

**Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Tribunal Regional
Federal da 4ª Região**

Apelação criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR

Luiz Inácio Lula da Silva, apelante nos autos do processo em referência, por seus advogados, com fundamento no artigo 105, III, *c*, da Constituição da República, e nos artigos 1.029 e seguintes do Código de Processo Civil, vem, tempestivamente, interpor **recurso especial** contra o acórdão que julgou as apelações, complementado pelos arestos que rejeitaram seus embargos de declaração, mediante as razões anexas, cuja juntada requer.

O recurso é tempestivo, na medida em que o acórdão que rejeitou os embargos de declaração opostos pelo ora recorrente foi publicado em 6.4.18, sexta-feira (evento 160). O acórdão que não conheceu dos segundos embargos de

declaração, por seu turno, ainda não foi publicado, sendo certo que no dia 20.04.18 foi certificada a expedição da intimação eletrônica (evento 196).

Anexo o comprovante de recolhimento do preparo, o recorrente pede, após o cumprimento das formalidades legais, a admissão de seu recurso especial e a consequente remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça.

P. deferimento.

De São Paulo para Porto Alegre, 23 de abril de 2018.

José Paulo Sepúlveda Pertence
OAB/DF 578

Cristiano Zanin Martins
OAB/SP 172.730

José Roberto Batochio
OAB/SP 20.686

Valeska T. Z. Martins
OAB/SP 153.730

José Gerardo Grossi
OAB/DF 586

Evandro Pertence
OAB/DF 11.841

Luiz Carlos da Rocha
OAB/DF 52.051

Manoel Caetano Ferreira Filho
OAB/DF 8.749

Luis Carlos Sigmaringa Seixas
OAB/DF 814

Razões do recorrente,
Luiz Inácio Lula da Silva

Eminente Relator,
Egrégio Superior Tribunal de Justiça,

“*Tempos estranhos*”

01. De há muito, as crises democráticas têm permitido aos radicais e oportunistas escolher *inimigos*¹: sujeitos, pessoas, ou instituições contra os quais pretendem impor, sob subterfúgios patrióticos, morais, ideológicos ou econômicos, a lógica perversa de que *os fins justificam os meios*.

02. Não surpreende, pois, que, nesses “*tempos estranhos*” aludidos reiteradamente pelo eminente Ministro *Marco Aurélio*, o famigerado episódio do *Triplex do Guarujá*, surgido a partir de narrativa fantasiosa de setores da imprensa e reinventado pelo depoimentos de corréus sirva de pretexto para encarcerar e tolher os direitos políticos da – ainda hoje – liderança popular mais expressiva do País.

03. É certo, porém, que, no Direito, notadamente em matéria criminal, a premissa *maquiavélica* possui valor meramente retórico: são os meios, isto é, o respeito aos fatos e a respectiva adequação dos fundamentos jurídicos, que conduzem o intérprete ao julgamento correto, e não o contrário.

¹ Raul Zaffaroni acentua que, segundo *Carl Schmitt*, “o inimigo não vem onticamente imposto, não é um dado de fato que se impõe ao direito, mas é politicamente assinalado. Embora existam mitos anteriores, reconhece-se que se assinala o inimigo porque convém fazê-lo. (...) Trata-se de uma identificação vazia de conteúdo, que o poder pode preencher a seu bel prazer, porque sempre necessita ter um inimigo.” (*O Inimigo no Direito Penal*, Rio de Janeiro: Editora Revran, 2007, p.142).

04. Portanto, sem prejuízo de denunciar o indevido proselitismo de agentes institucionais envolvidos neste feito, as razões recursais cuidarão de expor os sólidos e objetivos fundamentos de direito que revelam as violações ao devido processo e a fragilidade do decreto condenatório imposto ao recorrente.

05. Dados os limites formais do recurso especial, estas razões dedicarão espaço para transcrição, no corpo do texto ou em rodapé, dos trechos do acórdão que evidenciam não incidir ao caso o óbice dos enunciados das Súmulas 7/STJ e 279/STF. Como se verá, é explícita a violação do aresto impugnado aos dispositivos de lei federal que serão apontados adiante, todos devidamente prequestionados, e reiterados nos embargos de declaração opostos ao acórdão da apelação².

O Triplex do Guarujá

06. Ávidos pelos benefícios que a popular *Operação Lava-Jato* tem se notabilizado por conceder a seus *colaboradores*, os corréus *Agenor Frankiln Magalhães Medeiros* e *José Adelmário Pinheiro Filho*, vulgo *Léo Pinheiro*, respectivamente, ex-Diretor e ex-Presidente da OAS – que já haviam sido

² O artigo 1.025 do Código de Processo Civil dispõe: “Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”

Anota o acórdão que rejeitou os embargos de declaração opostos pelo ora recorrente:

“Por fim, a defesa de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA (xlvii) prequestiona os arts. 254 do CPP (suspeição do magistrado); 70, §3º, 71, 72, §2º, 78, inciso II, alínea 'c', e 83 do CPP (teoria da dissonância cognitiva); 5º, caput e inciso LVII, da CF e 260 do CPP (suspeição do juízo – decisão que determinou a condução coercitiva); 5º, incisos XII e LVII, da CF e 8º e 9º da Lei nº 9.296/96 (suspeição do magistrado - decisão que levantou o sigilo das interceptações telefônicas); 5º, inciso XXXVII, da CF (resoluções que garantem ao juízo a quo se dedicar exclusivamente à 'Operação Lava-Jato'); 158 do CPP (cerceamento de defesa); 5º, incisos LV e LIV, da CF e 158 e 231 do CPP (indeferimento de perguntas aos delatores); 616 do CPP (reinqüirição); e 283 do CPP e 105 da Lei nº 7.210/84 (antecipação da execução da pena). Ao longo dos embargos também prequestionou os arts. 5º, inciso XXXIX, 129, inciso I, da CF; 13, 29, 33, §4º, 49, 59 e 317 do CP; 3º, 108, 214, 258 e 564, inciso I, do CPP; e 10 do CPC.”.

condenados por envolvimento no esquema de corrupção na Petrobras³ – resolveram “confessar” sua participação no episódio do *Triplex do Guarujá*, no qual, segundo narraram, teriam abatido, de um fictício caixa geral de propinas destinadas ao Partido dos Trabalhadores, despesas que teriam realizado para proporcionar *vantagem indevida* ao ora recorrente.⁴ A *mentirosa* narrativa foi construída e apresentada após tais corrêus terem admitido à Procuradoria Geral da República que o recorrente não participara de qualquer ato ilícito, conforme noticiado pela imprensa⁵. Foram compelidos a envolver o nome do recorrente — de forma mendaz — para *destravar* as tratativas objetivando obter benefícios em uma delação premiada.

07. Segundo a versão não tão espontânea dos *corrêus* – que, em troca da colaboração informal, foram *agraciados* neste feito com penas reduzidíssimas e em regime mais brando – *Léo Pinheiro* teria substituído a unidade-padrão a que teria direito a saudosa *D. Marisa Leticia* em razão da aquisição – licita, é incontroverso, de cota-parte da BANCOOP (Cooperativa Habitacional dos Bancários) – quatro anos antes da assunção do imóvel em construção pela OAS Empreendimentos, por uma cobertura *triplex* submetida a benfeitorias

³ Cf. acórdão recorrido (p. 146):

“Na Ação Penal nº 5083376-05.2014.4.04.7000/PR, LÉO PINHEIRO e AGENOR FRANKLIN, dentre outros, foram condenados por crime de pertinência à organização criminosa em razão da participação no esquema de corrupção que assolou a Petrobras. Há prova acima de dúvida razoável de pagamentos realizados pelo grupo OAS em favor de vários operadores, que tinham por finalidade distribuir a propina.”

⁴ “Historiando os fatos, quando o empreendimento imobiliário pertencia à BANCOOP - Cooperativa Habitacional dos Bancários, LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA teria pago parte por um apartamento simples (nº 141-A), cerca de R\$ 209.119,73, mas o Grupo OAS disponibilizou a ele, ainda em 2009, o apartamento 164-A, triplex, sem que fosse cobrado qualquer acréscimo.

Posteriormente, em 2014, o apartamento passou por benfeitorias, a cargo do Grupo OAS para atender ao ex-Presidente, sem que houvesse igualmente pagamento de preço. Estima o MPF o valor da vantagem indevida em cerca de R\$ 2.424.991,00, assim discriminada: R\$ 1.147.770,00 correspondente à diferença entre o valor pago e o preço do apartamento entregue e R\$ 1.277.221,00 em reformas e na aquisição de bens para o apartamento.” (acórdão recorrido – p. 148).

⁵ <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/06/1776913-delacao-de-socio-da-oas-trava-apos-ele-inocentar-lula.shtml>

supostamente realizadas para atender ao recorrente e sua família⁶. O afirmado pacto de corrupção reconhecido pela sentença e pelos acórdãos impugnados está alicerçado fundamentalmente nas palavras de dois *corréus* e sempre candidatos a delatores, o que por si só configura um grave vício e afronta à legislação federal, como será demonstrado abaixo. As fartas provas de inocência foram desprezadas e substituídas pela fantasiosa versão dos mencionados *corréus*.

08. Sustenta a acusação que a propriedade do *triplex* e a reforma nele realizada seriam contrapartida ao exercício, pelo recorrente, de influência na nomeação de diretores da Petrobras — embora a eleição e nomeação desses diretores *não* esteja dentre as atribuições do Presidente da República e, ainda, embora os nomes dos diretores mencionados tenham sido aprovados por unanimidade pelo Conselho de Administração da petrolífera, órgão que tem a competência para realizar tais atos segundo a Lei das Sociedades Anônimas.

Síntese de uma condenação injusta

09. A sentença ratificada pelo Tribunal de apelação foi proferida pelo absorvente juízo da 13^a Vara Federal de Curitiba, o qual, considerando-se acima das regras relativas à fixação de competência e do princípio constitucional do *juiz natural*, permitiu-se processar e julgar o feito, que não possui, de fato, pertinência com sua competência territorial ou material.

10. E, muito embora o processo só tenha chegado àquele juízo em razão da suposta – inexistente, como se verá – *conexão* com o amplo esquema de

⁶ Anota o voto do revisor da apelação: “*não obstante a inexistência de acordo de colaboração por parte dos réus Agenor Franklin Magalhães e José Adelmário Pinheiro Filho, eles contribuíram efetivamente para a elucidação dos fatos durante a instrução do feito, o que foi considerado pelo Juiz para agraciá-los com benefícios aplicáveis a este e a outros processos: redução de suas penas e permissão de cumprimento em regime prisional mais brando.*” (p. 6/44).

corrupção deflagrado na Petrobras⁷, ao rejeitar embargos declaratórios opostos pela defesa à sentença condenatória, o Juiz reconheceu que *“jamais afirmou, na sentença ou em lugar algum, que os valores obtidos pela Construtora OAS nos contratos com a Petrobrás foram utilizados para pagamento da vantagem indevida para o ex-Presidente”*⁸.

11. Desviou-se aquele juízo, ainda, do dever de imparcialidade, e das balizas do devido processo legal. Na sentença, impôs ao recorrente condenação desprendida de lastro probatório idôneo, fundada em narrativa de corrêus; e por condutas virtuais ou atípicas.

