circunstâncias, desprezar a afronta severa sofrida pelo pressuposto de imparcialidade exigível no escrutínio de conduta de qualquer magistrado.

No Brasil, os fundamentos constitucionais da imparcialidade judicial derivam da obrigatoriedade de observância do devido processo legal (art. 5º, inciso XIV) e realçam a proibição de juízos de exceção (art. 5º, inciso XXXVII). No Código de Processo Penal, a imparcialidade é um requisito sem o qual deve-se proclamar a suspeição, sob pena de perda da validade do processo. O aconselhamento de parte no processo é uma das hipóteses de suspeição especificamente enumerada no art. 254 do diploma. Já o Código de Ética da Magistratura Nacional em vigor, aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2008, proclama, logo em seu art. 1º, que: “O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro.” E não bastassem tais peremptórias advertências no sentido que exigir o resguardo da não parcialidade, em diversas dimensões, o referido Código ainda acrescenta o seguinte: “Art. 8º 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. Art. 9º Ao magistrado, no desempenho de sua atividade, cumpre dispensar às partes igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação”.

Tais determinações constantes no ordenamento jurídico brasileiro estendem ao Poder Judiciário, inclusive na esfera penal, mecanismos de regulação da conduta de auto-

ridades estatais, numa perspectiva vinculada à ética pública, para fomentar o controle social da sua atuação e da tomada de decisões dos seus respectivos agentes públicos. Essas normas éticas destinam-se a assegurar honestidade, impessoalidade, independência, imparcialidade, lisura, moralidade e transparência como requisitos que também devem ser considerados na construção do modelo ético de postura e desempenho dos juízes. Isso decorre da noção de que os magistrados, em seu cotidiano profissional, precisam observar elementos éticos indispensáveis à manutenção da credibilidade não apenas de suas atividades individuais senão também da própria instituição judicial que integram.

Convém acentuar que o fundamento teleológico de um sistema de justiça independente e imparcial repousa na responsabilidade de defesa dos direitos dos cidadãos e da integridade democrática. De nada adianta a existência de leis justas se o Poder Judiciário não estiver dotado das condições imprescindíveis para aplicá-las segundo critérios técnicos e interpretativos autenticamente isentos.

Não há dúvida quanto à proeminência de tais princípios na obtenção da confiança pública em qualquer sistema judicial, conforme assinala de maneira clara o preâmbulo da proclamação dos Princípios de Bangalore sobre Ética Judicial, documento paradigmático sobre o tema no plano internacional. A autoridade legal e até mesmo a integridade constitucional dependem, em grande medida, da respeitabilidade moral infundida pelos magistrados perante a sociedade.

É certo que o exercício da função judicial somente adquire o reconhecimento de plena independência se o magistrado se conservar alheio e livre de influências externas, pressões, ameaças ou interferências, diretas ou indiretas. Assim preconizam o documento de Bangalore (itens 1.1 e 1.2) e também o Código Iberoamericano de Ética Judicial (art. 3º), atentos à necessidade vital de distanciamento do julgador em relação aos interesses em disputa na esfera judicial sob a sua responsabilidade decisória.

Por outro lado, fica patente o imperativo de afastar a performance judicial de qualquer sombra de contaminação por favorecimento de uma das partes envolvidas no litígio; suspeição do magistrado; ou incidência de discriminação ou preconceito perante qualquer das partes. Assim indica o texto de Bangalore (itens 2.1, 2.4, 4.14 e 5.2), inclusive relacionando a imparcialidade com o requisito da igualdade de tratamento das partes. E, no mesmo sentido aconselha explicitamente o Código Iberoamericano (arts. 10 e 14), este ao estabelecer que o juiz imparcial rejeita qualquer tipo de comportamento que reflita predisposição ou favoritismo em suas decisões. É também pressuposto de um sistema judicial genuinamente comprometido com a ética uma constante e ativa postura de transparência quanto às condições pessoais incidentes sobre o juízo de independência e imparcialidade dos magistrados.

A posição que o magistrado ocupa no palco processual não pode ser outra, senão a de vértice equidistante das partes. Jamais pode haver polarização indevida, com a conjugação de esforços entre juiz e Ministério Público acusador, em detrimento da defesa processual de um réu, seja ele quem for. Além disso, os atos processuais do juiz precisam ser calculados e aquilutados de forma a conservar a paridade de armas entre os contendores no processo.

As revelações de relações impróprias entre o ex-juiz e acusadores da Operação Lava Jato constituem, ademais, conduta viciada pelo abuso de poder, alimentadas pela arrogância e desfaçatez tão nocivas à liturgia desejável na esfera do Poder Judiciário. De uma vez por todas, as revelações sobre a atuação deletéria de Sérgio Moro como magistrado devem ensinar os agentes do Estado brasileiro, definitivamente, que os fins não justificam os meios e que a potencialização de instâncias paralelas de poder nunca serão a solução para os problemas éticos tampouco para os desafios sociais.

Se dúvida ainda houvesse sobre a integridade de Sérgio Moro como juiz, sua migração para o Ministério da Justiça - ao cabo de uma eleição inegavelmente afetada pela sua atuação como magistrado - trouxe uma lastimável evidência desabonadora, que nos induz a uma profunda reflexão sobre a importância de preservação da imparcialidade como pedra de toque do sistema judicial e da perspectiva republicana de um pacto político-institucional minimamente fundado em princípios democráticos.

O caminho mais seguro para frustrar o combate à impunidade de criminosos consiste precisamente no cometimento de excessos que maculem as punições aplicadas, confundindo penas legítimas com meras perseguições oportunistas. Sérgio Moro, antes tido como juiz-modelo, tornou-se agora, no cotejo da ética judicial, um perseguidor arbitrário, sedento de glória e poder, afastado da essência de sua sagrada função de magistrado, por ter contaminado o principal julgamento de sua carreira com a pecha vergonhosa da parcialidade e da degradação.

Dessa análise técnica dos pressupostos imprescindíveis à ética judicial, à luz das normas constitucionais e legais brasileiras e da disciplina do Código de Ética da Magistratura Nacional e dos preceitos constantes do Documento de Bangalore sobre Ética Judicial e do Código Iberoamericano de Ética Judicial, podemos afirmar que as atitudes do ex-juiz Sérgio Moro à frente da 13ª Vara Federal de Curitiba, no particular em relação à instrução e julgamento do processo criminal em que é réu o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em que houve condenação do réu por supostos benefícios com a reforma de um apartamento tríplice no Guarujá, violaram regras essenciais de imparcialidade que maculam suas decisões, afetando a validade processual e implicando em perspectiva de nulidade processual.

Uma atividade judicial que se incline e penda para a parcialidade, seja qual

for a justificação apresentada ou suposta para a inequívoca ocorrência de suspeição, corrompe necessariamente os resultados alcançados, desnatura a identidade do Poder Judiciário e contamina a instituição judicial como um todo. Julgamento eivados de imparcialidade não devem prosperar, sob pena de fomentar o arbítrio, que é a própria negação do equilíbrio ínsito ao dever do juiz. A sentença proferida por Sérgio Moro na ação penal movida pelo Ministério Público Federal deve ser tida como nula, precisamente por traduzir uma situação clássica de suspeição do juiz.

Moro e a Vaza Jato – cooperação mais do que selvagem

Em 22 de julho de 2015 o noticiário repercutiu de forma bombástica a denúncia oferecida pela Força-Tarefa de Curitiba contra cinco executivos da Odebrecht. Em mais uma de suas famosas coletivas, a Lava Jato descreveu em detalhes os documentos bancários recebidos da Suíça que confirmavam a realização de transações financeiras em contas não declaradas mantidas naquele país.

A incredulidade foi imediata: como as provas solicitadas formalmente às autoridades helvéticas aportaram no Brasil quando apenas se iniciava o rito formal para o atendimento aos pedidos de cooperação ativos formulados?

Com a vista dos autos descortinou-se que os documentos bancários foram enviados não em resposta a uma solicitação das autoridades brasileiras mas sim como anexos de um pedido formulado, pelas autoridades daquele país europeu, para que fossem colhidos depoimentos de alguns dos denunciados.

Na véspera do esgotamento do prazo para oferecimento da denúncia, o Ministério Público Federal apresentou ao Juiz Sergio Moro pedido de cooperação jurídica recebido da Suíça,³⁴¹ acompanhado de diversos documentos bancários que curiosamente vieram a servir de lastro às imputações lançadas na denúncia.

Vale rever como e de onde brotou, sem notícia prévia, semelhante requerimento

³⁴¹ Processo nº 5036309-10.2015.4.04.7000, Evento 1.

passivo.

Datado de 16 de julho de 2015, o pedido de assistência subscrito pelo Procurador Stefan Lenz continha singela inscrição de “Urgente!” em seu cabeçalho, muito embora nada requeresse senão a coleta de alguns depoimentos e a autorização para que fossem acompanhados pelos membros do Ministério Público da Confederação Helvética, com direito a fazer reperguntas.

Coincidência das coincidências, já no dia seguinte o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) encaminhou a carta rogatória passiva aos cuidados, duplamente, dos Procuradores da República Vladimir Aras e Deltan Martinazzo Dallagnol, o primeiro, Secretário de Cooperação Jurídica Internacional da Procuradoria Geral da República e o segundo, integrante da Força-Tarefa Lava Jato, agora estampando em letras maiúsculas os dizeres SIGILOSO e URGENTE.

Finalmente, no dia 20 do mesmo mês, por meio do Ofício 2567/2015/ACRIM/SCI/PGR, o Secretário de Cooperação Internacional em exercício fez chegar às mãos de seu colega Deltan Dallagnol o pedido de cooperação jurídica internacional, salientando “que o pedido tem previsão no art. 216-O, p. 2o., do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e Tratado de Cooperação em Matéria Penal, assinado entre Brasil e Suíça (Decreto 6.974/2009)”.

Ocorre que o pedido recebido das autoridades suíças não poderia ter sido encaminhado diretamente ao Ministério Público Federal do Paraná. De acordo com remansosa jurisprudência de nossas Cortes Superiores, e nos exatos termos do referido artigo 216-O, o requerimento passivo havia de ter sido submetido ao juízo de delibação de competência do Superior Tribunal de Justiça, e somente depois de eventual exequatur poderia ser de qualquer modo utilizado no Brasil.³⁴²

Isso porque a realização de oitiva de testemunhas, sobretudo quando solicitada a presença de investigadores ou procuradores estrangeiros em solo nacional, com direito a “fazer perguntas adicionais próprias”, há de ser precedida de concessão de exequatur. Trata-se do exemplo mais comum em que uma cooperação passiva depende do exame criterioso de um tribunal – o juízo de delibação – para ser implementada Brasil, na

³⁴² STJ, HC 114.743, trecho do voto da relatora Min. Jane Silva, j. em 11.12.2008.

medida em que pode afetar, potencialmente, a própria soberania nacional.³⁴³

Note-se que, antes da realização da análise da validade formal do requerimento rogado, será inclusive necessário intimar as partes atingidas para, querendo, no prazo de 15 dias, impugnarem o pedido de assistência (artigo 216-Q do RISTJ). Todavia, não foi esse o rito seguido no que diz respeito àquela carta rogatória oriunda do Cantão de Berna.