12. No julgamento das apelações, a Corte Regional legitimou o *juízo de exceção*; ratificou a insólita fundamentação da sentença; manteve a ilegal condenação do recorrente por corrupção e lavagem de dinheiro; e ainda empregou critérios inválidos para majorar artificialmente a pena de reclusão, de nove anos e seis meses, para doze anos e um mês.

13. Isso porque, para condenar e majorar a pena do recorrente, o TRF4 afirmou que o recorrente seria o *“comandante” “garantidor maior”*⁹ do suposto

⁷ Resume o voto condutor do acórdão: *“Em apertada síntese, a inicial acusatória aponta que, nesse complexo contexto, Luiz Inácio Lula da Silva seria o principal articulador e avalista do esquema de corrupção que assolou a Petrobras, tendo em vista sua capacidade de decisão com relação aos agentes públicos nomeados para a estatal, assim como de influência e gestão junto a políticos de sua base aliada para manutenção do financiamento político com recursos escusos. Além disso, da mesma fonte que verteu contribuições para o Partido dos Trabalhadores, beneficiou-se com um imóvel, respectivas benfeitorias e mobiliário; bem como do pagamento pela OAS do armazenamento do acervo presidencial junto à empresa Granero.”* (p. 111).

⁸ *“Este Juízo jamais afirmou, na sentença ou em lugar algum, que os valores obtidos pela Construtora OAS nos contratos com a Petrobrás foram utilizados para pagamento da vantagem indevida para o ex-Presidente. Aliás, já no curso do processo, este Juízo, ao indeferir desnecessárias perícias requeridas pela Defesa para rastrear a origem dos recursos, já havia deixado claro que não havia essa correlação (itens 198-199). Nem a corrupção, nem a lavagem, tendo por crime antecedente a corrupção, exigem ou exigiriam que os valores pagos ou ocultados fossem originários especificamente dos contratos da Petrobrás.”*

⁹ Confira-se trecho do voto-condutor: 3.3.10.1. *No caso, a atuação do ex-Presidente 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, como já referido, era o*

esquema de corrupção existente na Petrobras, olvidando-se que tal fato era, à época, apurado no âmbito do Supremo Tribunal Federal (Inq. 4325), conforme reiteradamente advertido pelo saudoso Ministro *Teori Zavascki*¹⁰.

14. O próprio órgão acusador, a despeito de ter dedicado a maior parte da denúncia a narrar tal tese, esclareceu que esta não compunha a imputação deduzida, informação também ratificada pelo juízo de primeiro grau. Ou seja, para fins de condenação, lançou-se mão de fundamentos alheios ao *thema probandum*¹¹.

15. Trata-se, pois, de clara violação ao art. 155 do CPP¹², pois tais fatos, alheios ao escopo da denúncia, não foram – nem poderiam – ser

garantidor de um esquema maior, assegurando nomeações e manutenções de agentes públicos em cargos-chaves para a empreitada criminosa.

Acertada a acusação ao atribuir a responsabilidade criminal no réu LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA em um patamar mais elevado em termos de hierarquia administrativa e constitucional.

¹⁰ No INQ 4130, afirmou: “(...) Portanto, existe um inquérito aberto, aqui no Supremo Tribunal Federal, para investigar o que foi chamado aqui de “esquema geral”. Essa investigação, com a devida vênia, não foi delegada a qualquer outro juízo. Não existe investigação com essa abrangência em outro juízo. Se houver ou se tiver sendo feito em outro juízo esse exame abrangente, certamente haverá problema de competência, porque se estará usurpando uma competência do Supremo Tribunal Federal.”. Já no AgRg na Reclamação nº 25.048, DJe de 18.9.17., manifestou-se no seguinte sentido: “Eu gostaria de fazer uma observação que me parece importante. Nós todos tivemos a oportunidade de verificar, há poucos dias, que num espetáculo midiático - com forte divulgação, fez-se lá em Curitiba, não com a participação do juiz, mas do Ministério Público e da Polícia Federal -, deu-se notícia sobre organização criminosa, colocando o Presidente Lula como líder dessa organização criminosa, dando a impressão, sim, de que se estaria investigando essa organização criminosa. Na verdade, lá não está sendo investigada, e o objeto de oferecimento da denúncia, efetivamente, não foi nada disso. Então houve realmente esse descompasso. Quero dizer, em obter dictum, que essa espetacularização do episódio não é compatível nem com o que foi objeto da denúncia, nem parece compatível com a seriedade que se exige na apuração desses fatos. (...)”.

¹¹ Trecho extraído de manifestação oral do Des. Revisor durante a sessão de julgamento demonstra, com clareza, a incongruência entre a condenação e a imputação formulada pelo MPF, chegando-se a afirmar que o apartamento triplex não seria a questão importante do processo: “(...) Eu faço cuidadosa análise de toda a documentação trazida, e essa questão do triplex, ela está longe, digamos, ela está longe ser a única imputação ou de ser a imputação mais importante. A imputação mais importante não diz respeito propriamente ao recebimento do triplex porque afinal de contas é um bem de menor valor. A imputação mais importante está na primeira parte da denúncia quando se coloca o Presidente da República como garantidor do funcionamento dessa organização criminosa mediante as indicações e as manutenções das pessoas nos cargos e a exploração do capital político que isso lhe atribuía junto à base aliada e para fins eleitorais (...)”

¹² CPP

submetidos ao contraditório judicial, muito menos servir para lastrear uma condenação.

Juízo de exceção

16. A história cuidará de atribuir o devido valor, e de reconhecer o respectivo compromisso republicano de cada personagem do presente contexto de efervescente polarização.

17. O processo penal, entretanto, demanda *impessoalidade*, *objetividade* e *certeza*, seja quanto à higidez formal da acusação; no que diz respeito à ampla defesa; ou — mas não menos importante — no que toca à fixação do *juiz natural*.

18. A garantia do *juiz natural* é uma das mais elementares proteções ao indivíduo no Estado Democrático de Direito e está insculpida na Constituição da República na forma de vedação à criação de um juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII), bem como no direito fundamental de a pessoa ser julgada pelo órgão jurisdicional legalmente competente e previamente definido como tal (art. 5º, LIII).

19. É dizer: consoante já enfatizou o Supremo Tribunal, com base nas próprias normas de direito processual violadas pelo acórdão recorrido, o ordenamento jurídico não autoriza o julgamento deste caso pelo Juiz Federal de Curitiba, uma vez que a única e frágil ligação aventada do sofisticado esquema de corrupção na Petrobras com as imputações deduzidas neste feito é a presença,

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

no polo passivo, dos corréus, que, com desfaçatez, buscaram incriminar o ex-Presidente para serem *agraciados* com os generosos benefícios que a eles se vêm concedendo como colaboradores.

20. Independe de reexame do acervo fático-probatório a constatação de que, ao legitimar o *juízo de exceção* em nome da inquisição, o acórdão recorrido violou os seguintes dispositivos do Código de Processo Penal, todos devidamente prequestionados: os artigos 69 e 70 – que estabelecem os critérios de fixação de competência –; e 76, 77 e 78¹³ – que preveem as taxativas

¹³ **Código de Processo Penal**

" DA COMPETÊNCIA

Art. 69. Determinará a competência jurisdicional:

I - o lugar da infração;

II - o domicílio ou residência do réu;

III - a natureza da infração;

IV - a distribuição;

V - a conexão ou continência;

VI - a prevenção;

VII - a prerrogativa de função.

CAPÍTULO I

DA COMPETÊNCIA PELO LUGAR DA INFRAÇÃO

Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

§1º. Se, iniciada a execução no território nacional, a infração se consumar fora dele, a competência será determinada pelo lugar em que tiver sido praticado, no Brasil, o último ato de execução.

§2º. Quando o último ato de execução for praticado fora do território nacional, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou devia produzir seu resultado.

§3º. Quando incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições, ou quando incerta a jurisdição por ter sido a infração consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção. (...)

"DA COMPETÊNCIA POR CONEXÃO OU CONTINÊNCIA

Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:

I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;

II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1o, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal.

Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:

hipóteses e os critérios de prorrogação por *conexão* ou *continência*. Afrontou, ainda, a garantia constitucional do *juiz natural*¹⁴.

21. O reconhecimento, pelo Juízo – ratificado pelo acórdão –, de que *não há vínculo objetivo* entre os delitos imputados neste processo e os desmandos relativos à Petrobras apurados no âmbito da *Operação Lava-Jato*, é circunstância que, por si, repele a única e artificial razão que atraiu o feito para a Justiça Federal do Paraná, em detrimento da Estadual de São Paulo, onde se localiza a suposta vantagem; ou do Rio de Janeiro, sede da Petrobras; ou de Brasília, onde o recorrente exerceu as elevadas funções de Presidente da República; ou até do Supremo Tribunal Federal, onde apurada sua suposta participação em organização criminosa.

22. Mas, incentivado pela insaciável avidez de certos veículos por prisões e condenações midiáticas, o Juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba finge ignorar as regras legais e constitucionais incidentes, e a consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal; e pretende, com base em simulacro de *conexão instrumental*, tornar-se **juízo universal da corrupção**; estender, a seu talante, sua atribuição jurisdicional a todos os fatos e sujeitos que julgar convenientes.

I - no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri;

II - no concurso de jurisdições da mesma categoria:

a) preponderará a do lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave;

b) prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações, se as respectivas penas forem de igual gravidade;

c) firmar-se-á a competência pela prevenção, nos outros casos;

III - no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação;

IV - no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta.”

¹⁴ **CR/88**

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

23. São pertinentes, pois, as seguintes passagens da ementa do acórdão do Supremo Tribunal relativo à questão de ordem arguida no Inquérito 4.130:

*“[...] 3. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração de competência. 4. A competência para processar e julgar os crimes delatados pelo colaborador que não sejam conexos com os fatos objeto da investigação matriz dependerá do local em que consumados, de sua natureza e da condição das pessoas incriminadas (prerrogativa de foro). 5. Os elementos de informação trazidos pelo colaborador a respeito de crimes que não sejam conexos ao objeto da investigação primária devem receber o mesmo tratamento conferido à descoberta fortuita ou ao encontro fortuito de provas em outros meios de obtenção de prova, como a busca e apreensão e a interceptação telefônica. 6. A prevenção, essencialmente, não é um critério primário de determinação da competência, mas sim de sua concentração, razão por que, inicialmente, devem ser observadas as regras ordinárias de determinação da competência, tanto *ratione loci* (art. 70, CPP) quanto *ratione materiae*. 7. Nos casos de infrações conexas, praticadas em locais diversos, hão de ser observadas as regras de determinação do foro prevalente previstas no art. 78 do Código de Processo Penal, uma vez que a conexão e a continência importam em unidade de processo e julgamento. 8. A prevenção, nos termos do art. 78, II, c, do Código de Processo Penal, constitui critério residual de aferição da competência. 9. Não haverá prorrogação da competência do juiz processante - alargando-a para que conheça de uma causa para a qual, isoladamente, não seria competente -, se não estiverem presentes i) uma das hipóteses de conexão ou de continência (arts. 76 e 77, CPP) e ii) uma das hipóteses do art. 78, II, do Código de Processo Penal. 10. [...]11. Ainda que o juízo de origem, com base nos depoimentos do imputado colaborador e nas provas por ele apresentadas, tenha decretado prisões cautelares e ordenado a quebra de sigilos bancário ou fiscal e a realização de busca e apreensão ou de interceptação telefônica, essas medidas, por si sós, não geram sua prevenção, com base no art. 83 do Código de Processo Penal, caso devam ser primariamente aplicadas as regras de competência do art. 70 do Código de Processo Penal (local da consumação) ou do art. 78, II, a ou b, do Código de Processo Penal (determinação do*