Em sentido diametralmente oposto, ao ser encaminhado diretamente ao Parquet Federal em Curitiba, o pedido suíço foi tratado pela Secretaria de Cooperação Internacional da Procuradoria-Geral da República como um auxílio direto passivo, o que não condiz com nossas regras internas em matéria de cooperação.

Pois bem. Em ao menos oito oportunidades as defesas buscaram esclarecer as misteriosas circunstâncias por trás da vinda dos documentos bancários da Confederação Helvética para o Brasil literalmente “atravessando” o rito processual suíço tão bem conhecido por qualquer advogado que tenha tido oportunidade de acompanhar procedimentos de cooperação jurídica entre os dois países.

As defesas sustentaram ainda a necessidade de desentranhamento dos documentos aportados aos autos com timing tão perfeito, literalmente às vésperas do oferecimento da denúncia, diante da manifesta burla à jurisdição do Superior Tribunal de Justiça concretizada com a remessa urgente do procedimento por Aras, então Secretário de Cooperação Internacional, a Dallagnol, em Curitiba.

Os indeferimentos se sucederam ao longo da ação penal.

Até aí, o deferimento ou indeferimento dos pedidos formulados pelas partes, desde que fundamentados, fazem parte do cotidiano forense. Ocorre que, nem mesmo os pleitos defensivos direcionados a elucidar como tal coincidência ocorrera, de forma que os acusados pudessem exercer o legítimo controle da legalidade da aquisição da prova, foram autorizados.

Destacou-se com todas as letras a incrível coincidência de tais documentos terem sido enviados pela Procuradoria suíça no dia 16 de julho, quando já se sabia de ante-

³⁴³ AgRg na CR 998-I, Ministro Gilson Dipp, j. em 06.12.2006; CR n° 5.279-PT, Ministro Ari Pargendler, decisão de 01.06.2011 e CR n° 4.890-NL, Ministro Presidente César Asfor Rocha, decisão de 24.06.2010.

mão que, em se tratando de investigados presos, o prazo improrrogável para oferecimento da denúncia se esgotaria no dia 24 seguinte.

Vale dizer: caso pretendesse usar tais papéis na inicial acusatória – como abundantemente o fez – a única opção para o Parquet brasileiro, seria provocar o suíço para que adotasse essa forma *sui generis* e manifestamente ilegal de encaminhamento de documentos.

Daí porque se afigurava inteiramente legítimo o pedido das defesas de “acesso à íntegra das eventuais mensagens trocadas diretamente entre os membros do Ministério Público Federal e o Procurador suíço Stefan Lenz, que tenham desencadeado o envio dos documentos bancários que compõem o Processo 5036309-10.2015.4.04.7000”, primordial para aferir se o envio desses documentos dias antes do prazo para oferecimento da denúncia se deu ou não por mera coincidência”.

E bem assim de todo equivocada a afirmação do insuspeito Juiz para indeferi-lo, aduzindo que “não há um direito de acesso à Defesa ao material de trabalho do MPF, incluindo comunicações por mensagens eletrônicas, assim como o MPF não tem direito de acesso ao material de trabalho da Defesa, salvo se houver justificativa concreta para a solicitação e não especulações da Defesa”.

Sucedede que o eventual envio ou recebimento de mensagens pelo Ministério Público Federal brasileiro que tenha incitado, acelerado, sugerido ou de qualquer forma gerado a aquisição de prova do exterior não é simples “material de trabalho do MPF”, mas exercício de função pública, em representação do Estado brasileiro!

De nada adiantou. O tempo passou e os documentos providencialmente recebidos pelo Ministério Público Federal permaneceram nos autos.

Em diversas oportunidades ao longo da ação penal, registrou o juiz que “as provas materiais principais” do processo eram justamente os documentos bancários anexados ao pedido de cooperação encaminhado pela Suíça ao Brasil em 16 de julho de 2015. Mais ainda, ao prestar informações complementares ao Ministro Teori Zavascki em sede de habeas corpus, consignou que o segundo decreto de prisão contra os executivos da Odebrecht deveu-se “principalmente” à chegada desses mesmos documentos bancários suíços.

Daí porque, ao longo de todo o processo, as defesas insistiram em elucidar a incrível “coincidência” que fez com que referidas provas caíssem de paraquedas no Brasil, como apensos a um pedido suíço para ouvir testemunhas, uma semana antes do prazo improrrogável para o oferecimento da denúncia contra investigados presos.

A “coincidência” tornava-se ainda mais curiosa em razão da inicial recalcitrância – seguida de negativas veementes – do Ministério Público Federal ao responder se havia formulado pedidos de cooperação dirigidos à Suíça, com a finalidade de alcançar aqueles mesmos documentos bancários que, “casualmente”, acabaram chegando por via oblíqua na rogatória suíça de julho de 2015.

De fato, custava a crer que a Força-Tarefa tivesse permanecido inerte frente às declarações do delator Paulo Roberto Costa, ainda nos idos de 2014, de que teria recebido depósitos de contas pretensamente vinculadas à Odebrecht na Suíça. A omissão da Procuradoria soava ainda mais estranha quando confrontada com as notícias de que procuradores de Curitiba realizaram duas viagens à Suíça, em novembro de 2014 e janeiro de 2015, com o propagandeado objetivo de angariar dados sobre hipotéticas contas da Odebrecht naquela confederação.

Tudo isso, porém, foi sumária e sistematicamente ignorado pelo insuspeito Magistrado. Com esteio no mantra de que “o processo é uma marcha para a frente”, o líder supremo da Operação Lava Jato passou mais de seis meses indeferindo seguidos pleitos das defesas para esclarecer o tema.

Acesso à eventual comunicação entre os Ministérios Públicos brasileiro e suíço que teria desencadeado o envio do pedido de cooperação para permitir a imediata transmissão da prova? Negado. Acesso aos pedidos de cooperação já expedidos à Suíça para, de qualquer forma, colher a mesma prova? Negado. Acesso às mensagens que permitiriam saber qual é a exceção – cuja existência foi informada pelas autoridades suíças – ao uso dos documentos para finalidade diversa das oitivas requeridas pela Procuradoria suíça? Negado.

E o processo marchava para a frente, ainda que às custas de atropelar a lei e da construção de muros impenetráveis a qualquer questionamento sobre a validade da prova.

Todavia, erguidos à custa do sagrado direito de defesa, esses muros haveriam de ruir. Em decisão de 19 de janeiro de 2016, o Tribunal Penal Federal da Suíça reconheceu

que foi ilegal o envio do pedido de assistência suíça que trouxe ao Brasil “as provas materiais principais” da ação penal.

Motivo? Exatamente o vício de que as defesas sempre suspeitaram, mas que o indeferimento das diligências necessárias a tanto não as deixou demonstrar: a “cooperação selvagem”, isto é, remessa de prova por via transversa, disfarçada como instrução de pedido suíço de inquirições no Brasil.

A decisão suíça não deixava dúvidas. Reconheceu que “a informação agora incluída no pedido de cooperação contestado, relacionada a contas do Apelante e, no particular, a prova apresentada com o pedido, vêm, então, obviamente, de procedimentos, a cujos autos as autoridades brasileiras haviam pedido acesso. Com isso, evidencia-se que a presente rogatória apelada não servia apenas aos objetivos da perseguição penal local, mas também para atender às diversas cartas rogatórias brasileiras e a seus objetivos”.

É exatamente o que caracteriza a “cooperação selvagem”: ato de produção de prova disfarçado de um pedido de cooperação jurídica internacional endereçado ao Brasil, em conexão com procedimento criminal, de forma a contornar os mecanismos próprios de cooperação jurídica internacional.

Traduzindo para linguagem coloquial o que aconteceu no caso: não podem as autoridades pedir com uma mão e tomar por debaixo dos panos com a outra. Ou sob a perspectiva do país estrangeiro, fingir que está analisando a legalidade e pertinência do requerimento oficial depois de já o ter atendido por via transversa, dando uma ajuda aos colegas do lado de baixo do Equador.

Em razão disso, a Corte suíça assentou que “a transmissão efetuada de documentos bancários às autoridades brasileiras foi ilegal, determinando que se fizesse obrigatoriamente novo processo rogatório, “ao longo do qual verificar-se-á a existência dos requisitos materiais para a concessão do auxílio judicial rogatório”.

Dessa forma, tendo a Justiça do país que coletou e entregou a prova ao Brasil declarado que a entrega foi ilegal, essa prova não poderia ser admitida em qualquer processo. Uma vez anulado – pela própria autoridade que compartilhou a prova – o ato que permitiu esse compartilhamento, não mais subsistia a causa, o título jurídico, a fonte sem a qual a prova não teria chegado aqui.

As defesas requereram o óbvio, o imediato desentranhamento da prova ilícita dos autos da ação penal, assim como o expurgo de todas as menções que a ela foram feitas ao longo do processo.

Afinal, a r. decisão estrangeira não dava margem a dúvidas: a forma pela qual as autoridades brasileiras obtiveram a prova foi considerada “ilegal” (“unzulässig”), “inadmissível” (“rechtswidrig”) e “ilegítima” (“unrechtmässig”).³⁴⁴ Assim, o nexó indissociável entre os documentos e o meio ilegal, inadmissível e ilegítimo de sua obtenção é o que basta para, perante nosso ordenamento jurídico-constitucional – e independentemente de qualquer diretriz da Justiça helvética sobre o assunto –, serem eles considerados prova ilícita.

Ao qualificar o envio dos documentos como “ilegal”, porque esse modo de “fornecimento de provas caracteriza uma forma de cooperação selvagem repudiada”, o Tribunal suíço fundou sua decisão no fato de que, “através de seu procedimento, o Apelado privou o Apelante do direito de se pronunciar, quanto à transmissão de seus documentos bancários, ao decorrer do processo rogatório”. Mais além, frisou que, com tal procedimento ilegal, afastou-se a “possibilidade de uma avaliação judicial da transmissão efetuada dos documentos bancários”, e inviabilizou-se “a proteção jurídica individual, prevista, contudo, no direito rogatório”.³⁴⁵

Não se tratou de um mero “erro procedimental na transmissão dos documentos” sem maiores consequências, como caracterizado pelo ex-Juiz. Quando o devido processo de cooperação foi driblado, ocorreu verdadeira afronta ao direito de defesa, ao duplo grau de jurisdição e à garantia do acesso à justiça pelos titulares da conta bancária. Tudo isso, claramente, afetou também o sigilo bancário daquelas pessoas. Todas essas garantias, por sua vez, de tão relevantes, fazem parte do rol de direitos e garantias individuais inscritos no artigo 5o de nossa Carta Política, sendo, portanto, cláusulas pétreas.

Nesse cenário, é impossível sustentar que “não se trata aqui de prova ilícita, ou seja produzida em violação de direitos fundamentais do investigado ou acusado”. Daí porque, em parecer elaborado especificamente sobre as consequências jurídicas da r.

³⁴⁴ Citação do jornalista Helio Gurovitz, disponível em <http://g1.globo.com/mundo/blog/helio-gurovitz/post/o-risco-calculado-de-moro.html>

³⁴⁵ Idem, p. 31.

decisão suíça para o processo em questão, os Professores Antonio Magalhães Gomes Filho e Mariângela Gama de Magalhães Gomes, após fielmente retratarem o conteúdo da r. decisão estrangeira, foram categóricos em afirmar “não ser possível falar, no caso, em mera irregularidade procedimental, cuidando-se, na verdade, de violação de direitos fundamentais, cuja consequência, no direito brasileiro, é a inadmissibilidade processual dos elementos de prova obtidos.”