foro prevalente, no caso de conexão ou continência). 12. Os ilícitos em apuração nos procedimentos encaminhados pelo juízo da 13ª Vara da Seção Judiciária do Paraná se referem, dentre outros fatos, a repasses de valores por empresa prestadora de serviços de informática na gestão de empréstimos consignados de servidores federais, no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com a utilização, em tese, de notas fiscais falsas e de empresas de fachada. 13. Não há relação de dependência entre a apuração desses fatos e a investigação de fraudes e desvios de recursos no âmbito da Petrobras, a afastar a existência de conexão (art. 76, CPP) e de continência (art. 77, CPP) que pudessem ensejar o simultaneus processus, ainda que os esquemas fraudulentos possam eventualmente ter um operador comum e destinação semelhante (repasso de recursos a partido político ou candidato a cargo eletivo). 14. O fato de a polícia judiciária ou o Ministério Público Federal denominarem de ‘fases da operação Lava-jato’ uma sequência de investigações sobre crimes diversos - ainda que sua gênese seja a obtenção de recursos escusos para a obtenção de vantagens pessoais e financiamento de partidos políticos ou candidaturas - não se sobrepõe às normas disciplinadoras da competência. 15. Nenhum órgão jurisdicional pode-se arvorar de juízo universal de todo e qualquer crime relacionado a desvio de verbas para fins político-partidários, à revelia das regras de competência. 16. A mesma razão (inexistência de conexão) que motivou o não reconhecimento da prevenção de Ministro da Suprema Corte que supervisiona a investigação de crimes relacionados à Petrobras estende-se ao juízo de primeiro grau. [...]”¹⁵

24. Como se vê, no que diz à “competência do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, **por conexão ou continência**”, entende o Supremo Tribunal “que os fatos a serem reputados conexos com feitos da Operação Lava Jato são os relativos a ‘fraudes e desvios de recursos no âmbito da Petrobras’”¹⁶.

¹⁵ Inq. 4.130 QO, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, DJe de 2.2.16.

¹⁶ Cf. Pet. 7075, rel. Min. Edson Fachin, redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 15.12.17; e Pet 7076, rel. Min. Edson Fachin, redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 5.10.17.

25. Ora, integra a nobre natureza contramajoritária da função jurisdicional a tutela de direitos individuais, preservando-os, principalmente, dos abusos praticados por agentes do Estado.

26. E, por óbvio, o basilar princípio do juiz natural e as regras legais de competência não podem se curvar ao espanto e à indignação causados pela divulgação descontrolada de escândalos; nem, tampouco, à popularidade de um juiz em razão do rigor de sua caneta.

27. Com todo o respeito devido, chega a hora de o Superior Tribunal de Justiça, responsável pela uniformização da interpretação da legislação processual, dar um *basta* no que, de *excepcional*, parece ter-se tornado *cotidiano*: a usurpação de competência de juízos de outros foros e de diferentes esferas do Poder Judiciário, pelo Juiz Federal de Curitiba.

28. O fato indiscutível é que *não há correlação* entre os desvios praticados na Petrobras e o custeio da construção do edifício ou, ainda, das supostas reformas realizadas no tal *tríplex* — que, por sua vez, *não têm qualquer relação jurídica* com o recorrente ou ainda com as imputações julgadas improcedentes¹⁷.

29. Ao alinhar-se, porém, à tendência absorvente do juízo de primeiro grau, o Tribunal Regional contrariou expressamente as normas processuais

¹⁷ O recorrente foi absolvido da acusação de corrupção relativa ao armazenamento dos bens do acervo presidencial. Consta do acórdão recorrido, *verbis*:

“*Narra a denúncia que LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, PAULO TARCISO OKAMOTTO e JOSÉ ADELMÁRIO PINHEIRO FILHO, em comunhão de esforços, praticaram os crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro. Diz o Ministério Público Federal que os acusados são responsáveis por 61 (sessenta e uma) condutas correspondentes ao pagamento da locação de espaço na empresa Granero Transportes para armazenamento do acervo do ex-Presidente entre os anos de 2011 e 2016. (...)*

Assim, não merece provimento o recurso interposto pelo Ministério Público Federal, sendo impositiva a manutenção da absolvição dos denunciados JOSÉ ADELMÁRIO PINHEIRO FILHO, LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA e PAULO TARCISO OKAMOTTO dos crimes de corrupção ativa e passiva e de lavagem de dinheiro pelo armazenamento do acervo presidencial.” (p. 249/253).

acima indicadas, e *criou* hipótese de atração de competência não prevista em lei. Fê-lo, ademais, argumentando com autoridade, em violação ao dever constitucional de *fundamentação*¹⁸ – na expressão do ilustre decano do Supremo Tribunal, *pressuposto de legitimidade das decisões judiciais*¹⁹ –, ou seja, sem enfrentar detidamente estes argumentos de direito, deduzidos na apelação do ora recorrente.

30. Explicitamente, o Tribunal aderiu à *motivação* do juízo de origem, ratificando a única razão da afirmação de competência: a conjectura de que os valores que caracterizam a suposta *vantagem indevida* teriam alguma ligação – segundo a denúncia, remota; para o acórdão condenatório, *prescindível* –, com crime antecedente relacionado a contratos da Petrobras com a OAS.

31. Porém, o próprio aresto confirma que “*com ou sem a ocorrência de sobrepreço na licitação ou prejuízo da Petrobras, é possível examinar se houve a prática de corrupção ativa e passiva, além de lavagem de dinheiro*” constantes da imputação (p. 68).

32. Reconhece-se, pois, que, se o recorrente tivesse solicitado, aceito ou recebido vantagem para influenciar a prática de ato que não integra o ofício da função pública que ele exercia, pouco importaria a origem dos valores que teriam sido usados pela OAS para beneficiá-lo.

33. Nesse sentido, o acórdão que rejeitou os embargos de declaração do recorrente ratificou a afirmação explícita de que o esquema de corrupção na

¹⁸ CR/88

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

¹⁹ HC 80.892, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 22.11.07.

Petrobras é indiferente à suposta corrupção do ex-Presidente neste caso do *triplex*:

“Referi, ainda, no voto condutor que ‘... o recebimento pessoal dessa vantagem, ao meu sentir, decorre de desígnio autônomo em relação à corrupção havida em favor do Partido dos Trabalhadores. Esta se deu mediante o extenso esquema de corrupção havido no seio da Petrobras, com destinação de recursos de contratos obtidos mediante ajuste de vontades dos concorrentes, em benefícios de diversas pessoas e partidos políticos. Já em relação ao apartamento e suas melhorias, a vantagem está deslocada no tempo e no espaço em relação ao recebimento anterior. Há nova linha de nexos causal, no mínimo relativamente à diferença de preço entre a unidade adquirida (141) e aquela que lhe fora destinada (164-A) e os custeios das reformas e mobiliários, ainda que o dinheiro tenha a mesma origem espúria. Trata-se, a toda evidência, de crimes distintos””.

34. Acontece que, como se extrata do acórdão da QO no Inquérito 4.130, cuja ementa se transcreveu acima, o Supremo Tribunal Federal admitiu a prorrogação de competência daquele juízo apenas aos crimes **conexos** às *“fraudes e desvios de recursos no âmbito da Petrobras”*, realçando, a propósito, que *“a colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração de competência”*.

35. Ainda, na mesma assentada, é preciso insistir, decidiu a Suprema Corte que somente *“fatos que se imbriquem de forma tão profunda”* com supostos desvios no âmbito da Petrobras podem ser investigados pela chamada *“Operação Lava Jato”* e, conseqüentemente, pelo Juízo da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba²⁰

²⁰ Esse entendimento foi reafirmado por meio de decisão proferida nos autos da AP 963/PR: *“8. No caso, não se verifica a existência de conexão ou continência que determine o acolhimento da manifestação do Ministério Público de remessa dos autos ao juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba. Pelo contrário, a análise*

36. Tudo isso afasta a *fantasia* de que este feito estaria alcançado pela competência daquele Juiz, afinal, a conexão não é mero critério de *conveniência* da acusação, e no Brasil não existe *juiz de instrução*. Conforme anota o julgado da Suprema Corte, “*nenhum órgão jurisdicional pode-se arvorar de juízo universal de todo e qualquer crime relacionado a desvio de verbas para fins político-partidários, à revelia das regras de competência*”.

37. Portanto, se o Tribunal *a quo* admite que a apuração dos crimes imputados neste feito criminal poderia ser feita “*com ou sem a ocorrência de sobrepreço na licitação ou prejuízo da Petrobras*” (p. 68); considera que a “*origem dos recursos utilizados pela OAS para pagamento de propina não é imprescindível para a identificação dos crimes imputados*” (p. 69); porque “*o recebimento pessoal dessa vantagem (...) decorre de desígnio autônomo em relação à corrupção havida no seio da Petrobras, com destinação de recursos de contratos obtidos mediante ajuste de vontades dos concorrentes, em benefícios de diversas pessoas e partidos políticos*”; resta indiscutível que as ações penais são, de tudo, autônomas e independentes entre si.

38. Falta à causa, portanto, *liame objetivo* com os crimes imputados nas ações penais que firmaram a competência daquele juízo, ainda que se afirme que provas já colhidas em outros feitos tenham alguma utilidade neste.

dos autos, tendo em vista as balizas fixadas por esta Corte no julgamento da questão de ordem no Inquérito 4130, Rel. Min. Dias Toffoli, leva a conclusão de que os fatos objeto da presente ação penal, embora tenham relação com os que são objeto do inquérito 4075, em curso perante essa Suprema Corte (já que nele figura como investigado parlamentar federal), não há indicativo de que guardem estrita relação de conexão com imputações objeto de outra ação penal que seja da competência da 13ª Vara Federal de Curitiba e com a qual deva ser reunida para processo e julgamento conjunto. Por oportuno, destaca-se do voto do Ministro Dias Toffoli proferido no julgamento da mencionada questão de ordem, que também se discutia a existência ou não de conexão que justificasse a remessa daqueles autos ao juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba.” (AP 963, Relator(a): Min. Teori Zavascki. j. 29/10/2015. Publicado 05/11/2015).

39. Incide, pois, a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – que vem sendo reiterada há *vinte e cinco anos* – segundo a qual “à *verificação da conexão probatória não basta o simples juízo de conveniência da reunião de processos sobre crimes distintos: é preciso que entre elas haja vínculo objetivo – que se insinua por entre as infrações em si mesmas*” (destacou-se).²¹

40. De fato, só existe *conexão instrumental* se, em decorrência da imbricação dos delitos *entre si*, existir ***prejudicialidade homogênea***, expressão cunhada por *Fernando da Costa Tourinho Filho* para definir o vínculo objetivo das infrações consigo mesmas, como ocorre, por exemplo, entre o furto e a posterior receptação; vínculo que, em princípio, impõe unidade de processo e de julgamento²².

41. No caso dos autos, muito embora reconheça a inexistência de *conexão* e a independência objetiva deste feito, o acórdão recorrido deduz que a *prevenção* firmaria a competência do juízo.