Mas não é só. Ao estabelecer “que o Apelado (o Ministério Público Suíço) deveria ‘iniciar retroativamente o procedimento correto de cooperação mútua’”, a decisão suíça destacou que “ao longo” desse procedimento é que “será analisado o cumprimento dos requisitos materiais para a concessão do auxílio jurídico requerido”.³⁴⁶ Caso, ao final desse “procedimento correto de cooperação”, os requisitos fossem julgados presentes, somente então “a transmissão maculada de provas estaria restaurada”.

Ou seja, apenas ao final do novo processo rogatório a violação às garantias individuais poderia ser suprida ou sanada.

Não é preciso muito esforço para perceber que, se exclusivamente ao fim do “procedimento correto” a “transmissão maculada de provas estaria restaurada”, ela permaneceria sendo ilegal até que isso porventura viesse a ocorrer. E, enquanto sua obtenção permanecer ilegal, com a supressão dos direitos e garantias fundamentais acima mencionados, a prova continuará sendo ilícita.

A situação retratada era bastante grave: os documentos bancários foram encaminhados ao Brasil via rogatória passiva, contornando o rito previsto em lei para a obtenção dessa mesma prova, ou seja, sem aguardar a prolação de uma decisão favorável nos pedidos de assistência ativos encaminhados por nosso país à Confederação Helvética com este fim que ainda estavam pendentes.³⁴⁷

Confrontado com essa insofismável realidade, Moro indeferiu o desentranhamento

³⁴⁶ Evento 1.317, out3, fl.34.

³⁴⁷ Conforme reconheceu o Tribunal Penal Federal em Belizona (anexo 06) “O Apelante enviou também outras cartas rogatórias das autoridades brasileiras do ano de 2014 ao Apelado (vide act.17.4., 17.6-17.8). Todas têm por objetivo específico o bloqueio de contas bancárias conhecidas ou a identificação de contas bancárias ainda desconhecidas na Suíça, através das quais foram transferidos os pagamentos de suborno aos ex-diretores da Petrobras (nominalmente mencionados foram Costa e Duque). Foi rogada repetidamente a transmissão de documentos bancários, que possibilitassem a reconstrução precisa das operações monetárias e a constatação de crimes comuns à Suíça e ao Brasil.”

da prova obtida por meio declarado ilegal, enxergando na ilicitude proclamada mero erro procedimental do país estrangeiro.

Optou o ambicioso Magistrado por não aguardar o eventual e incerto saneamento do ato pela autoridade estrangeira, ao argumento de que: “Não faz, por outro lado, sentido aguardar que a irregularidade procedimental seja sanada na Suíça se, pela decisão da r. Corte daquele país, isso aparenta ser certo e se não foi imposta por ela tal condição para que as autoridades brasileiras continuassem a utilizar os documentos. Havendo ainda, no processo local, acusados presos, menos ainda sentido faz aguardar mais tempo.”

De outro lado, mantém o uso da prova porque há no processo réus presos – como se isso fosse um ônus que lhes retirasse, além da liberdade, também o direito de serem julgados com base somente em provas idôneas. Um absurdo já que a privação da liberdade só reforça a imperiosa necessidade de se respeitarem os direitos individuais. Não o contrário, como fez o magistrado.

O tempo passou e os acusados restaram condenados a uma elevadíssima pena corporal. Tendo sido beneficiados por habeas corpus concedido pelo Supremo Tribunal Federal, ao menos puderam negociar seus acordos de colaboração em prisão domiciliar, e não mais no cárcere.

A questão da ilegalidade flagrante na obtenção de provas via cooperação jurídica internacional jamais passou da primeira instância. Assim como tantas outras ficou enterrada sob o manto dos acordos de delação firmados.

E então veio a Vaza Jato.

Como se estivéssemos diante de um exercício de apostila em que é preciso preencher lacunas, o famoso fill in the blanks, as mensagens trocadas entre o outrora Magistrado Federal e o procurador chefe da Força-Tarefa revelam a mais não poder um trabalho em equipe para acobertar a manobra realizada com a nobre finalidade de permitir a utilização da prova obtida ilegalmente.

Mais ainda, revelam também que o expediente adotado contava com a ciência do Secretário de Cooperação Internacional mas não com sua aquiescência, eis que por diversas vezes Aras advertiu o colega Dallagnol sobre os riscos inerentes à quebra das

regras de cooperação internacional, que em episódios recentes tinham custado o resultado de investigações importante e que poderia macular a reputação das autoridades brasileiras.

Os diálogos por mensagem reportados em matéria da Agência Pública de julho de 2020, em parceria com o Intercept Brasil, são de ruborizar qualquer leitor.

No dia 09 de outubro de 2015, em uma longa mensagem às 20h56, diz Vladimir Aras: “Delta, como já conversamos, essa investigação dos americanos realmente me preocupa. Fiquei tranquilo quando vc garantiu que esse grupo de americanos não fez investigações em Curitiba quando esteve aí. Você sabe que eles têm poucas limitações para uso de provas lá. Mesmo as obtendo de maneira menos formal no exterior, eles podem usá-las válida e te em alguns casos. Daí o meu receio inicial, já que o MPF e a SCI não podem permitir isso sob pena de gerar decisões contrárias ao auxílio direto e à autonomia do MPF nas medidas de cooperação internacional passiva e ativa. Como te disse na segunda, o MRE mencionou até a possibilidade de ‘abalo nas relações bilaterais’, escreveu.

Em outra passagem, outro procurador chega a dizer para os americanos que é importante tomar cuidados com as formalidades pois alguns advogados podem reclamar, especialmente os da Odebrecht, que já vem questionando nossa cooperação com a Suíça for nothing: “Eu pessoalmente não acho que esta é a melhor opção porque haverá alguns advogados, como os da Odebrecht, que vão ficar sabendo deste procedimento (advogados falam uns com os outros, especialmente neste caso!) e vão reclamar”.³⁴⁸

Rebobinando mais um pouco a fita, é possível conferir em matéria veiculada pela Revista Veja em 05 de julho de 2019,³⁴⁹ também em trabalho conjunto com o Intercept Brasil, escandalosa troca de mensagens entre Dallagnol e ninguém menos do que o Juiz da causa. A data emblemática do diálogo corresponde à data da petição que encartou aos autos da ação penal a decisão suíça que invalidou a prova, ao concluir pela ocorrência de uma cooperação selvagem.

³⁴⁸ Trecho do rascunho de e-mail que a ser enviado ao então chefe da Unidade de Anticorrupção do Departamento de Justiça Americano, Patrick Stokes, em 13 de outubro de 2015. In: Como a Lava Jato escondeu do governo federal visita do FBI e procuradores americanos. Agência Pública. Publicado em: 12 de março de 2020. Disponível em: <<https://apublica.org/2020/03/como-a-lava-jato-escondeu-do-governo-federal-visita-do-fbi-e-procuradores-americanos/>>.

³⁴⁹ Novos diálogos revelam que Moro orientava ilegalmente ações da Lava Jato. Veja. Publicado em 05 de julho de 2019. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/dialogos-veja-capa-intercept-moro-dallagnol/>>.

Em 02 de fevereiro de 2016, Moro avisa Deltan via Telegram da manifestação das defesas “sobre aquela questão”. Avisa ainda que vai abrir prazo de 3 dias para manifestação da Força-Tarefa.

Tal sua neutralidade e equidistância que no dia seguinte cobra pronunciamento do MPF: “Quando será a manifestação do mpf?”, recebendo a seguinte resposta de seu comparsa Delta: “Estou redigindo, mas quero fazer bem feita para já subsidiar os HCs que virão. Imagino que amanhã, no fim da tarde.”. Em 4 de fevereiro, Deltan volta a dar satisfações ao juiz: “Estou acabando, mas vai passar por outros colegas. Protocolamos amanhã, salvo se for importante que seja hoje. Posso mandar, se preferir, versão atual por aqui, para facilitar o preparo de decisão”, mas Sérgio Moro é complacente “pode ser amanhã”.

No dia seguinte, o procurador não se faz de rogado e envia por mensagem uma minuta da contestação para que o juiz possa ir antecipando sua decisão “para protocolar a peça, estou no aguardo de informações da Suíça, sobre os requisitos para deferimento do pedido passivo. Há alguma exigência de prazo? Envio a peça quase pronta, em docx, para caso precise adiantar algo”. Em resposta, o juiz alerta “O prazo é hoje. 3 dias. Não deixe passar pois é importante” e o procurador acata “Estamos protocolando”.

Na visão dos jornalistas que assinam a matéria a relação revela promiscuidade indecorosa, eis que o juiz não faz parte da equipe da acusação. Infelizmente nossas Cortes não tiveram oportunidade de se manifestar sobre essa e tantas outras relações promíscuas, e suas consequências para a higidez do processo penal.

Por fim, em mais uma reportagem da série da Vaza Jato que se debruçou sobre o tema da cooperação jurídica internacional, publicada em setembro de 2019, jornalistas do UOL e do Intercept Brasil analisaram mensagens trocadas no Telegram entre o Procurador-Chefe da Lava Jato, Deltan Dallagnol e um servidor público, em que a Lava Jato pediu a alteração de documento para atribuir a remessa do pen drive a canal oficial com a Suíça.³⁵⁰

³⁵⁰ Risco Calculado, disse Dallagnol sobre uso de prova ilegal em prisão. UOL Notícias. Publicado em 27 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/09/27/lava-jato-usou-provas-ilegais-do-exterior-para-prender-futuros-delatores.htm>>

Vale como nota de rodapé, todavia, uma breve referência acerca dos reflexos de desvios de conduta dos integrantes do Ministério Público suíço em eventos correlatos.

Stefan Lenz, o procurador que encaminhou o providencial pedido de depoimentos ao Brasil, tão bem instruído com documentos bancários que as autoridades brasileiras tentavam obter pelas vias legais, é hoje advogado em Berna. O pedido para colher depoimentos no Brasil que apresentou em julho de 2015 jamais foi sequer implementado, deixando ainda mais patente que sua finalidade única era dar uma mão às contrapartes brasileiras.

Sua saída do Ministério Público Suíço em outubro de 2016 foi tumultuada, sobejam notícias de sua ruptura com o Procurador Geral Michel Lauber. Dentre os muitos casos em que atuou ao longo dos 14 anos em que integrou o OAG, especialmente didático é o processo em face de Holenweger, executivo que ganhou fama como um lobista que corria o mundo pagando propinas em nome da empresa francesa Alstom. Holenweger chegou a ser condenado em outras jurisdições mas fato é que na Suíça foi absolvido em abril de 2011 em razão de desvio na investigação, a equipe da Procuradoria se valeu de investigadores estranhos ao corpo funcional. Foi uma derrota significativa para Lenz.

Lauber, por sua vez, enfrenta hoje processo de impeachment em razão de condutas heterodoxas em sua atuação à frente do caso FIFA, que tanta comoção causa nos países que vibram com o futebol e com a Copa do Mundo.

No Brasil até o presente momento já foram instaurados 50 procedimentos disciplinares contra o procurador Deltan Dallagnol. Moro, que a sua maneira integrava a Força-Tarefa Lava Jato, hoje busca dela se desincompatibilizar.

Quando a parcialidade é extraterritorial, tudo se explica

CAROL PRONER

Introdução

Durante o corrente mês de julho de 2020, às vésperas do julgamento do Habeas Corpus de número 164.493/PR, impetrado em favor do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e suspenso com pedido de vista desde dezembro de 2019, um grupo formado por seis centros de pesquisa de reconhecida relevância, pertencentes a importantes universidades do país, decidiram consultar os pares, professores da área do direito e, por intermédio de uma pesquisa-questionário, submeteram perguntas a respeito da eventual “parcialidade do ex-Juiz Sérgio Moro na condução dos processos criminais instaurados em face do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e com repercussão no instituto da suspeição previsto no artigo 254 do Código Processual Penal”.³⁵¹

Os centros propositores justificam o interesse dadas as consequências do julgamento do que consideram um caso paradigmático, que poderá comprometer o entendimento a respeito do devido processo legal, restando implicados o instituto do cerceamento de defesa, a concepção de provas obtidas por meio ilícito, a relação de

³⁵¹ Participam do “Projeto Suspeição em Suspensão” o grupo “Teoria da Sociedade, Direito e Política”, da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ; o Núcleo de Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio, o CEDD - Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação”, da Universidade de Brasília - UnB, o Grupo de Pesquisa “Sistema de Justiça e Estado de Exceção”, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP; e o Grupo de Pesquisa “Direito, Sociedade Mundial e Constituição - DISCO”, da Universidade de Brasília - UnB e Grupo de Pesquisa sobre Teoria Crítica e Direitos Humanos do Instituto Joaquín Herrera Flores - América Latina IJHF-AL. https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLScJSo2BZZxCNg9uq7xlg8VcYmlP8fbbY1g8tiFD59Si_MQAbA/viewform?vc=0&c=0&w=1 (consultado em 25 de julho de 2020)

autonomia e equidistância entre juiz e fiscais do Ministério Público e os limites da investigação, a relação do judiciário com a mídia, a presunção de inocência, o dever de imparcialidade judicial e até mesmo a noção de justo processo.

O entendimento da 2ª Turma do STF neste julgamento afetarã não apenas a condição processual do paciente, mas a forma pela qual se interpreta a abrangência do artigo 254 do CPP, e no consignado em seu inciso IV, e é compreensível, até mesmo esperado, que a academia jurídica investigue a opinião dos pares em casos limites, com repercussão nos direitos fundamentais no campo da dogmática penal, do processo penal, do direito constitucional e dos direitos humanos.

Mas a repercussão vai além do direito pátrio e das garantias jurídicas estabelecidas no Código de Processo Penal. Os processos contra o ex-Presidente Lula são apenas parte de uma nova forma de abordar o processo penal e a condução das investigações criminais, inauguradas com as chamada “forças tarefa para o combate à corrupção”. Aqui a corrupção é entendida como “sistêmica transnacional” e, inspirada nas “task force” dos Estados Unidos, linguagem das forças-tarefa operacionais militares da Segunda Guerra, mas que, após a guerra fria, passam a ser adaptadas ao sistema de investigação criminal naquele país.

A Operação Lava Jato, neste sentido, guarda absoluta correlação com as práticas elaboradas e respaldadas pela extraterritorialidade norte-americana, que têm feito estragos mundo afora. Desde os anos 70, uma complexa teia de legislação vem sendo aprimorada com o fim de eliminar concorrentes, absorver empresas e expandir mercados por meio do combate à corrupção. A extraterritorialidade – como parte das guerras híbridas empreendidas por meio do direito – passa a ser um trunfo, assim estudada nas academias militares.

No caso do Brasil, mais que correlação, a Lava-Jato estabeleceu efetiva colaboração e em franca violação a tratado internacional. Desta forma, a legislação norte americana passou ser exercida para o deslinde dos casos, para o estabelecimento das delações, para a consecução dos acordos de leniência e as consequentes cláusulas de confidencialidade. Isso só foi possível dado o extremo zelo que agentes públicos brasileiros tiveram para garantir os interesses alheios, agravando a já impositiva extraterritorialidade por uma atuação duvidosa por meio de intercâmbio informal e atencioso aos interesses alienígenas.

Não foi só no Brasil que a extraterritorialidade impositiva foi percebida tardiamente. Na França, as multas bilionárias infligidas ao BNP Paribas (8,9 bilhões de dólares) e à Alstom (772 milhões de dólares), abriram os olhos dos franceses e motivaram a urgência de estabelecer um novo projeto de lei para combater a corrupção e evitar estes

problemas.³⁵² De acordo com o Deputado francês Pierre Lellouche “Estamos diante de um painel de legislações norte-americanas extremamente complexo, com uma intenção precisa, que é utilizar o direito para fins de imperium econômico e político a fim de obter vantagens econômicas e estratégicas”.

Lellouche apresentou às Comissões de Relações Exteriores e das Finanças da Assembleia Nacional de Paris um relatório da missão de informação sobre a extraterritorialidade do direito norte-americano, que pode ser acessado no site da Assembleia Nacional³⁵³ e este é subsídio para discutir um novo marco para prevenir, detectar e combater a corrupção, evitando a aplicação da extraterritorialidade, restringindo os métodos de combate à corrupção à legislação francesa invocando o princípio do non bis in idem e, por outro lado, guardando os valores de multa e sanções econômicas para o Tesouro francês. Esse projeto de lei, “Sapin 2”, relativo à transparência, à luta contra a corrupção e à modernização da vida econômica” é um bom exemplo que deveria ser seguido pelo Brasil.

Eis a razão de uma preocupação adicional a respeito do papel exercido pelo juiz dos processos contra o ex-Presidente Lula que, para além da absoluta flexibilização ou mesmo suspensão das garantias processuais, para além de como tratou a licitude das provas e o contraditório, também procurou, a todo o momento, apoiar a construção do conjunto de “convicção” a partir do envolvimento do ex-mandatário e da corrupção da empresa de petróleo.

O papel de Sérgio Moro desde 2008, quando prevaleciam os escândalos do caso Banestado e as delações do doleiro Alberto Youssef, estão muito associadas à evolução do que veio a ser a operação Lava-Jato. De lá pra cá, passando pelo Projeto Pontes,³⁵⁴ revelado pelo Wikileaks, o sistema de ferramentas e de colaboração para o combate

³⁵² De acordo com a reportagem de Jean-Michel Quatrepoint, publicado em 13 de abril de 2017, no *Le Monde Diplomatique*, em alguns anos, as companhias europeias transferiram cerca de US\$ 25 bilhões às diversas administrações norte-americanas: mais de US\$ 8 bilhões em razão do FCPA e US\$ 16 bilhões pelo não respeito às sanções econômicas. Desse total, a conta da França ultrapassa US\$ 12 bilhões. Somando-se as multas pagas a título de outros procedimentos, principalmente para os bancos, o total chega a mais de US\$ 40 bilhões. Isso evidentemente repercute na balança das transações correntes. <https://www.sul-sur.com/2017/04/estados-unidos-e-unilateralismo-em-nome.html>. Jean-Michel Quatrepoint, jornalista, é autor, entre outros livros, de *Alstom, scandale d'État* [Alstom, escândalo de Estado], Fayard, Paris, 2015

³⁵³ <http://www2.assemblee-nationale.fr/14/missions-d-information/missions-d-information-communes/mis-sion-d-information-commune-sur-l-extraterritorialite-de-la-legislation-americaine>

³⁵⁴ Seminário realizado em 2009, no Rio de Janeiro, dedicado a consolidar a aplicação bilateral de leis e habilidades práticas de contraterrorismo, e contou com a participação de juízes federais e promotores dos 26 estados brasileiros, além de 50 policiais federais. Também estavam presentes representantes do México, Costa Rica, Panamá, Argentina, Uruguai e Paraguai. Summary: An S/CT funded regional conference entitled “Illicit Financial Crimes” held in Rio de Janeiro during October 4-9, 2009, successfully brought together representatives from Brazil, s federal and state law enforcement community and countries from throughout Latin America. Integra do documento: https://wikileaks.org/plusd/cables/09BRASILIA1282_a.html

à corrupção, recomendado pelos agentes norte-americanos, efetivamente se aprimorou muito, entendendo até mesmo desnecessário cumprir tratados internacionais à risca.

Vejam os seguintes exemplos de evolução da extraterritorialidade pelo aprimoramento da legislação nos Estados Unidos e como esta tem de controle afeta indiscriminada e perigosamente a soberania de qualquer país que transacione com eles.

I. Foreign Corrupt Practices Act de 1977, o começo.

Tudo começa com o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) ou Lei de Práticas de Corrupção no Exterior, uma lei federal dos Estados Unidos datada do ano de 1977, aprovada com o fim de combater o suborno de funcionários públicos norte-americanos no exterior. Essa legislação, com alterações subsequentes, passou a ser a espinha dorsal da extraterritorialidade do direito norte-americano, submetendo empresas e Estados à jurisdição daquele país e chamando a atenção do mundo a respeito dos riscos de transformar boas práticas de combate à corrupção em armas normativas para absorver ou eliminar concorrentes e estender mercados.

Se, no início, o FCPA se destinava a companhias nacionais norte-americanas, com o tempo recebe emendas que permitem alcançar as empresas estrangeiras. A principal alteração se deu em 1998, quando as disposições anticorrupção também passaram a ser aplicadas às empresas e às pessoas estrangeiras que causem, diretamente ou por meio de agentes, atos de corrupção dentro do território dos Estados Unidos ou por empresas cujos valores forem administrados pelas bolsas de valores operadas dentro dos Estados Unidos ou que venham a participar, direta ou indiretamente, de operações indevidas com efeitos no território americano.