42. No entanto, consoante já asseveraram o Supremo Tribunal – como visto, no âmbito da própria *Operação Lava-Jato* –, e o Superior Tribunal de Justiça²³, a *prevenção* é critério *subsidiário* de fixação de competência, que

²¹ HC 67.769, rel. *Sepúlveda Pertence*, RTJ 142/491. Cf., no mesmo sentido, HC 79.506, rel. Min. *Nelson Jobim*, RTJ 105/419; RHC n. 120.379, rel. Min. *Luiz Fux*, 1ª Turma, DJe de 24.10.14; e Inquérito 4.130, rel. Min. *Dias Toffoli*, Tribunal Pleno, DJe de 2.2.16.

²² “[...] a conexão probatória encontra seu fundamento na manifesta prejudicialidade homogênea que existe. Se a prova de uma infração influi na prova de outra, é evidente que deve haver unidade de processo e julgamento, pois, do contrário, teria o juiz que suspender o julgamento de uma, aguardando a decisão quanto à outra. No exemplo dado, para se condenar o receptor, é preciso que se prove que a coisa adquirida era produto de crime. O furto é, pois, prejudicial da receptação. Assim, ambos os crimes devem ser apreciados conjuntamente.” (*Processo Penal*, vol. 2, 4ª edição, Editora Jalovi: Bauru, SP, 1978, p. 105).

²³ “Como regra, a fixação da competência de foro ou territorial segue a teoria do resultado, sendo determinante o lugar da consumação da infração, ou do último ato da execução, nas hipóteses de tentativa (art. 70 do CPP), tendo como critério subsidiário o domicílio do réu (CPP, art. 72). A denominada competência por prevenção, que pressupõe distribuição (CPP, art. 75, parágrafo único), no geral, é utilizado como critério subsidiário de fixação da competência territorial, baseado na cronologia do exercício de atividade jurisdicional, mesmo que antes de oferecida denúncia ou queixa, necessariamente

pressupõe, assim, *concorrência* de juízos competentes. Logo, ela não prorroga a atribuição de um juízo incompetente, em detrimento do juiz natural.

43. Diga-se, a propósito, que não tem lugar, na espécie, a separação de processos aludida no artigo 80 do Código de Processo Penal²⁴, já que essa faculdade pressupõe, antes de tudo, a *unidade* dos feitos.

44. A leitura do extenso voto condutor do aresto evidencia, ainda, que o Tribunal Regional nem cogita de continência a atrair a competência daquele Juiz Federal.

45. Ao contrário: o *cesarista* acórdão menciona genericamente todas as hipóteses de atração de competência e assevera que “*tudo mais que se disser será mera repetição daquilo que tantas vezes tem sido assentado pela 8ª Turma e pelos Tribunais Superiores, no sentido de que a 13ª Vara Federal de Curitiba é competente para este e para os demais processos da Operação Lava-Jato em fatos relacionados à Petrobras*” (p. 19).

46. Mas, como inexistente conexão ou continência dos crimes imputados neste caso com os delitos relativos à Petrobras, e o próprio acórdão confirma essa circunstância, é forçoso reconhecer que as infrações constantes da denúncia deste processo criminal não dizem respeito à *Operação Lava-Jato*, e são conexas única e exclusivamente entre si.

47. Incide, pois, a regra de competência prevista no art. 78, II, ‘a’, do Código de Processo Penal, isto é: “*o foro do lugar em que tiver sido consumado*

entre dois ou mais juízes igualmente competentes ou com competência cumulativa, consoante aponta o art. 83 do CPP.” (RHC 50.651/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 9.11.15).

²⁴ “Art. 80. *Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.*”

o crime mais grave”, no caso, as imputações de corrupção ativa e passiva, em tese, ocorridas no estado de São Paulo.

48. Por outro lado, ainda que se admitisse a remota ligação do caso com desfalques na Petrobras, dado o reconhecimento da falta de conexão processual com o amplo esquema de fraude às licitações deflagrado na Estatal, é *materialmente incompetente*²⁵ a Justiça Federal, porque as imputações deduzidas neste feito não integram as atribuições previstas no artigo 109 da Constituição da República²⁶.

49. Vê-se, pois, que a violação do aresto aos artigos 69, 70 e 76, do Código de Processo Penal; e aos artigos 5º, XXXVII e LIII, e 109, da Constituição Federal, é *matéria de direito*, que, por si, infirma a validade da

²⁵ Súmula 42/STJ: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento.”.

²⁶ **CR/88**: “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

VII - os habeas corpus, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

VIII - os mandados de segurança e os habeas data contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o ‘exequatur’, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

XI - a disputa sobre direitos indígenas.”

condenação do recorrente, processado e julgado por *juízo de exceção*²⁷; e acarreta a nulidade absoluta dos atos praticados neste processo, nos termos dos artigos 564, I²⁸, e 573, §1^{o29}, do Código de Processo Penal.

Juiz suspeito

50. À falta de atribuição funcional do juízo sentenciante, soma-se sua incapacidade *subjetiva* de julgar este caso com a indispensável imparcialidade.³⁰

51. O recorrente tem ciência da dificuldade em reconhecer-se, no atual estágio processual, a *suspeição* do juízo originário³¹, mas não pode deixar de denunciar o envolvimento *pessoal* do Juiz com esta causa; sua flagrante intenção de lastrear uma condenação que engendrara mentalmente antes mesmo do oferecimento da denúncia.

²⁷ CR/88: Art. 5º: “XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

²⁸ CPP: “Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;”.

²⁹ “Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

§1º. A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.”

³⁰ O acórdão recorrido assim resume os fundamentos da arguição de suspeição: “A *suspeição do magistrado vem, no dizer da defesa, fundada ainda em supostas ilegalidades e arbitrariedades na condução do processo, em especial, nos seguintes pontos: (i) ilegalidade da condução coercitiva; (ii) arbitrária quebra de sigilo telefônico; (iii) divulgação seletiva de diálogos; (iv) monitoramento da estratégia de defesa com a quebra de sigilo telefônico de advogados; (v) convicção da responsabilidade criminal do apelante na decisão de recebimento da denúncia; (vi) animosidade para com os defensores do apelante; (vii) prejulgamento em informações prestadas ao STF; (viii) criação na rede social 'Facebook' de página intitulada 'Eu MORO com ele #rosangelawolfmoro'; (ix) entrevista concedida ao portal da Folha de São Paulo no dia 30/07/2017, na qual teria se manifestado expressamente sobre o processo; (x) participação em eventos políticos e/ou com públicos manifestamente antagônicos ao apelante; (xi) aspectos relacionados à titularidade do domínio do apartamento triplex no Guarujá/SP, cuja transferência nunca poderia ter ocorrido.” (p. 21).*

³¹ CPP

“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”.

52. Conforme enfatizou o eminente Ministro *Gilmar Mendes* no HC 95.518/PR, o qual impugnava ato daquele mesmo Juiz Federal, somente por meio de “*inequívoco desserviço e desrespeito ao sistema jurisdicional e ao Estado de Direito, o juiz irroga-se de autoridade ímpar, absolutista, acima da própria Justiça, conduzindo o processo ao seu livre arbítrio, bradando sua independência funcional*”. Ora – prossegue o precedente –, “*o juiz é órgão de controle no processo criminal. Tem uma função específica. Ele não é sócio do Ministério Público e, muito menos, membro da Polícia Federal, do órgão investigador no desfecho da negociação*”.³²

53. É oportuno lembrar, que, ainda durante a fase pré-processual, e embora ciente da repercussão que sua decisão teria, sob o pretexto da *excepcionalidade* do caso, uma semana após conduzir coercitivamente o recorrente, e três dias depois de remeter missiva pessoal a jornalista da Rede Globo clamando a atenção dos governantes para a “*voz das ruas*”³³, aquele Juiz liberou a divulgação de áudios relativos à interceptação telefônica do recorrente, expondo, dentre outras, ligação colhida *após o término da autorização judicial*, entre ele e a então Presidente da República, em flagrante usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Isso contribuiu para o aumento da pressão popular e das agitações parlamentares que culminaram no *impeachment* da ex-Presidente; e expôs desnecessariamente o recorrente e sua família.

54. “*A neutralidade*” – dilucida precedente relatado pelo eminente Ministro *Eros Grau* – “*impõe que o juiz se mantenha em situação exterior ao conflito objeto da lide a ser solucionada. O juiz há de ser estranho ao conflito. A independência é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes*

³² Rel. p. acórdão Min. *Gilmar Mendes*, 2ª Turma, DJe de 18.3.14.

³³ <http://g1.globo.com/politica/blog/cristiana-lobo/post/sergio-moro-diz-que-ficou-tocado-com-apoio-da-populacao-lava-jato.html>

do sistema e do governo. Permite-lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo – quando o exijam a Constituição e a lei – mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas. A imparcialidade é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos. Significa julgar com ausência absoluta de prevenção a favor ou contra alguma das partes³⁴.

55. É absolutamente inadmissível – e só se justifica por uma posição pessoal do magistrado –, a usurpação de competência da Suprema Corte, por um juiz de primeira instância, sob o subterfúgio etéreo do *interesse público*; para expor ligação telefônica, aliás, que não tinha qualquer relação de pertinência com os delitos imputados neste feito, assim como várias outras, de cunho exclusivamente privado, expostas desnecessariamente e com fins alheios ao Direito, em violação ao artigo 9º da Lei 9.296/1996^{35 36}.

56. Essa e outras condutas do magistrado evidenciam que as consequências políticas deste caso e de sua exposição, mais que efeito secundário de um suposto *devido processo*, integram as *intenções* do juiz sentenciante.³⁷

³⁴ HC 95.099, Pleno, DJe de 18.12.2008.

³⁵ **Lei 9.296/1996**

“Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.”

³⁶ O acórdão registra a usurpação de competência do Supremo Tribunal, pelo juízo originário, naquele lamentável episódio:

“Nessa linha, a violação de competência da Corte Suprema tem conexão exclusiva no que pertine ao levantamento de sigilo e à nulidade das interceptações posteriores à determinação de interrupção, somente pela captura de diálogos travados entre o apelante LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA e a então Presidenta da República” (p. 38).

³⁷ A despeito disso da intenção midiática do magistrado de primeiro grau, o acórdão recorrido afirma o seguinte: “Em linhas gerais, ganha relevo a tentativa da defesa de atribuir ao processo uma conotação política, visto esta bastante equivocada e que somente se explica pela tentativa de desqualificar não só o juiz

57. Daí por que o em. Desembargador Rogério Favreto realizou, no julgamento do recurso nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS pela Corte Especial do Tribunal Regional, os sérios indícios da falta de parcialidade do Juiz:

“O quadro torna-se ainda mais grave diante da informação de que parte das conversas divulgadas foi captada ilegalmente, após a ordem de interrupção da interceptação. Isso implicou a publicização de diálogo interceptado ilegalmente, reitere-se entre o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e a então Presidente Dilma Rousseff, com consequências sérias no cenário político brasileiro.

Cabe acentuar, ainda, que o levantamento do sigilo contemplou conversas que não guardam nenhuma relação com a investigação criminal, expondo à execração pública não apenas o investigado, mas também terceiras pessoas.

De mais a mais, a decisão emanou de juízo incompetente, porquanto constatados diálogos com pessoas detentoras de foro por prerrogativa de função, o que deveria ter ensejado a imediata remessa do feito ao Supremo Tribunal Federal, conforme reiterada orientação daquela Corte. [...]