Conforme escopo definido oficialmente pela FCPA, a legislação proíbe, por exemplo, “o uso internacional dos correios eletrônicos ou qualquer meio que possa instrumentalizar o comércio interestatal de modo corrupto a promover qualquer tipo de pagamento, promessa de pagamento ou autorização de pagamento de valores ou qualquer coisa de valor para qualquer pessoa, sabendo-se que no todo ou em parte este dinheiro ou coisa de valor será oferecida, entregue ou prometida, direta ou indiretamente, a um funcionário estrangeiro com o fim de influenciá-lo na sua capacidade oficial, ou induzi-lo a fazer ou deixar de fazer um ato em violação a uma obrigação legal, ou assegurar qualquer vantagem inadequada para ajudar a obter ou reter negócios, ou

direcionar negócios a qualquer pessoa”.³⁵⁵

II. Patriot Act ou Lei Patriótica e a corrupção terrorista

A partir de “11 de setembro”, as alterações e ampliações à FCPA recebem um segundo enfoque ideológico-normativo que abre a possibilidade do uso combinado de legislação e instituições contra os considerados Estados “párias”, definidos estrategicamente como alvos para a imputação de sanções coercitivas unilaterais de amplo espectro e com fundamento na prevenção a ataques terroristas – como é o caso do Irã, da Venezuela, do Sudão.³⁵⁶ Pois bem, logo após os atentados de 11 de Setembro de 2001, George W. Bush aprova por decreto o Patriot Act ou Lei Patriótica (assinado em 26 de outubro de 2001) que permite medidas extremas conferidas aos órgãos de segurança dos Estados Unidos, como interceptações telefônicas e acesso a e-mails de organizações e pessoas supostamente envolvidas com o terrorismo internacional, sejam elas americanas ou estrangeiras, sem a necessidade de autorização especial da justiça.³⁵⁷

O título 3º do Patriot Act, “International Money Laundering Abatement and Financial Anti-Terrorism Act of 2001”, dedica-se a regular a prevenção, a detecção e a acusação de lavagem de dinheiro internacional e do financiamento ao terrorismo. A partir dessa prerrogativa excepcional, o sistema bancário passou a ser acionado por

³⁵⁵ <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. The Foreign Corrupt Practices Act of 1977, as amended, 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq. (“FCPA”), was enacted for the purpose of making it unlawful for certain classes of persons and entities to make payments to foreign government officials to assist in obtaining or retaining business. Specifically, the anti-bribery provisions of the FCPA prohibit the willful use of the mails or any means of instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of any offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of money or anything of value to any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given or promised, directly or indirectly, to a foreign official to influence the foreign official in his or her official capacity, induce the foreign official to do or omit to do an act in violation of his or her lawful duty, or to secure any improper advantage in order to assist in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person.

³⁵⁶ Um Estado pária ou estado vilão, segundo o direito internacional, é considerado como sendo aquele que atua ou se comporta de modo alheio ou contrário às normas convencionadas entre Nações e essa condição poderia fundamentar a adoção de medidas coercitivas como o isolamento internacional, embargos e sanções diversas e, no limite, até mesmo uma ingerência militar. Mas a consideração de um “estado pária” depende de um consenso da comunidade internacional ou mesmo de potências representativas, especialmente os membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU, e por meio de processos institucionais próprios. É o oposto da conduta unilateral, cada vez mais frequentemente adotada pelos Estados Unidos em absoluta contrariedade ao direito internacional.

³⁵⁷ Após várias prorrogações durante o governo de George Bush, em 27 de Julho de 2011, o presidente Barack Obama sancionou a extensão do USA PATRIOT Act, (“Lei Patriótica” nos jornais de língua portuguesa), por mais quatro anos - até 27 de julho de 2015. Em junho de 2015, várias provisões desta lei expirariam. O congresso então aprovou o USA Freedom Act, para substituir o Ato Patriota. Apesar de manter algumas provisões da antiga lei, o Freedom Act traz diversas mudanças, como de manuseamento de dados e quem pode guardar informações obtidas pela NSA.

meio de procedimentos preventivos de identificação e solicitação para o fornecimento de dados. Métodos para identificação de beneficiários, como “beneficial owner” e “payable-through accounts”, passaram a ser utilizados, bem como a requisição de comunicação entre agências e instituições financeiras, o controle de dados, de registros e requerimentos de relatórios das instituições que transitam valores, podendo ser autorizado até mesmo o bloqueio de bens e valores de pessoas físicas ou jurídicas no exterior acusadas de práticas de corrupção ou lavagem de dinheiro associadas ao terrorismo.

Entre as agências que receberam poderes estendidos pela Lei Patriótica, a principal foi a National Security Agency (NSA), Agência Nacional de Segurança dos Estados Unidos, entidade cujo histórico de atividades sempre fora discreto, mas que, após junho de 2013, com as denúncias de Eduard Snowden, revelou-se como a maior agência de espionagem do mundo.³⁵⁸

III. Dodd-Frank Act. Arrancar a declaração de culpa para fazer incidir a responsabilização extraterritorial.

Ainda, na ampliação do escopo da FCPA entre normas e entidades, é importante conhecer a “Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act”, ou “Dodd-Frank Act”, legislação federal aprovada após a crise do subprime, em 2007-2008, e que visa melhorar as normas e os padrões para o funcionamento do mercado financeiro americano. Com 16 títulos, 1500 seções e mais de 2300 páginas, a lei regula minúcias do mercado financeiro e tem como proposta central a diminuição da dependência dos bancos da esfera federal. No que nos interessa para o tema da extraterritorialidade, a nova legislação amplia as funções e os departamentos da “Securities and Exchange Commission (SEC)”, órgão semelhante à Comissão de Valores Mobiliários no Brasil, e cria o “Consumer Financial Protection Bureau (CFPB)”, o Bureau de Proteção Financeira ao Consumidor. Ambas as ampliações contribuíram, a partir de 2010, para a possibilidade de sanção de condutas que, nos Estados Unidos, fossem consideradas ilegais, atos de corrupção ou lavagem de dinheiro, mesmo que suas transações fossem realizadas fora do seu territórios e por agentes estrangeiros. As implicações avaliadas pela SEC, com impactos eventuais a consumidores, permitiram a construção de teses jurídicas de responsabilização de empresas de grande porte por atos cometidos e confessados por seus funcionários, legando ao acionamento, muitas vezes abusivo, da extraterritorialidade construída na teia imbricada de legislação e agências.

358 O plano de Vigilância Global e as Operações de Fonte Especial (SSO) foram realizadas em parcerias com empresas e agentes para empreender interceptação de dados contra empresas e governos, tendo como alvo também o Brasil.

IV. FATCA, JASTA e SWIFT, o sistema bancário a serviço da prevenção ao terrorismo.

Em 2013 surge a Lei de Conformidade Tributária de Contas Estrangeiras, ou “Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)”, lei federal norte-americana que prevê a obrigatoriedade de instituições bancárias estrangeiras fornecerem dados de seus correntistas às autoridades americanas, desde que esses correntistas sejam também cidadãos norte-americanos.³⁵⁹ Na prática, a FATCA deu ao fisco poderes extraterritoriais, de exigir de bancos estrangeiros a entrega de todas as informações sobre as contas e posses dos cidadãos norte-americanos, dos residentes fiscais norte-americanos e daqueles com dupla nacionalidade.

Para completar a trama de legislação federal da extraterritorialidade impositiva e sancionatória, em setembro de 2016 surge a lei Justiça Contra Patrocinadores do Terrorismo ou “Justice Against Sponsors for Terrorism Act (JASTA)”, que, conforme se autodefine, limita a imunidade soberana estrangeira, altera a Lei de Imunidades Soberanas Estrangeiras e a Lei Antiterrorismo, abrindo a possibilidade de pena de morte com relação a ações civis contra um estado estrangeiro por ferimentos, morte ou danos causados por um ato de terrorismo internacional. A JASTA autoriza os tribunais federais a exercer jurisdição sobre o apoio de qualquer estado estrangeiro a atos de terrorismo internacional contra um cidadão ou propriedade dos Estados Unidos, independentemente de esse Estado ser designado como promotor ou patrocinador Estatal do terrorismo.³⁶⁰

Por trás deste arsenal complexo e complementar, aparece uma legislação extraterritorial extremamente impositiva, que se vale de uma economia lastreada em dólar, do idioma contratual hegemônico, de um direito contratual com prevalência do common law em oposição ao direito escrito continental europeu e, como elemento estratégico de logística, de um sistema financeiro construído por intermédio de amarras e intercâmbios sob controle dos Estados Unidos e da prevenção ao terrorismo.

Vale mencionar o papel desempenhado pela utilização do Código Swift ou BIC (Bank Identifier Code) conectado à Sociedade de Telecomunicações Financeiras In-

³⁵⁹ Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)». www.treasury.gov.

³⁶⁰ A legislação, aprovada em 28 de setembro de 2016, sem oposição no Senado e por unanimidade na Câmara (anulando um veto do Presidente Obama), teve como objetivo de fazer permitir a continuação das demandas civis apresentadas por famílias de vítimas dos ataques de 11 de setembro contra a Arábia Saudita pelo suposto papel do governo no ocorrido, mas os efeitos práticos são amplíssimos, permitindo a extraterritorialidade contra governos párias, como é o caso das sanções unilaterais atribuídas por com cada vez mais frequente menção ao terrorismo internacional, tráfico de drogas e crimes transnacionais supostamente cometidos por funcionários públicos e até mesmo acusações contra o governante Nicolás Maduro.

terbancárias Mundiais, em inglês “Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication ou SWIFT”. Criada em 1973, a sociedade abarca 239 bancos de 15 países com o objetivo de interligar participantes e padronizar transações financeiras internacionais. O papel dos Estados Unidos no manejo do código SWIFT já foi e segue sendo fortemente questionado por governos europeus dado que, em 2006, descobriu-se a existência do chamado “Terrorist Finance Tracking Program”, criado no âmbito da política de Guerra ao Terror” com a finalidade de rastrear terroristas. Um software ligado ao programa permitia ao governo norte-americano acessar quaisquer informações sobre transferências bancárias na base de dados e de rede Swift num acordo conhecido como “acordo SWIFT”, resultado de um acordo direto entre o governo norte-americano e a instituição.³⁶¹ Em 11 de fevereiro de 2010 o Parlamento Europeu rejeitou o “acordo SWIFT” em virtude dos direitos à privacidade dos cidadãos europeus.³⁶² Com esta decisão, o acordo não pode produzir efeitos jurídicos na Europa, mas tem sido usado em outras partes do mundo, entre os Estados mais desavisados.

V. Agências e agentes para tornar possível a extraterritorialidade coercitiva unilateral

Não é difícil perceber que a política da extraterritorialidade impositiva demanda arguta atenção de governos e empresas, já que mobiliza legislações cumulativas, entidades do poder público, entidades e agências especializadas, passando pela CIA, pela NSA e pelo FBI e seus agentes instalados em embaixadas e em países alvo, um complexo logístico que busca informações utilizando-se de colaboradores, fontes remuneradas e facilitadores diversos em cada país e em cada situação.

As informações coletadas por essa trama de informação são tratadas por diversos órgãos do Estado, o Departamento de Justiça - DOJ (United States Department of Justice, ou Justice Department ou DOJ)³⁶³, o Tesouro, o Federal Reserve³⁶⁴, a Comissão de Títulos e Câmbios dos Estados Unidos (Securities and Exchange Commission, ou

³⁶¹ A rede permite a troca de mensagens eletrônicas em um meio altamente seguro, onde cada banco possui um endereço próprio (código SWIFT) ou Bank Identifier Code (BIC). Entretanto, para a efetivação destas transações, é necessário que cada participante tenha um relacionamento bancário com outro, já que a rede permite apenas a troca de informações e não dos valores em espécie.

³⁶² Conforme escreveu Paul Albert Iweins, ex-presidente da Ordem dos Advogados da França “Basta que uma operação contestada tenha sido redigida em dólares ou que uma troca de mensagens tenha transitado por um servidor norte-americano para que a jurisdição dos Estados Unidos se reconheça competente”, artigo de Jean-Michel Quatrepoint, publicado em 13 de abril de 2017, no *Le Monde Diplomatique*, <https://www.sul-sur.com/2017/04/estados-unidos-e-unilateralismo-em-nome.html>

³⁶³ <https://www.justice.gov>

³⁶⁴ <https://www.federalreserve.gov>

SEC)³⁶⁵, o Escritório de Controle de Ativos Estrangeiros, e a agência de inteligência e aplicação financeira ligada ao Tesouro (Office of Foreign Asset Control, OFAC), e que vigia aplicações de sanções internacionais norte-americanas.