Em suma, o ato de levantamento do sigilo de conversas telefônicas interceptadas encontra-se inquinado pelas seguintes ilegalidades: a) houve transgressão aos arts. 8º e 9º da Lei 9.296/1996 e ao seu fundamento constitucional (art. 5º, XII); b) não foi observado o prévio contraditório, com infração ao art. 5º, LV, da Constituição Federal; c) parte das conversas divulgadas foi captada ilegalmente, após a ordem de interrupção da interceptação; d) a decisão emanou de juízo incompetente. [...]

Outrossim, a tentativa de justificar os atos processuais com base na relevância excepcional do tema investigado na comentada operação, para submeter a atuação da Administração Pública e de seus agentes ao escrutínio público, também se afasta do objeto e objetivos da investigação criminal, mormente porque

natural, mas também a própria atividade jurisdicional. Ainda que do processo possam surgir repercussões políticas e sociais, aspectos externos não contaminam a sua condução. Tampouco se confirma qualquer seletividade deliberada para prejudicar o apelante ou mesmo o invocado antagonismo político.” (p. 22).

decisão judicial deve obediência aos preceitos legais, e não ao propósito de satisfazer a opinião pública.

Um segundo fator externo ao processo e estranho ao procedimento hermenêutico que pode ter motivado a decisão tem índole política. (...) São conhecidas as participações do magistrado em eventos públicos liderados pelo Sr. João Dória Junior, atual candidato à Prefeitura de São Paulo pelo PSDB e opositor notável ao governo da ex-Presidente Dilma Rousseff. Vale rememorar, ainda, que a decisão foi prolatada no dia 16 de março, três dias após grandes mobilizações populares e no mesmo dia em que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi nomeado para o cargo de Ministro da Casa Civil.

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.

Com efeito, o resultado da divulgação dos diálogos possibilitada sobretudo pela retirada do segredo de Justiça dos autos foi a submissão dos interlocutores a um escrutínio político e a uma indevida exposição da intimidade e privacidade. Mais ainda, quando em curso processo de impedimento da Presidenta da República, gerando efeitos políticos junto ao Legislativo que apreciava o seu afastamento. Penso que não é esse o papel do Poder Judiciário, que deve, ao contrário, resguardar a intimidade e a dignidade das pessoas, velando pela imprescindível serenidade. [...]

Aliás, esse dever de cautela resta redobrado pelo destaque da Operação Lava Jato e pela repercussão que as mídias reproduzem na sociedade, mormente quando alguns magistrados e membros do Ministério Público se apresentam mais como atores globais e midiáticos, quando deveriam prezar pela discrição e serenidade em sua atuação. Exemplo mais recente de menosprezo aos preceitos basilares do processo penal foi a apresentação de denúncia contra o Ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva por Procuradores da República, acompanhada de apresentação em Power Point em rede nacional de TV e rádio.

[...]

Em conclusão, além de possíveis infrações disciplinares, penso que o caso em exame pode revelar uma subversão do sistema acusatório, a exemplo dos fatos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal no HC 95.518, acima referido, envolvendo o mesmo magistrado”.

58. Ademais, plenamente possível constatar a suspeição do juízo de primeiro grau a partir do exame objetivo de sua imparcialidade (também conhecida como *teoria da aparência geral de imparcialidade*). Por esta via, necessário apenas demonstrar a existência de *fundadas razões* para duvidar da imparcialidade do magistrado, que não foram afastadas pelo mesmo no curso do processo. Nesta perspectiva, não se discute se o juiz, em seu íntimo, possui ou não interesse pessoal no deslinde do processo, mas tão somente se o juiz aparenta, a partir de critérios objetivamente aferidos, ter perdido sua parcialidade.

59. A distinção entre imparcialidade *subjetiva* e *objetiva* ganhou contornos mais nítidos no julgamento de *Piersack v. Belgium*³⁸, realizado perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) em 1982. Na ocasião, assentou-se a possibilidade de “*se distinguir entre um aspecto*

³⁸Tribunal Europeu de Direitos Humanos, *Piersack v. Belgium*, sentença de 1º de outubro de 1982.

subjetivo, que trata de verificar a convicção de um juiz determinado em um caso concreto, e um aspecto objetivo, que se refere a se este oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável ao respeito”³⁹

60. Assim, conforme o precedente, hoje pacífico no âmbito daquela respeitável Corte ⁴⁰, *se houver razões legítimas para duvidar da imparcialidade do juiz, ele deverá abster-se de julgar o processo, pois, em tais situações, o que está em jogo é a confiança que os tribunais inspiram nos cidadãos em uma sociedade democrática⁴¹.*

61. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), desde 2004, adota a mesma posição, cindindo a imparcialidade em objetiva e subjetiva, como em *Usón Ramirez vs. Venezuela*: “117. (...) *A imparcialidade pessoal ou subjetiva se presume a menos que exista prova em contrário. Por sua parte, a denominada prova objetiva consiste em determinar se o juiz questionado apresentou elementos convincentes que permitam eliminar temores legítimos ou fundadas suspeitas de parcialidade de sua pessoa*”⁴².

62. O Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (CDH-ONU) também adotou a tese produzida no TEDH. Para tanto,

³⁹ Tradução livre – destacou-se.

⁴⁰ Outros relevantes precedentes sobre a imparcialidade objetiva no TEDH: *Cubber v. Belgium, Hauschildt v. Denmark e Saraiva de Carvalho v. Portugal*.

⁴¹ O entendimento firmado pela Corte Europeia pode ser resumido neste contundente excerto de *Delcourt v. Belgium*: “Justice must not only be done; it must also be seen to be done”. TEDH, *Delcourt v. Bélgica*, sentença de 17 de janeiro de 1970.

⁴² Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Usón Ramírez vs. Venezuela*, Sentencia de 20 de noviembre de 2009 – tradução livre. No mesmo sentido: *Apitz Barbera y Otros vs. Venezuela, Herrera Ulloa vs. Costa Rica*.

registrou sua compreensão em uma das edições de comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)⁴³.

63. Referido entendimento foi aplicado no precedente *Lagunas Castedo v. Spain*⁴⁴, no qual se decidiu que o juiz não deve apenas ser imparcial, mas também *aparentar* ser imparcial: “*Para que a função jurisdicional seja legitimamente exercida, não basta que o magistrado seja subjetivamente imparcial, mas é necessário também que a sociedade acredite que o julgamento se deu perante um juiz imparcial*”⁴⁵.

64. O Supremo Tribunal Federal possui relevante precedente em que o Min. *Cezar Peluso*, em seu voto-vista, aplicou a teoria da **imparcialidade objetiva**: o *Habeas Corpus* nº 94.641-1/BA, (rel. Min. *Joaquim Barbosa*):

“Caracteriza-se, portanto, hipótese exemplar de ruptura da situação de imparcialidade objetiva, cuja falta incapacita, de todo, o magistrado para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida, em relação à qual a incontornável predisposição psicológica nascida de profundo contato anterior com as revelações e a força retórica da prova dos fatos o torna concretamente incompatível com a exigência de exercício isento da função jurisdicional. Tal qualidade, carente no caso, diz-se objetiva, porque não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (imparcialidade dita subjetiva), mas porque corresponde à condição de originalidade da cognição que irá o juiz

⁴³ O “*General Comment No. 32. Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*”

⁴³, em seu parágrafo 21, define que: “A exigência de imparcialidade possui dois aspectos. Primeiramente, juízes não devem permitir que seu julgamento seja influenciado por inclinações pessoais ou preconceitos, nem abrigar concepções a respeito do caso específico, nem agir de modo a promover indevidamente os interesses de uma parte em detrimento da outra. **Em segundo lugar, o tribunal também deve parecer imparcial para um observador razoável**” (tradução livre)

⁴⁴ Human Rights Committee, Communication No. 1122/2002, *Lagunas Castedo v. Spain*, Views of 13-31 October 2008, para. 9.5.

⁴⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique, *Processo Penal*, 3ª. edição. São Paulo: RT, 2015, p. 43.

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”.

65. Este Colendo **Superior Tribunal de Justiça** caminha no mesmo sentido, como se observa de expressivo julgado de lavra do eminente Min. *Herman Benjamin*:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. JUIZ. AMIZADE ÍNTIMA COM ADVOGADO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO PRESENTE. DANO AO ERÁRIO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (...)

7. Não se olvida que, apenas na vigência do CPC/2015, ser o juiz amigo íntimo ou inimigo do advogado de alguma das partes passa a ser causa de suspeição, não havendo tal previsão no CPC de 1973. A propósito: REsp 600.737/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 26.9.2005; REsp 4.509/MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, DJ 26.11.1990.

8. Contudo, em casos como o presente, em que a Corte local expôs em minúcias a relação com altíssimo grau de intimidade entre o juiz e o advogado, superando a simples amizade, concluindo ser incontroverso nos autos tal fato, caracterizada está a ofensa ao dever de imparcialidade objetiva do juiz, sendo certo que o próprio magistrado confirmou a aquisição de bens em conjunto com advogado (uma sala comercial em Curitiba e um apartamento em Florianópolis) e a utilização de automóvel do causídico: "é incontroverso que o Autor possuía amizade com o Dr. Hugo Castanho, tanto é que o Réu mencionou em seu depoimento que possuía 'um grau de amizade anterior' com o advogado, mesmo antes dele ser advogado (...). O Réu nega ter custeado a faculdade do Dr. Hugo (...), mas afirma ter adquirido alguns bens em conjunto com o advogado: uma sala comercial em Curitiba e um pequeno apartamento de veraneio em Florianópolis (...). O Réu aceitou a doação de um cachorro do advogado e afirmou ter utilizado um carro que estava em

nome do Dr. Hugo, adquirido porque estava com restrições cadastrais" (fl. 2.632-2.633)⁴⁶.

66. Portanto, vê-se que é consensual nos Tribunais Internacionais (TEDH, CIDH e CDH-ONU) o entendimento de que é possível aferir a imparcialidade do julgador a partir de dois aspectos, um de natureza subjetiva e outro de cunho objetivo. Este último observa tão somente se o juiz apresentou elementos convincentes capazes de eliminar *temores legítimos* ou *fundadas suspeitas* sobre a sua eventual parcialidade. Nos Tribunais Pátrios, embora a tese ainda não seja hegemônica, vem adquirindo relevância e protagonismo.

67. Ao se definir que o critério adequado de aferição da suspeição do magistrado excepto é objetivo, deixa-se de discutir os aspectos psicológicos do julgador (*se o julgador, em seu âmago, possui sentimento de inimizade capital com o jurisdicionado*), para questionar se ***este ofereceu garantias suficientes à sociedade de que o acusado está sendo julgado de forma imparcial*** (*se o julgador dá azo à eventual arguição de que não possui a necessária equidistância e isenção para conduzir e julgar o feito*). Vale dizer, as razões que legitimam o temor de falta de imparcialidade devem ser objetivamente justificadas⁴⁷.

68. No caso concreto, consoante exhaustivamente demonstrado, a imagem que a sociedade possui da relação entre o magistrado de primeira instância e o recorrente, é de que se tratam de *rivals*. São vistos como *inimigos*, ocupando polos opostos. Não foi por outro motivo que duas revistas do país que circularam na véspera do interrogatório do recorrente na

⁴⁶ REsp 1528102/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/05/2017, DJe 12/05/2017

⁴⁷ Human Rights Committee, Communication No. 1122/2002, Lagunas Castedo v. Spain, Views of 13-31 October 2008, para. 9.5.

ação penal da qual aqui se recorre, o colocaram em um *ringue* – não com o Ministério Público –, mas com o próprio magistrado de primeiro grau.

69. É fato notório a clara percepção social — refletido por tais veículos de imprensa — de que o recorrente e o magistrado são adversários, oponentes. Assim, o interrogatório seria o momento em que se realizaria o “*ajuste de contas*” e o “*primeiro encontro cara a cara*”.

70. Poderia se cogitar – como o faz os vv. acórdãos impugnados – que o magistrado não tem, nem poderia ter, controle sobre como a imprensa o retrata, ou, ainda, que ele não poderia ser afastado do caso por ações deliberadas da parte, conforme prescreve o art. 256, CPP⁴⁸. O cerne da questão passa a ser: ante o temor justificado do Recorrente de que não está sendo submetido a um julgamento justo, o magistrado *ofereceu garantias à sociedade* de que esta opinião não prospera? A resposta é **negativa**.

71. A título de ilustração, três fatos notórios não deixam margem de dúvida de que o magistrado, ao contrário de afastar as suspeitas de sua parcialidade, contribuiu significativamente para a formação desta percepção social dominante, expressa na capa dos periódicos. Como já exposto acima, em 13.03.2016, após protestos antagônicos ao recorrente e seu partido político, o magistrado excepto emitiu nota pública e a distribuiu à imprensa, na qual disse estar “*tocado pelo apoio às investigações da assim denominada Operação Lava Jato*”. Em 16.03.2016, após nomeação do recorrente ao cargo de Ministro de Estado, violou o sigilo de interceptações telefônicas – inclusive com a Presidente da República – e divulgou indevidamente os áudios e transcrições, com o evidente *animus* de prejudicar o recorrente e sua

⁴⁸ Art. 256. A suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la.

posse como Ministro. Por fim, compareceu a sucessivos eventos organizados por opositores políticos do recorrente (e nunca o contrário).

72. Por estes fatos *notórios* evidencia-se que o magistrado conferiu (e confere) justa causa à percepção social de que ele se posiciona como opositor do recorrente.

73. Necessário, ainda, sobre a questão, discutir um último ponto. O acórdão recorrido assevera que o rol das hipóteses de suspeição do Código de Processo Penal, contido no artigo 254, seria taxativo (e não exemplificativo), não sendo possível a criação de hipóteses de suspeição por analogia⁴⁹.

74. Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça divergem quanto às hipóteses de reconhecimento da suspeição. Enquanto o STF considera o rol taxativo, o STJ o entende como exemplificativo. Como consequência prática, o STF exige, para além da demonstração do comprometimento psicológico do julgador, adequação estrita aos termos dos incisos do artigo 254, o qual deixa de incluir expressamente a *perda da imparcialidade* como hipótese de suspeição. Logo, por esta compreensão, data vênua, ultrapassada, se o magistrado quebra o dever de imparcialidade, mas sua conduta não se amolda perfeitamente às hipóteses do referido catálogo, não haveria que se falar em suspeição.

⁴⁹ 4. O rol do art. 254 do CPP constitui *numerus clausus*, e não *numerus apertus*, sendo taxativas as hipóteses de suspeição. Precedentes desta Corte e do STF (Exceção de Suspeição Criminal nº 5052962-04.2016.404.0000, Des. Federal Cláudia Cristina Cristofani, por unanimidade, juntado aos autos em 16/12/2016). (pg. 22)

75. Como alerta *Aury Lopes Jr.*: “*Não pode [o rol do art. 254] ser taxativo, sob pena de – absurdamente – não admitirmos a mais importante de todas as exceções: a falta de imparcialidade do julgador (recordando que o Princípio Supremo do processo é a imparcialidade)*”⁵⁰.

76. Afigura-se imprescindível a superação do entendimento do Supremo Tribunal Federal (*overruling*), para que reconheça o rol do artigo 254 do CPP como exemplificativo, conferindo centralidade à aferição da perda da imparcialidade do julgador, condição indispensável para a existência de um julgamento justo (“*fair trial*”) – tudo em razão das garantias constitucionais insculpidas no artigo 5º, incisos LIV, LV, LVII da Constituição Federal. Afinal, o escopo da norma é garantir que todo cidadão seja submetido a um processo justo, não devendo se proibir o reconhecimento da suspeição quando o julgador perde a imparcialidade.

77. A propósito, o voto do Ministro *Celso de Mello* no já referido *Habeas Corpus* nº 95.518/PR caminha nesse sentido, ao dispor que a quebra da imparcialidade viola o direito a um julgamento justo e ao devido processo legal, sendo causa de reconhecimento de suspeição e afastamento do julgador⁵¹.

78. O novo Código de Processo Civil (2015), atento à *função* desempenhada pelos institutos do impedimento e da suspeição, **editou rol contemplando hipóteses de suspeição não previstas no Código de Processo Penal (1941)**. Entre elas está o artigo 145, inciso IV, que dispõe haver suspeição quando o juiz for “*interessado no julgamento do processo*”

⁵⁰ LOPES JR., Aury, *Direito Processual Penal*, 12ª edição, 2015, p.339.

⁵¹ “*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’*”.

em favor de qualquer das partes” – hipótese em tudo semelhante ao do presente caso.

79. Estranho seria pensar haver maior rigidez para reconhecimento de suspeição na seara criminal – onde se tutela a liberdade – do que na esfera cível. Visando prover coesão ao sistema normativo, entende-se também ser possível o reconhecimento da suspeição do magistrado por força do art. 145, inciso IV do CPC c/c art. 3º do CPP. É preciso, enfim, conferir centralidade aos institutos do impedimento e da suspeição, **levando a sério** o direito do jurisdicionado a ser submetido a um julgamento justo.

80. Rememore-se a consolidada jurisprudência desta Colenda Corte de Justiça sobre o tema:

*“(...) 3. Os fatos descritos não se subsumem perfeitamente às hipóteses previstas no art. 254 do Código de Processo Penal, contudo, o rol de suspeições é exemplificativo, sendo, assim, imprescindível, para o reconhecimento da suspeição do magistrado, não a adequação perfeita da realidade à uma das proposições do referido dispositivo legal, mas sim, a constatação do efetivo comprometimento do julgador com a causa”.*⁵²

“(...) 1. As causas de suspeição previstas no artigo 254 do Código de Processo Penal não se referem às situações em que o magistrado está impossibilitado de exercer a jurisdição, relacionando-se, por outro lado, aos casos em que o togado perde a imparcialidade para apreciar determinada causa, motivo pelo qual doutrina e jurisprudência majoritárias têm entendido que o rol contido no mencionado dispositivo legal é meramente exemplificativo. (...) 3. A arguição de suspeição do juiz é destinada à tutela de uma característica inerente à

⁵² REsp 1379140/SC, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 27/08/2013, DJe 03/09/2013.

*jurisdição, que é a sua imparcialidade, sem a qual se configura a ofensa ao devido processo legal. 4. Ordem concedida”.*⁵³

(...) 2. *As causas de suspeição elencadas no artigo 254 do CPP são meramente exemplificativas sendo, assim, "imprescindível para o reconhecimento da suspeição do magistrado, não a adequação perfeita da realidade a uma das proposições do referido dispositivo legal, mas sim a constatação do efetivo comprometimento do julgador com a causa" (REsp 1379140/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, julgado em 27/8/2013, DJe 3/9/2013).*(...) 5. *Agravo regimental não provido*⁵⁴.

81. Merece detida atenção precedente de lavra do eminente Ministro *Ribeiro Dantas* (RHC 57.488/RS). Nesse importante precedente, realizou-se uma interpretação sistêmica da norma, concluindo que se existe “*cláusula geral de suspeição*” no âmbito processual civil (CPC, art. 145, IV), onde não se tutela a liberdade, **é imperativo que a referida abrangência seja estendida à seara processual penal**, por meio de aplicação subsidiária do dispositivo do CPC, combinado com o art. 3º do CPP:

“(...)As hipóteses causadoras de impedimento, constantes no art. 252 e 253 do Código de Processo Penal são taxativas, não sendo viável interpretação extensiva e analógica, sob pena de se criar judicialmente nova causa de impedimento não prevista em lei, o que vulneraria a separação dos poderes e, por consequência, cercearia inconstitucionalmente a atuação válida do magistrado. Precedentes do STJ e STF. 2. Diversamente, as causas de suspeição vinculam subjetivamente o magistrado a uma das partes (causa subjetiva), motivo pelo qual possuem previsão legal com a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, haja vista haver infinidade de vínculos subjetivos com aptidão de corromper a imparcialidade do

⁵³ STJ, 5ª Turma, HC 172.819/MG, Min. Rel. Jorge Mussi, J. 16.04.2012.

⁵⁴ AgRg no AREsp 1053034/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma. j. 19/10/2017. DJe 27/10/2017

*julgador. Por conseguinte, mais condizente com a interpretação teleológica da norma é concluir ser o rol de causas de suspeição do art. 254 meramente exemplificativo (Precedentes do STJ e STF). A conclusão igualmente é corolário de interpretação sistêmica da tutela processual, pois, se há **cláusula geral de suspeição no âmbito processual civil, que não tutela a liberdade de locomoção, imperativo que a citada abrangência seja conferida às partes do processo penal.** Diante da ausência de previsão legal expressa, de rigor a aplicação subsidiária, nos termos do art. 3º do CPP, da cláusula geral de suspeição do art. 135, V, do CPC (Novo CPC, art.145, IV), para considerar a existência de suspeição nas **hipóteses em que houver interesses exprocessuais do magistrado no julgamento da causa**⁵⁵” (destacou-se).*

82. Sobreleva destacar, neste passo, que o Tribunal local reconheceu que o magistrado sentenciante participou de “*eventos com a presença de políticos*”, mas decidiu que tais eventos “*não se traduzem em eventos político partidários*”. A participação em eventos dessa natureza, portanto, integra a *base empírica* dos arestos impugnados.

83. Ora, não cabe ao juiz participar de eventos públicos com políticos — sobretudo com políticos de espectro partidário que antagonizam com o recorrente. Tal fato, assentado de forma soberana pelos arestos recorridos, corrobora a inobservância do dever de imparcialidade.

84. Conclui-se, nesse diapasão, ser nítida a dissonância entre o quanto decidido pelo Tribunal Regional a respeito do rol do artigo 254 do Código de Processo Penal e a jurisprudência pacífica dessa Colenda Corte Superior.

55 RHC 57.488/RS. Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma. j. 07/06/2016. DJe 17/06/2016.

85. De outra banda, o próprio tribunal local reconheceu que houve “*espetacularização*” do processo penal em tela, assim como a participação do magistrado sentenciante em atos de premiação e de natureza “*honorífica*”, mas afastou a suspeição sob o fundamento de que não configurariam “*causas jurídicas*” para essa finalidade. Com o devido respeito, nada mais equivocado. De acordo com a legislação de regência, o juiz tem o dever de evitar a prática de qualquer ato que possa indicar ou sinalizar qualquer simpatia ou rejeição por aquele que está sendo julgado.

86. Se o juiz “*é figura pública*”, segundo o voto condutor proferido pelo Tribunal de origem, com mais razão deveria ele evitar a prática de determinados atos ou a participação em atos públicos estranhos à judicatura que pudessem sugerir qualquer tendência na emissão de uma decisão condenatória — como foi previsto e efetivamente veio a ocorrer, com a confirmação pela instância superior.