Também entram no processo de monitoramento, quando é o caso, a Divisão de Operações Especiais - Drug Enforcement Administration (DEA), o Centro de Operações de Narcoterrorismo,³⁶⁶ o Centro Internacional de Operações e Inteligência de Anti-Crime Organizada (IOC-2), as secretarias de Narcotráfico e Aplicação da Lei Internacional (INL), Contraterrorismo (S/CT), sem contar os procuradores que atuam em departamentos com um imenso grau de autonomia.

VI. A atuação dos procuradores e o bote final dos mega escritórios de advocacia

Talvez este seja o ponto mais relevante e que se conecta ao que ocorre no Brasil, embora pouco ainda se saiba. As informações divulgadas pelo The Intercept Brasil e a Agência Pública corroboram a ampla colaboração entre procuradores da república brasileiros e membros de agências de inteligência dos Estados Unidos, mas muito ainda permanece encoberto.

Nos Estados Unidos, as competências dos procuradores locais são distintas, muito mais amplas do que os congêneres no Brasil. É importante compreender as competências e atribuições dos district attorney e do attorney general of the state (um para cada um dos cinquenta Estados) e as funções de representar o estado, chefiar a consultoria jurídica do governo do estado e chefiar o sistema de aplicação da lei penal.

Os procuradores gozam de amplos poderes de negociação e de discricionariedade incomparáveis aos fiscais de outros países. Em alguns condados, como é o caso do distrito de Nova York, os procuradores têm equipes de trabalho e investigação suplementar à atividade policial, a exemplo do que ocorre em Nova Iorque, onde o departamento é dotado de uma Divisão de Investigação voltada para os crimes de corrupção e do colarinho branco.³⁶⁷

Há muito o que se investigar ainda a respeito dos métodos de atuação, investigação e obtenção da “declaração de culpa por parte do acusado” dentro do procedimento penal norte-americano, mas sem dúvida há certos cuidados para que a legalidade seja

³⁶⁵ <https://www.sec.gov>

³⁶⁶ <https://ndiastorage.blob.core.usgovcloudapi.net/ndia/2010/homeland/Dodd.pdf>

³⁶⁷ defense function. 3 ed. Washington, D.C., 1993. Part III, Standard 3.1, a. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/criminal_justice_standards/prosecution_defense_function.aucthecheckdam.pdf> Acesso em: outubro de 2015.

estritamente observada, preservando-os de acusação de ilegalidades ou abusos.³⁶⁸ Há regras que envolvem o tempo do fechamento do acordo, a demora em alcançar um acordo e a esperada “confissão”, fazendo com que os debates e negociações ocorram premidas pelo tempo, enfraquecendo o cuidado com outros aspectos que deveriam contar, dadas as consequências para além dos diretamente envolvidos.

Os escritórios de advocacia – quatro ou cinco grandes especializados em NYC - que atuam nos processos completam a trama inescapável. Com honorários exorbitantes, constroem contratos que oneram as empresas mesmo após pagarem suas dívidas, sendo obrigadas a acolher um monitor que observará o comportamento da empresa durante alguns anos para que sejam consideradas em conformidade com as boas práticas. Esse monitoramento é pago pela própria empresa e implica dezenas de colaboradores, ou seja, a empresa paga para ser vigiada por 5 anos após assumir responsabilidade por atos de corrupção.

As regras de confidencialidade, incluídas nos contratos de leniência, incluem a declaração de culpa e, em geral, a possibilidade de implicação em processos penais de responsabilização individual. Eis a razão pela qual é tão difícil desarmar o esquema de colaboração coercitiva unilateral que representa a extraterritorialidade nesses termos. Os empresários, já castigados por processos longos, prisões preventivas, exposição pública e ameaças sancionatórias, procuram resolver seus problemas sozinhos, discretamente, caso a caso, sem mobilizar a opinião pública.

Os recursos obtidos pelos acordos são parte do processo de atração e estímulo para a condução das investigações. A repartição dos valores obtidos nos processos de combate à corrupção ocorre entre o DOJ, a SEC, o OFAC, o FED, o Departamento de Serviços Financeiros do Estado de Nova York e os procuradores de Nova York. Essa partilha é motivadora para as equipes e o dinheiro ajuda a alimentar o orçamento das suas agências e departamentos, permitindo que recebam bons salários e empreguem colaboradores.

No Brasil, algo semelhante parece ter sido tentado com a tal Fundação Lava Jato, fundação privada criada por Deltan Dallagnol com o objetivo de gerir 2,5 bilhões de dólares destinados pela Petrobras no bojo do Acordo de Leniência. A tentativa, mesmo homologada por uma juíza de primeiro grau, é escandalosamente ilegal e foi barrada pela própria Procuradoria Geral da República, trazendo à tona o que parece ser apenas a ponta do iceberg de uma rede de corrupção funcional e de uso do direito para fins de perseguição de inimigos políticos, destruição de biografias, destruição de empresas e empregos.

³⁶⁸ <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/81012/128022/F-462051835/BHS81012.pdf>

VI. Efeitos da extraterritorialidade coercitiva e como defender a soberania jurisdicional

Alguns qualificam este processo de aplicação impositiva da extraterritorialidade como verdadeira extorsão, dada a rede de instituições, legislações, entidades públicas e privadas, agentes, e grandes escritórios de advogados ligados ao mundo das finanças de Wall Street. Eis outra faceta do eficiente lawfare como parte de guerras híbridas, com o fim de produzir desestabilização econômica e empresarial, além de desajustes políticos e com imensos ganhos no contexto da política externa regional para os Estados Unidos.

Conforme reconhecem as autoridades francesas, o prejuízo para as companhias europeias em multas e sanções aos Estados Unidos passa de 40 bilhões de dólares nas últimas décadas, sem contar a afetação à imagem da empresa, prejuízos aos credores e à viabilidade de funcionamento após o trauma das investigações, efeitos estruturais na cadeia produtiva e nos empregos.³⁶⁹

Tal como se apresenta, não há escapatória a essa agressividade jurídica, com pouca confrontação por parte dos poderes públicos de outros Estados e com débil possibilidade de retaliação. Isso quando não há, como no caso vergonhoso da Lava Jato no Brasil, efetiva e dadivosa colaboração por parte de membros do Ministério Público Federal e, conforme parece ser, complacência ou até apoio de setores do judiciário.

São operações de jurisdição extraterritorial manifestamente impositivas e arbitrárias, francamente contrárias aos interesses de qualquer Estado e muitas vezes passam despercebidas pelos poderes públicos responsáveis por acordos internacionais com cláusulas de proteção soberana, como foi o caso do Brasil.

O mais grave ainda é a combinação dessa plêiade normativa e institucional com as acusações de narcoterrorismo de países-alvo, os párias, como é o caso atual dos embargos econômicos contra o Irã e a Venezuela, uma afronta jamais vista ao direito

³⁶⁹ Jean-Michel Quatrepoint, *op. cit.* “Em um caso de corrupção na Indonésia, a Alstom estava associada a um grupo japonês, o Marubeni. Este tinha feito um acordo em 2012 com o DOJ e foi condenado a uma multa de US\$ 88 milhões. A conta para a Alstom, negociada em 2014, foi nove vezes maior. O Marubeni não preocupava os pesos-pesados norte-americanos no setor, enquanto a Alstom já era um alvo para a General Electric. Outro exemplo: a Alcatel. Esse grupo francês de telecomunicações era malvisto do outro lado do Atlântico. Ele tinha equipado a rede iraquiana na época de Saddam Hussein e dispunha de tecnologias superiores às de seus concorrentes norte-americanos, principalmente a Lucent. Em 2005, o DOJ pôs as mãos em um processo de corrupção visando à Alcatel na Costa Rica e Honduras. Cinco anos depois, o grupo foi condenado a pagar US\$ 137 milhões de multa. Nesse meio-tempo, ele teve de se fundir com a Lucent, que foi condenada por atos de mesma natureza cometidos na China a uma multa de... US\$ 2,5 milhões. Depois da fusão, no final de 2006, a Lucent tomou progressivamente o controle da Alcatel – um roteiro precursor do que aconteceu com o ramo de energia da Alstom (três quartos da atividade do grupo), recuperado pela General Electric em 2015. Essas multas enfraquecem consideravelmente as empresas visadas, e não apenas na ótica de fazer prevalecer o direito”. <https://www.sul-sur.com/2017/04/estados-unidos-e-unilateralismo-em-nome.html>

internacional público na subversão do sistema de sanções internacionais unindo os crimes de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro com acusações de terrorismo, por vezes narcoterrorismo, um ataque aos princípios da não intervenção e da auto-determinação dos povos.

Medidas de retaliação eficientes são praticamente impossíveis, diante do arsenal que faz dessa estratégia um ativo de novo tipo de guerra contra qualquer país/empresa. É preciso, no lugar, a mobilização do Estado e da comunidade internacional para reconhecer os abusos que são, em parte, frutos de dependência do sistema financeiro a partir de um ente hegemônico no sistema padrão dólar, não pode representar um ativo inafastável. Além do direito internacional em franco descumprimento, também o sistema de privacidade de dados precisa ser assegurado até que todas as garantias de defesa sejam preservadas, a começar pela presunção de inocência. A mídia e a espetacularização têm responsabilidade nas biografias sacrificadas, assim como o processo penal e investigatório com graves consequências à sociedade pela não observância da presunção de inocência. A generalização da exceção numa sociedade preventiva e excepcional não pode prosseguir.

Uma das formas de defender-se desse quadro impositivo de extraterritorialidade pode ser o estabelecimento de sistemas estatais próprios de combate à corrupção para que a investigação dos graves crimes de corrupção seja resguardada ao âmbito da jurisdição estatal, para que inclusive as sanções econômicas derivadas de processos de confissão e seus efeitos perversos venham a ser processados e geridos no próprio Estado, ou por órgãos do Estado com capacidade de estabelecer colaboração ativa. O controle dos processos por parte dos poderes públicos, tal como definem os tratados de colaboração da matéria, evitam os riscos de que as investigações sejam simplesmente trasladadas a outra jurisdição. Em suma, a médio prazo e seguindo o exemplo de outros países, o Brasil deveria buscar uma forma autônoma e soberana de investigar e responsabilizar os crimes de suas empresas e de seus funcionários.

O que ocorreu aqui, no entanto, foi o oposto. Agentes públicos do sistema de justiça promoveram colaboração com a extraterritorialidade impositiva, lesando interesses pátrios. O mais importante neste momento é evitar que essa prática prossiga e que fiquem impunes os crimes cometidos por funcionários do sistema de justiça que violaram tratados internacionais e mesmo a Constituição do país, no que tange às graves consequências ao erário público.

VIII. Quando a parcialidade é extraterritorial, tudo se explica

Aproxima-se um dos julgamentos mais importantes da história do judiciário brasi-

leiro, um habeas corpus que vai muito além do caso. Os argumentos sustentados no Habeas Corpus de n. 164.493/PR pedem o reconhecimento da suspeição do então Juiz Federal Sérgio Moro em face dos direitos do ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva e a defesa pede o enquadramento da sua conduta no art. 254 do Código de Processo Penal, especialmente no consignado em seu inciso IV, e o faz por muitas razões.

A Constituição Federal assegura a garantia da inadmissibilidade do uso, no processo penal, das provas obtidas por meios ilícitos e também a equidistância das partes. Pois bem, passaram-se três anos desde o julgamento do processo do triplex e fica cada dia mais claro a relação do então Juiz Sérgio Moro com os integrantes da Força Tarefa da Lava Jato, violando in totum o dever de equidistância.

Também resta indiscutível que a Lava Jato operou tendo como instrumento a relação privilegiada e de apoio da imprensa, inundando os noticiários do período com o eco das suspeitas de corrupção, argumento recorrente da defesa para suscitar a falta de imparcialidade durante o processo e antes da sentença.

As consequências do julgamento do caso triplex e a confirmação do decisum pelo Tribunal Regional Federal da 4ª região de forma acelerada e atípica acarretaram inestimáveis consequências para o paciente e mesmo para sociedade, considerando as eleições de 2018 e a real possibilidade do paciente, aprisionado por antecipação, incomunicável por mais de 580 dias, ganhar o pleito e governar o país.

Os vazamentos da agência The Intercept Brasil ao longo de 2019 e 2020 dão conta de uma relação de conluio ilegal entre Dallagnol e a força-tarefa da Lava Jato com o ex-juiz Moro visando a condenação do ex-Presidente e a forçando uma relação de corrupção sistêmica com a Petrobras e outras empresas. O mais impressionante, no entanto, conforme revelam os últimos vazamentos, foi a colaboração ilegal dos integrantes do MPF de Curitiba com agente do FBI e do Departamento de Justiça durante os anos de 2015 e 2016, à revelia do Ministério da Justiça e em franca violação de tratados internacionais.

Seria esta uma das razões da parcialidade em juízo? Seria a extraterritorialidade impositiva uma das razões para que a Lava Jato funcionasse fora dos parâmetros legais e violando até mesmo prerrogativas de outros poderes?

Recorde-se que o acordo bilateral entre Brasil e Estados Unidos estabelece que atos de colaboração em matéria judicial entre Brasil e Estados Unidos – tais como pedir evidências como registros bancários, realizar buscas e apreensões, entrevistar suspeitos ou réus e pedir extradições – devem ser feitos por meio de um pedido formal de colaboração, conhecido como MLAT, e tendo o Ministério da Justiça como ponto de contato

com o Departamento de Justiça americano.³⁷⁰

Este é o espírito de reciprocidade que rege as relações internacionais de qualquer estado soberano, o estabelecimento de congêneres equivalentes, de mesmo peso estatal, neste caso ligados ao processo diplomático e soberano do Estado, dadas as implicações de investigação judicial de grande porte e que põem em risco a soberania nacional, os interesses e disputas internacionais, o relacionamento político entre nações etc. O que ocorreu, no entanto, foi uma cooperação informal e lesiva aos tratados internacionais, e esta situação de ilegalidade está no âmago da Lava Jato, do *modus operandi* danoso à lisura e à legalidade de toda a operação.

Agentes norte-americanos, incluindo integrantes do FBI, atuaram secretamente no caso, estiveram em território nacional para iniciar diligências de investigação e atuaram na sede do Ministério Público Federal de Curitiba, tudo isso à revelia do Ministério da Justiça do então governo de Dilma Rousseff. Durante uma semana, os agentes estrangeiros foram apresentados aos advogados de delatores e ali teve início um profícuo processo de colaboração, aconselhamento e apoio por parte do MPF para facilitar a instalação da extraterritorialidade.

Muitos elementos da trama ainda não são conhecidos, nem mesmo a eventual participação do ex-juiz Sérgio Moro nestes episódios, mas está claro, considerando a harmonia entre acusação e juiz durante todos estes anos de Lava Jato, bem como a amarração perfeita de acusações contra grandes empresas sob a mesma jurisdição de Curitiba, que o desmonte econômico e empresarial produzido pela Lava Jato foi altamente interessante para os interesses dos Estados Unidos, não só no Brasil como em outros países latino-americanos em que as mesmas empresas são também abatidas juridicamente.

O acordo de leniência entre a Petrobras, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos e a Procuradoria do Distrito Leste da Virgínia é uma prova para se compreender como foram lesados os interesses nacionais e como resta comprometido o nosso futuro como nação soberana.

Portanto, um julgamento como este, do reconhecimento da parcialidade de um juiz que conduziu, como um maestro de orquestra, a harmonia de todos os instrumentos para se chegar a um final perfeito e implacável contra adversários, é uma questão de justiça. Mas também é uma questão de resgate de nossa soberania jurisdicional, de nossos valores constitucionais e garantistas.

³⁷⁰ Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal, assinado em 1997. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3810.htm

A parcialidade do ex-juiz Sérgio Moro por interesses políticos e eleitorais

EVELYN MELO SILVA
SAMARA MARIANA DE CASTRO

O art. 254 do Código de Processo Penal elenca o rol de hipóteses que podem levar a suspeição do juiz. E este é um motivo que impõe a imediata cessação da atuação do suspeito no processo. A razão é óbvia: o suspeito pode favorecer ou prejudicar uma parte.

No processo da Lava Jato, e para análise que vamos fazer neste artigo, importam dois dispositivos, os incisos I e IV, que impõem a suspeição do juiz caso ele seja inimigo capital de uma parte e tenha aconselhado a outra parte.

No caso concreto temos o então juiz Sérgio Moro, inimigo capital do réu Luiz Inácio Lula da Silva, que aconselhou o Ministério Público na produção de provas contra o réu e, até mesmo, na interlocução entre o MP e a mídia, além do vazamento de determinadas provas que estavam sob sigilo, para prejudicar a imagem política do Lula.

O histórico da parcialidade do ex-juiz Sérgio Moro não é contemporâneo ao ingresso do Lula na Operação Lava Jato. Em 2006, a advogada Dora Cavalcanti ingressou com a exceção de suspeição de Moro, quando ele passou a adotar como método a prisão para “forçar” a delação premiada. Em 2015, Dora Cavalcanti apresentou a segunda exceção de suspeição em face de Sérgio Moro, já no curso da Operação Lava Jato, que teve início em 2014. Em 2016, os advogados do ex-Presidente Lula, em especial Cristiano e Valeska Zanin Martins, também apresentaram exceção de suspeição contra Moro, todos sem sucesso.

A Operação Lava Jato se tornou um maxiprocesso, com um número infinito de volumes, milhares de páginas, inúmeros anexos, provas e documentos que geraram

dificuldades de compreensão da cadeia lógica para os operadores do Direito. Um processo digno dos contos de Franz Kafka.

A pretexto de combater a corrupção, vários políticos foram denunciados ao longo da operação, dentre eles o ex-Presidente Lula, em 2016. Mas o que chama a atenção, e chegou ao conhecimento do público anos depois, é o rol de políticos que não foram denunciados, mesmo com evidências de práticas de crime.

Então, para contextualizar os interesses políticos e eleitorais que explicam a parcialidade do ex-juiz Sérgio Moro, vamos dar um passo para frente e analisar os fatos que ocorreram em 2019, para depois dar um passo atrás e entender o que aconteceu nos anos anteriores.

A trama processual-política denunciada pelos advogados que defendiam os réus da Operação Lava Jato e que desde o início apontavam a parcialidade do ex-juiz Moro foi se encaixando como um verdadeiro quebra-cabeça depois da série de reportagens realizadas pelo The Intercept Brasil, conhecida como Vaza Jato, em julho de 2019.

As reportagens apresentaram para o grande público algo que não era novidade para os advogados: a parcialidade do então juiz Sérgio Moro e a forma como ele dirigia o Ministério Público para perseguir e condenar políticos de vertente ideológica contrária a sua.

Sabemos que a jurisdição penal deve ser realizada por órgãos especializados do Estado, que conhecem a pretensão acusatória apresentada pelo titular da ação penal pública, que é o Ministério Público e, em casos específicos, a vítima, nas ações penais privadas.

Este modelo de jurisdição é uma garantia fundamental da qual o cidadão não pode abrir mão. Pois nela estão insculpidas regras previstas da própria Constituição da República de garantia ao devido processo legal, a ampla defesa e a presunção de não culpabilidade, por exemplo.

Da jurisdição penal decorrem alguns princípios, como o da inércia da jurisdição, corolário do sistema acusatório, na qual o juiz só pode atuar se for provocado e jamais poderá provocar o Ministério Público ou atuar de ofício; da imparcialidade como um afastamento das atividades das partes, como acusação e produção de provas; do juiz natural que garante regras de competência do juízo, para afastar tribunais de exceção; e da indeclinabilidade da jurisdição, que veda ao juiz natural delegar a outro o exercício da sua jurisdição.

Pois bem. Tendo em mente esses princípios que devem reger o processo penal, passamos a análise das denúncias feitas pelo The Intercept Brasil, a Vaza Jato.

Em conversas privadas entre o então juiz Sérgio Moro e o coordenador da força tarefa da Operação Lava Jato, o procurador da República Deltan Dallagnol, Moro sugere a troca da ordem das fases da Lava Jato, dá conselhos estratégicos, sugere testemunhas, cobra que não passe tanto tempo sem operação e antecipa decisão que será exarada.

Na troca de mensagens, Dallagnol e Moro combinam o melhor momento para um pedido de prisão ser apresentado para que seja imediatamente apreciado.

No papel de perseguição acusatório contra o ex-Presidente Lula, Moro, que era o juiz e não o membro do Ministério Público, aponta meio de prova para Dallagnol, segundo a reportagem publicada no dia 09 de junho de 2019:³⁷¹

numa conversa de 7 de dezembro de 2015, quando ele passou informalmente uma pista sobre o caso de Lula para que a equipe do MP investigasse. “Então. Seguinte. Fonte me informou que a pessoa do contato estaria incomodado por ter sido a ela solicitada a lavratura de minutas de escrituras para transferências de propriedade de um dos filhos do ex Presidente. Aparentemente a pessoa estaria disposta a prestar a informação. Estou então repassando. A fonte é séria”, escreveu Moro.

“Obrigado!! Faremos contato”, respondeu Dallagnol pouco depois. “E seriam dezenas de imóveis”, acrescentou o juiz. O procurador disse que ligou para a fonte, mas ela não quis falar. “Estou pensando em fazer uma intimação oficial até, com base em notícia apócrifa”, cogitou Dallagnol. Ao que tudo indica, o procurador estava considerando criar uma denúncia anônima para justificar o depoimento da fonte ao MP. O juiz Sérgio Moro poderia condenar a solução – ou ficar quieto. Mas endossou a gambiarra: “Melhor formalizar então”, escreveu Moro.

Três dias depois deste diálogo, em 16 de março de 2015, Moro levantou o sigilo da conversa entre a Presidente Dilma Rousseff, em exercício do mandato, e o ex-Presidente Lula, obtida por meio de interceptação telefônica do ex-Presidente Lula, sobre a nomeação de Lula ao cargo de Ministro da Casa Civil, alegando que aquelas não eram conversas republicanas.