87. Agregue-se, ainda, que também é da base empírica dos acórdãos recorridos a existência “*da página denominada 'Eu MORO com ele #rosangelawolfmoro', criada na rede social Facebook*”.

88. Segundo o voto condutor, “*É inaceitável supor que o Judiciário selecione o que se pode ou não ser publicado em uma rede social, qualificando as livre manifestações de pensamento*”. Não é esse, porém, o enfoque a ser dado a tal fato (incontroverso). A existência de uma página nas redes sociais criada pela esposa do juiz de primeiro grau para interagir com pessoas a propósito da sua atuação judicante deste último no caso do recorrente reforça inexistir o necessário dever da imparcialidade. Iria o juiz, nessa peculiar situação, praticar algum ato que pudesse decepcionar seus “*fãs*”?

89. A *estética da imparcialidade*, como apontado acima, é tão importante quanto à efetiva imparcialidade e no caso vertente nem uma nem outra foram respeitadas em relação ao recorrente.

90. Assim, diante de todo o exposto e da própria base empírica dos acórdãos recorridos, houve contrariedade e negativa de vigência aos dispositivos de legislação infraconstitucional que asseguram o dever de reconhecimento da suspeição quando o julgador perde a condição de imparcialidade, como o artigo 254, inciso I do CPP e o artigo 145, inciso IV do CPC c/c art. 3º do CPP (cláusula geral de suspeição), bem como aos dispositivos de tratados internacionais que prescrevem o direito a um julgamento realizado por tribunal imparcial, tal qual o artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e o artigo 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PICDP).

Juiz e réu são partes ‘ex adversas’

91. Diante das inúmeras ilegalidades praticadas pelo juiz de primeiro grau durante a fase pré-processual — interceptação telefônica, divulgação das conversas interceptadas, condução coercitiva, dentre outras — o recorrente elaborou representação dirigida ao Ministério Público Federal por crime de abuso de autoridade *et alii*.

92. Como o MPF ficou inerte, o recorrente ajuizou queixa-crime subsidiária (evento 262), nos termos da lei⁵⁶, contra o magistrado. Embora

⁵⁶ Lei nº 4.898/65, art. 2º e seguintes.

essa ação penal tenha sido rejeitada pelo Tribunal local, ainda há recursos pendentes de julgamento.

93. Vale dizer, o recorrente e o magistrado de primeiro grau são *partes contrárias* em uma ação penal, o que somente reforça a **parcialidade** deste último.

94. O acórdão proferido pelo Tribunal local, no entanto, afastou a suspeição do juiz de primeiro grau nessa perspectiva com suposto amparo no art. 256 do Código de Processo Penal:

“2.2.8. Surge alegação de suspeição do magistrado porque contra ele foi protocolada representação por abuso de autoridade. Segundo o art. 256 do Código de Processo Penal 'a suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la', evitando assim ações deliberadas da defesa com o objetivo de afastar o magistrado da causa. Ademais, a representação proposta pela própria parte não deixa de ser igualmente fator externo ao processo, assim como outras representações protocoladas perante a Procuradoria Regional da República da 4ª Região ou nas Corregedorias deste Tribunal e do Conselho Nacional de Justiça. Não se pode inferir, portanto, a perda de imparcialidade do julgador por ato imputado ao próprio excipiente” (grifou-se).

95. O fato de o juiz e a parte serem “ex adversos” em uma ação penal à toda evidência retira do primeiro a necessária imparcialidade.

96. Os fatos que deram origem à queixa-crime subsidiária não foram criados pelo recorrente e este último tampouco deu qualquer motivo para cria-la. Foi ele surpreendido por atos ilegais e que violaram, de forma grosseira, suas garantias fundamentais, como demonstrado nas linhas acima.

Logo, não há que se cogitar na incidência do artigo 256 do CPP no caso concreto.

97. Assim, ao deixar de reconhecer a parcialidade do juiz de primeiro grau também sob essa perspectiva os acórdãos proferidos pelo Tribunal local contrariaram o artigo 254, inciso I do CPP, o artigo 145, inciso IV do CPC c/c art. 3º do CPP (cláusula geral de suspeição) e ainda, o art. 256 do Código de Processo Penal.

98. De rigor, pois reconhecer-se a contrariedade a esses dispositivos de lei federal e, como corolário, declarar a nulidade de todo o processado, para que o feito seja julgado por juiz imparcial e independente.

O Inimigo

99. De fato, a certeza de que este processo não seria justo se concretizou logo quando do oferecimento da denúncia, momento em que os acusadores realizaram uma coletiva de imprensa pirotécnica, com exibição de *slides*, para demonizar publicamente o recorrente⁵⁷, atribuindo-lhe não apenas as imputações efetivamente constantes da denúncia – abusivas por si, como confirma a improcedência da acusação de **61** delitos de corrupção relativos à armazenagem do acervo de bens da Presidência –, mas, ainda, a função de vértice de uma organização criminosa, delito este que *nem integra a imputação*.

⁵⁷ A apresentação de acusações frívolas, sem materialidade, associada à inegável espetacularização do processo evidenciam que o recorrente é vítima de um fenômeno denominado “lawfare”, que consiste no mau uso e no abuso das leis e dos procedimentos jurídicos para fins de perseguição política.

100. Na histórica exibição montada para desqualificar o recorrente por fatos alheios à denúncia, os procuradores aduziram que ele seria o “comandante máximo do esquema criminoso de corrupção identificado na Lava-Jato”; “peça central da Lava-Jato”; “elo comum e necessário do esquema criminoso”; e “o grande general, que comandou a realização e a continuidade da prática dos crimes com poderes para o funcionamento e, se quisesse, para determinar a sua interrupção”; tudo isso – concluíram – visando a uma suposta “perpetuação criminosa no poder”.

101. Aliás, relativamente ao conjunto de setas usados pelos procuradores durante tal exibição, imperioso destacar que, em caso em muito semelhante, a Suprema Corte do Estado de Washington (EUA)⁵⁸, ao se deparar com uma acusação apresentada nos mesmos moldes, anulou o julgamento, por considerar que tal quadro impediu a realização de um julgamento justo. Oportuna a transcrição do seguinte trecho da decisão:

“O equilíbrio necessário da imparcialidade foi prejudicado. O direito de Glasmann a um julgamento justo deve ser concedido integralmente. Desse modo, damos seguimento à nossa mensagem de que “táticas acusatórias prejudiciais não serão permitidas”, e às nossas advertências de que os promotores devem evitar meios impróprios e prejudiciais de obter condenações não serão palavras vazias”.

102. Salientou-se, ainda, que **“nenhum motivo pode existir para a apresentação deste slide a não ser inflamar preconceitos e paixões. Ele reduz substancialmente o direito do réu a ter um julgamento justo”.**

⁵⁸ Caso Estado de Washington vs. Edward Michael Glasmann, Suprema Corte do Estado de Washington.

103. Apesar disso, sustenta o acórdão recorrido que “*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* (p. 53/296). Mas a questão é que, embora incumbidos da acusação criminal nas ações penais de iniciativa pública⁵⁹⁶⁰, os membros do Ministério Público não deixam de ser servidores – subordinados à **legalidade**, à **impessoalidade**, e à **moralidade**, como impõe o artigo 37 da Constituição da República –; e a instituição, de sua vez, deve zelar pelo cumprimento da lei, e não buscar condenações fundadas em *narrativas* ou *teses* sem lastro probatório, ou que não integram a imputação concreta; menos ainda, expô-las publicamente com a finalidade de subjugar o **inimigo**.

104. Ademais, de acordo com o artigo 54.1, “a”, do Estatuto de Roma (Decreto nº 4.388/2002), diploma acolhido na fundamentação do aresto embargado em outro aspecto, cabe ao Procurador apurar, na busca da verdade dos fatos, as circunstâncias que interessem à acusação e à defesa:

“Artigo 54 Funções e Poderes do Procurador em Matéria de Inquérito 1. O Procurador deverá:

⁵⁹ CR/88

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

CPP

Art. 257. Ao Ministério Público cabe:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e

II - fiscalizar a execução da lei.

⁶⁰ Lei Complementar nº 75/93:

Art. 4º São princípios institucionais do Ministério Público da União a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

(...)

V - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

*a) A fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com o presente Estatuto e, para esse efeito, investigar, de igual modo, **as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa**” (destacou-se).*

105. Ou seja, é dever do membro do Ministério Público atuar com isenção na persecução penal, ao *contrário* do que decidiu o aresto impugnado.

106. Em abono, pede-se licença para citar a icônica lição da Suprema Corte dos Estados Unidos a respeito das balizas inerentes à função estatal de *acusar*, desvirtuada pelos membros do Ministério Público que oficiaram neste feito:

“[He] is the representative not of an ordinary party to a controversy, but of a sovereignty whose obligation to govern impartially is as compelling as its obligation to govern at all; and whose interest, therefore, in a criminal prosecution is not that it shall win a case, but that justice shall be done. As such, he is in a peculiar and very definite sense the servant of the law, the twofold aim of which is that guilt shall not escape or innocence suffer. He may prosecute with earnestness and vigor—indeed he should do so. But while he may strike hard blows, he is not at liberty to strike foul ones. It is as much his duty to refrain from improper methods calculated to produce a wrongful conviction as it is to use every legitimate means to bring about a just one.”⁶¹

⁶¹ Trecho extraído do célebre precedente *Berger v United States*, julgado em 1935.

Tradução livre: “O promotor não é parte na controvérsia, mas representante da soberania do Estado, cuja obrigação de governar imparcialmente é inerente à própria obrigação de governar; e cujo interesse, portanto, em uma acusação criminal, não deve ser ganhar a causa, mas fazer justiça. Assim sendo, ele funciona precisamente como servo da lei, para assegurar que o culpado não escape, e que o inocente não sofra. Ele pode processar com seriedade e vigor - de fato, ele deve fazê-lo. Mas, embora possa acusar com firmeza, ele não tem liberdade para acusar sem lastro. Abster-se de utilizar métodos aptos a produzir uma condenação indevida é tanto sua função quanto empregar os meios legítimos para produzir uma justa.”.

107. Realçando, ainda, a dissociação das irresponsáveis afirmações apresentadas naquele patético espetáculo dos fatos efetivamente imputados ao ora recorrente, o eminente e saudoso Ministro *Teori Zavascki* censurou a notória postura assanhada daqueles membros do Ministério Público:

“Nós todos tivemos a oportunidade de verificar, há poucos dias, que num espetáculo midiático - com forte divulgação, fez-se lá em Curitiba, não com a participação do juiz, mas do Ministério Público e da Polícia Federal -, deu-se notícia sobre organização criminosa, colocando o Presidente Lula como líder dessa organização criminosa, dando a impressão, sim, de que se estaria investigando essa organização criminosa. Na verdade, lá não está sendo investigada, e o objeto de oferecimento da denúncia, efetivamente, não foi nada disso.

*Então houve realmente esse descompasso. Quero dizer, em obter dictum, que essa espetacularização do episódio não é compatível nem com o que foi objeto da denúncia, nem parece compatível com a seriedade que se exige na apuração desses fatos.”*⁶²

108. Críticos da tendência atual que definem como *tiranía das boas intenções* dos órgãos responsáveis pela repressão criminal, os acadêmicos *Paul Craig Roberts* e *Lawrence M. Stratton* enfatizam: no Estado democrático, não é legítimo à acusação promover o julgamento do defendente pela mídia.⁶³

109. Por fim, releva abordar fato superveniente, mas não impertinente: seria compatível com os princípios que norteiam o agente público, ou mesmo com a secularização do Direito – indispensável à preservação do Estado laico e

⁶² AgRg na Reclamação nº 25.048, DJe de 18.9.17.