Depois, em 15 de dezembro de 2016, o coordenador da força tarefa conversou com o ex-juiz Sérgio Moro sobre quem havia sido delatado pelos executivos da Odebrecht:

Dallagnol – 16:01:03 – Caro, favor não passar pra frente: (favor manter aqui): 9 presidentes (1 em exercício), 29 ministros (8 em exercício), 3 secretários federais, 34 senadores (21 em exercício), 82 deputados (41 em exercício), 63 governadores (11 em exercício), 17 deputados estaduais, 88 prefeitos e 15 vereadores [...].

371 ‘NÃO É MUITO TEMPO SEM OPERAÇÃO?’ Exclusivo: chats privados revelam colaboração proibida de Sergio Moro com Deltan Dallagnol na Lava Jato. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>>. Acesso em 16 de julho de 2020.

Moro – 18:32:37 – Opinião: melhor ficar com os 30 por cento iniciais. Muitos inimigos e que transcendem a capacidade institucional do mp e judiciário.

Sobre esse último diálogo, destaca-se que neste ano de 2020 chegou ao conhecimento do público que os nomes do Deputado Federal Rodrigo Maia (DEM/RJ) e Davi Alcolumbre (DEM/AP) foram suprimidos das planilhas sobre doação ilegal de campanha, realizada pela Odebrecht.

Ou seja, a imparcialidade passou ao largo da atuação do então juiz Sérgio Moro. E os arautos da moralidade que justificavam os fins pelos meios para combater a corrupção deixaram de fora da investigação uma série de políticos que poderiam se tornar inimigos, fazendo uma escolha política de quem denunciar e de quem não denunciar, não por um critério de prática de conduta criminosa, mas de interesse político no processo.

Seguindo a linha do tempo, finalmente em 12 de julho de 2017, o ex-juiz Sérgio Moro condenou o ex-Presidente Lula a nove anos e seis meses de prisão por corrupção passiva e lavagem de dinheiro no processo envolvendo o imóvel no Guarujá, aquele mesmo que o próprio Moro indicou a Dallagnol um meio de prova testemunhal, como dito acima.

Não demorou muito, e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região confirmou a condenação, aumentando a pena para 12 anos e um mês, tornando Lula inelegível, em razão da condenação por órgão colegiado, nos termos do art. 1º, alínea e da Lei Complementar nº 64/90.

Mas qual era o interesse político eleitoral de Sérgio Moro para atuar com parcialidade no processo contra o ex-Presidente Lula? Em 2017, Lula liderava as intenções de voto, figurando em primeiro lugar nas pesquisas, seguido de Jair Bolsonaro, em segundo lugar.

Com Lula inelegível, o caminho para Jair Bolsonaro estava livre. E nas eleições gerais de 2018, Jair Bolsonaro foi eleito Presidente da República.

Agora, a cereja do bolo! Depois de tirar do jogo político o candidato que liderava as intenções de voto, para que o segundo lugar ascendesse ao cargo de Presidente da República, o então juiz Sérgio Moro, depois de tornar inelegível o candidato que estava em primeiro lugar nas pesquisas, aceita compor o governo do candidato que ajudou a eleger.

Ainda em 2018, logo após o segundo turno, Moro se reuniu com Bolsonaro e aceitou o convite para ser Ministro da Justiça e Segurança Pública.

Desta forma, abriu mão do seu cargo público de juiz federal, que exerceu por 22 anos, para ser Ministro da Justiça no governo de Jair Bolsonaro, Presidente que ajudou a eleger.

Se na época da condenação ao ex-Presidente Lula duvidava-se de suas intenções, ao se tornar Ministro do governo Bolsonaro, Sérgio Moro revelou toda sua parcialidade por interesses políticos e eleitorais.

E se engana quem acha que o interesse político eleitoral de Moro se limitava a eleição de Jair Bolsonaro.

Sérgio Moro seguiu *pari passu* a mesma cartilha do caso Tangentopoli, conhecida como Operação Mãos Limpas, que ocorreu na Itália e inspirou a Operação Lava Jato, com uma abordagem populista dos juizes e promotores contra a elite e a classe política corrupta.

Moro também aprendeu com o Tangentopoli que os mesmos arautos da moralidade que combateram a corrupção e a criminalidade inveterada ingressaram na política, fundaram partidos políticos, elegeram-se para o parlamento e o executivo. Tornaram-se uma alternativa política, anticorrupção, imaculada.

O movimento político que Sérgio Moro tem feito demonstra seu interesse político em disputar as eleições em 2022. Adotou o discurso anticorrupção, condenou um político popular com chance de voltar ao poder, ingressou no atual governo que ajudou a eleger com o discurso de combate à corrupção, ao crime organizado e à criminalidade violenta, renunciou ao cargo de Ministro com o mesmo discurso de que não tinha autonomia para combater a corrupção e que não queria manchar sua biografia. Atualmente tem dado palestras sempre sobre o tema corrupção e lavagem de dinheiro. Assim, Moro constrói a figura de um outsider da política, probo, confiável, íntegro e incorruptível: o candidato perfeito.

A história se repete e Sérgio Moro pode terminar da mesma forma como os incorruptíveis da Itália terminaram. Quem viver, verá.

À guisa de *Post Scriptum*

Sérgio Moro e a lenda do Barão de Münschausen

LENIO LUIZ STRECK

MARCO AURÉLIO CARVALHO

O ex juiz e ex-ministro Sérgio Moro é uma figura e tanto. Não erra jamais. Seu truque é usar o Fator Target³⁷¹ – primeiro atira a flecha. Depois pinta o alvo. Pronto.

Depois de tudo o que fez - agiu deliberadamente para derrubar uma Presidente e usou de ilicitudes para prender outro ex-Presidente - o ex-juiz e ex-Ministro do Governo Jair Bolsonaro (ele quer esconder isso) agora quer agir como democrata.

Age como outsider, tentando aquilo que jamais a filosofia conseguiu: sair de um paradoxo como o Liar Paradox (paradoxo do mentiroso): todos os que estão nesta sala são mentirosos; eu estou na sala; logo, também sou mentiroso; assim, se o contrário da mentira é a verdade, acabo de cair em um paradoxo (dele só se sai pela linguagem lógica). Com isso, substitua-se “sala” por “governo” e teremos o “Paradoxo Moro”.

Segundo entrevista do dia 6.6.2020, deseja até mesmo aderir aos movimentos pró-democracia. Ou seja, Moro constrói a bastilha e depois escreve um texto contra a pena de morte.

Parece querer que esqueçamos que o bolsonarismo é filho legítimo (de pai e mãe) do lavajatismo. Assim, quem sabe, pretenda esconder suas próprias responsabilidades em relação ao caos em que estamos mergulhados.

Moro é o Barão de Münschausen da política brasileira (e do direito): afundando no pântano do descrédito com seu cavalo, quer salvar-se puxando-se pelos próprios cabelos.

A questão é que todos (pelo menos uma boa parcela da população) já sabem que sabem o que Moro fez. E isso é imperdoável. Todos sabemos que o ele fez nos verões,

³⁷¹ Fator Target ou Efeito Alvo é criação de Lenio Streck, para explicar o fenômeno pelo qual uma parte da comunidade jurídica jamais comete um erro.

outonos, primaveras e verões passados, conjuminando-se com a Força Tarefa da lava jato, chefiando operações, atravessando ordens judiciais quando de férias, vazando declarações premiadas e liberando gravações ilícitas. Esse é Sérgio Fernando Moro. Esculpido em carrara.

Ele diz que na democracia, as questões pessoais devem ser deixadas de lado. Ora, como juiz, ele não fez isso. Como Ministro da Justiça, assistiu, calado, um colega seu dizer que os onze ministros do STF - lugar para onde queria ir – eram vagabundos e deveriam estar presos. E o que fez Moro? Quedou-se silente. Fez-se estátua. Deve ser algo como “ministros do STF, nada pessoal, mas estou no governo e, sabem como é...”.

E não adianta dizer que no dia seguinte pediu demissão. Sabe-se por que pediu exoneração. O próprio Presidente Bolsonaro sabe. Todos sabem.

Além de tudo, nosso Barão de Münschausen é craque em trocar o nome das coisas: parcialidade é justificada pelos fins que justificam os meios. E um motim no Ceará ganha, no neonominalismo de Moro, o nome de “greve”. Passar por cima do devido processo legal vira “rule of law” (em inglês, mesmo).

Moro diz que Bolsonaro tem arroubos autoritários. Bom, diz-nos com quem anda e te diremos se podemos andar contigo. Nada de novo. Moro, quando entrou no governo, não conhecia o curriculum de Bolsonaro? Ou, tanto mais óbvio, ao retirar de forma deliberada o franco favorito do último pleito presidencial, condenando-lhe sem provas a uma prisão injusta e arbitrária, não podia realmente prever o que disso decorreria?

Moro acusa o Presidente de ter retirado os radares e isso causou o aumento de número de mortos nas estradas. Diz que “isso é populismo e um quê de autoritarismo”. Então, podemos concluir: se o Ministro da Justiça e Segurança Pública sabe que uma medida do governo causará mortes e nada faz, qual é o nome que se dá a isso?

Pode-se chamar de leniência, interesses pessoais, desejo de não se incomodar, mas há coisas no Código Penal que dão nome a isso. Moro diz que não concordou com o Presidente. Mas, como Ministro da justiça, não deveria ter agido? As pessoas que sofreram acidentes e os familiares dos que morreram por causa da retirada dos controladores de velocidade podem, baseadas na entrevista de Moro – que acusou Bolsonaro de populista e autoritário - processar a União. Mais uma vez, Moro sabia.

Até mesmo o Gabinete do Ódio, segundo a entrevista, não era do desconhecimento de Moro quando Ministro da justiça. E, de novo, nada fez. Nem mandou investigar. Quantas reputações foram destruídas pela inércia do então Ministro?

E os massacres nos presídios? E o massacre em São Paulo na comunidade Paraisópolis? Como já disse o Ministro Gilmar Mendes, Moro “não deixou nenhuma marca no Ministério da Justiça, foi uma trajetória medíocre. A mim parece que, de fato, ele

veio para uma Champions League, mas estava qualificado para campeonato do interior”. Nada mais precisaria ser dito.

Ou seja, Moro foi um juiz parcial e um ministro leniente. Diz que fez tudo pelo bem do país. Correto. Vamos dar de barato que Moro venceu. E venceu como o general Pirro, que, às portas de Roma, olhou para trás e viu suas tropas em frangalhos. Dizemos nós: mais uma vitória como a que Moro proporcionou até hoje no país e será o fim do que resta. Se as vitórias são essas, imaginem as derrotas quando vierem.

Nosso Barão se segura nos próprios cabelos. Só não se sabe se o cavalo virá junto.

Depois da divulgação dos diálogos entre Juiz e Procuradores da Lava Jato pelo *The Intercept Brasil*, parece razoável afirmar que, de fato, tais autoridades não agiram de forma isenta. O antigo chefe da Força-Tarefa da Lava Jato, o então Procurador Carlos Lima, confessou, em rede nacional (*GloboNews*), que eles escolheram um lado na política.

O ponto, então, que nos leva a organizar e a escrever este livro é o seguinte: se todos já sabem o que o Juiz e os Procuradores fizeram e se já é de conhecimento público que não houve imparcialidade na Lava Jato – especialmente nos processos envolvendo o ex-Presidente Lula – fica, desse modo, a pergunta: “O que fazer quando se sabe que se sabe?”.