⁶³ *“The rights of the Englishmen are the best defense against tyranny and injustice that humans have been able to muster. But even these rights are impotent to defend us once prosecutors abandon the traditional ethic that their function is to find justice and serve truth. [...] Since the prosecutor’s function is to find truth, he must not override the rights of the defendant in order to gain conviction. The prosecutor must not withhold exculpatory evidence or use his power to suborn perjury. He must try the defendant in the courtroom, not in the media. Charges should not be overdrawn in order to elicit a plea, and the full power of the government should never be brought against an individual citizen as a means of gaining conviction.”* (The Tyranny of good intentions: how Prosecutors and Law Enforcement are trampling the Constitution in the name of justice. New York: Three Rivers Press, 2008, p. 131).

democrático – a promessa, feita pelo mais notório dos subscritores da denúncia, responsável pela fantástica apresentação de *slides*, de *jejuar* pela denegação de ordem de *habeas corpus* impetrado pela defesa do recorrente?⁶⁴

110. É certo, portanto, que o recorrente não foi tratado com a impessoalidade que se impunha aos membros do Ministério Público; foi considerado *inimigo*, não em razão dos fatos típicos efetivamente imputados, mas por causa da *convicção* desses agentes institucionais, revelada ao público em ato de fanfarrice. Os membros do Ministério Público atuaram sem isenção no vertente caso, com a chancela do Tribunal local.

111. De rigor, pois, o reconhecimento de contrariedade ao art. 258 do Código de Processo Penal e do artigo 54.1, “a”, do Estatuto de Roma, incorporado ao direito pátrio pelo Decreto nº 4.388/2002⁶⁵.

Ausência de correlação entre acusação e a condenação

112. Os acórdãos recorridos contrariaram os artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal ao afastar a — manifesta — *ausência de correlação* entre a denúncia e a decisão condenatória proferida em desfavor do recorrente.

113. Com efeito, a denúncia veiculou a acusação de que recursos provenientes de três contratos específicos firmados pela Petrobras teriam sido destinados ao Recorrente, na forma de vantagem indevida, mediante a propriedade e a reforma de um apartamento *tríplex*.

⁶⁴ <https://oglobo.globo.com/brasil/deltan-diz-que-fara-jejum-durante-julgamento-de-hc-de-lula-22548453>

⁶⁵ Os decretos estão incluídos no conceito de “lei federal” que comportam discussão no âmbito de recurso especial. Cf. STJ - EREsp 663.562/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, DJ de 18/02/2008.

114. A *delirante* hipótese acusatória partiu da premissa de que o recorrente teria recebido a propriedade desse apartamento. A denúncia se refere à “*propriedade*” em diversas passagens. O recorrente foi acusado de ter recebido a propriedade do imóvel em contrapartida à prática de atos na condição de Presidente da República.

115. No entanto, a sentença e os acórdãos que confirmaram a condenação reconhecem que o recorrente *jámais teve a propriedade desse imóvel — tampouco a posse*. Mas acolheram a acusação sob o fundamento de que o imóvel teria sido “*atribuído*” ao recorrente, figura que não tem qualquer significado perante a legislação brasileira.

116. Para constatar essa falta de correlação não é necessário o reexame de qualquer fato. O vício emerge da própria *base empírica* do acórdão recorrido.

117. De fato, no trecho abaixo, ao tentar afastar o vício ora tratado, o próprio aresto reconhece que a acusação está relacionada ao “*recebimento*” do apartamento *tríplex* pelo recorrente:

“A leitura integral das quase 150 laudas da peça de acusação desfaz o equívoco. A optar-se por uma interpretação segmentada, talvez se chegue à equivocada conclusão, por exemplo, de que os crimes não estariam relacionados a contratos da Petrobras. Porém, em síntese, a denúncia e a sentença são bastante claras e seguem na linha de que o recorrente praticou o delito de corrupção passiva com o recebimento do triplex como parte do pagamento de propina oriunda dos contratos da Petrobras firmados com a OAS - e posterior lavagem -, pelo que não se tem qualquer nulidade por ausência de correlação” (destacou-se).

118. O próprio Tribunal local, portanto, reconheceu que o recorrente se defendeu ao longo da ação penal sobre a afirmação de que teria “*recebido*” o imóvel.

119. No entanto, a tese acusatória foi alterada, como já dito, tanto na sentença como no acórdão recorrido. Aqui, como em outros lugares da história, o Estado-juiz trabalhou com a ideia dos *atos em movimento*.

120. Nada mais reprovável e ilegal.

121. Primeiro, o aresto reconhece: “*As provas são seguras quanto à 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*”

122. Afastada — corretamente — a propriedade e a posse do imóvel pelo recorrente, o aresto passa a analisar “*se a unidade residencial estava efetivamente reservada e fora reformada com recursos da OAS Empreendimentos, para e a pedido do ex-Presidente*”. Ora, esse tema é estranho à denúncia, mas foi a base da condenação imposta ao recorrente.

123. A “*reserva*”, portanto, foi uma criação dos juízes para suportar uma condenação indevida, em manifesto *descompasso* com a acusação sobre a qual o recorrente se defendeu.

124. Não há dúvida, portanto, de que os artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal foram contrariados no vertente caso diante da mencionada ausência de correlação entre a acusação e a decisão condenatória.

Processo indevido e ilegal: violação à ampla defesa

125. Já se viu que o recorrente foi processado e julgado por *juízo de exceção*, a partir de acusação espetaculosa e apegada a *inferências* alheias à imputação concreta, que, ademais, exorbitam as atribuições dos membros do Ministério Público Federal responsáveis pela denúncia.

126. Em argumento de todo pertinente, precedente do Supremo Tribunal pondera que “*não é dado remeter ao simples critério de oportunidade do MP e do Juiz o reconhecimento de uma conexão que, de um lado, tem definição legal precisa e, de outro, pode ter interferências relevantes com garantias constitucionais do acusado, seja a do juiz natural, seja a da ampla defesa*”.⁶⁶

127. E, no caso, a injustificada afirmação de competência já anunciava as agressões ao devido processo e à ampla defesa que viriam a se concretizar.⁶⁷

128. Na instrução criminal, o Juiz (i) cerceou a defesa ao indeferir a produção de provas^{68 69}; (ii) deferiu a produção de prova documental sem

⁶⁶ HC 81.042, *Sepúlveda Pertence*, RTJ 182/629.

⁶⁷ CR/88

“Art. 5º:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - 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”.

⁶⁸ CPP

“Art. 158. *Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.*”

⁶⁹ A base empírica do acórdão que julgou a apelação registra as provas requeridas pela defesa técnica do recorrente que foram indeferidas:

“(…) *Ao apresentar resposta à acusação, dentre outras providências, foram lançados os seguintes pedidos pela defesa de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA: (a) prova pericial multidisciplinar, que objetiva identificar se houve desvio de recursos da Petrobras em favor de seus agentes em relação aos três contratos indicados na denúncia; quem seriam os beneficiários dos recursos desviados, bem como se houve algum tipo de repasse desses eventuais recursos desviados em favor dos pacientes; (b) prova pericial econômico-*

conceder à defesa prazo razoável para análise; (iii) impediu arbitrariamente a gravação das audiências, garantia processual que integra o conceito de *ampla defesa*⁷⁰; (iv) indeferiu, a seu talante, a inquirição das testemunhas a respeito de acordos de colaboração premiada celebrados no exterior, autorizando que elas respondessem apenas o que julgassem conveniente e permitindo que elas se negassem até a dizer se tais acordos respeitavam as balizas formais diplomáticas; (v) suprimiu a fase de diligências complementares prevista no artigo 402 do

financeira, a fim de apurar se a OAS utilizou diretamente de recursos eventualmente ilícitos oriundos dos três contratos firmados com a Petrobras indicados na denúncia, na construção e eventuais benfeitorias realizadas no empreendimento Condomínio Solaris ou, ainda, para pagamento da empresa Granero para armazenagem do acervo presidencial e, ainda, para apurar os prejuízos eventualmente causados à União em virtude dos eventuais desvios verificados em relação aos três contratos indicados na denúncia; (c) prova pericial no Condomínio Solaris a fim de apurar: (i) a data em que o empreendimento foi finalizado; (ii) a situação das unidades do empreendimento, inclusive no que tange ao registro no Cartório de Registro de Imóveis; (iii) as alterações eventualmente realizadas na unidade 164-A após a finalização do Condomínio Solaris; (iv) o valor da unidade 164-A e das alterações eventualmente realizadas no local; (v) eventual posse da unidade 164-A pelos pacientes. Ainda: (d) informações da Presidência da República relativas às 84 missões empresariais realizadas pelo Primeiro Paciente no cargo de Presidente da República entre os anos de 2003 a 2010, incluindo os destinos e os participantes; (e) documentos do TCU e da Controladoria-Geral da União relativos a todos os procedimentos relativos às contas e auditorias da Petrobras do período compreendido entre 1º/01/2003 a 16/01/2016, com eventuais pareceres dos auditores e decisões proferidas nesses procedimentos; (f) documentos relativos a PLANNER TRUSTEE para informar (com cópia) a relação contratual mantida com a empresa OAS em relação ao Condomínio Solaris, incluindo, mas não se limitando, os recursos disponibilizados para a construção do empreendimento, as garantias envolvidas e, ainda, o status da operação; (g) a oitiva do Embaixador Paulo Cesar de Oliveira Campos para contrapor as afirmações contidas na denúncia - especialmente em relação ao caráter lícito, probó e ético da atuação do Primeiro Impetrante em relação aos assuntos relativos à Petrobras e a outros órgãos de governo”.

⁷⁰ Cf. artigos 405, §1º, e 3º, do Código de Processo Penal (“Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”), c/c o artigo 367, §6º, do CPC:

CPP

“Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.

§1º. Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotípica, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.”

CPC

“Art. 367. O servidor lavrará, sob ditado do juiz, termo que conterá, em resumo, o ocorrido na audiência, bem como, por extenso, os despachos, as decisões e a sentença, se proferida no ato.

[...]

§5º. A audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica.

§6º. A gravação a que se refere o §5º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial.”

Código de Processo Penal⁷¹; e (vi), ao indeferir a juntada de documentos colhidos de ação penal supostamente conexa, promoveu prejuízo imensurável à defesa, perpetuando a disparidade de armas entre esta e a acusação.

129. Certo, é o juiz o destinatário da prova e, por isso, lhe é dado indeferir as inúteis ou protelatórias. No caso, entretanto, os requerimentos da defesa foram sistematicamente rejeitados, sem fundamentação idônea – muitas vezes, sem qualquer fundamentação jurídica. Daí por que o acórdão recorrido, ao ratificar os abusos, violou as cláusulas constitucionais da *ampla defesa* e do *contraditório*, bem como as normas legais delas decorrentes.

130. Veja-se, com mais vagar.

131. Diante da acusação de que teria recebido valores oriundos de contratos com a Petrobras – e, como visto, foi essa a razão da indevida afirmação de competência –, o recorrente requereu, com base no art. 158 do CPP⁷², a necessária realização de *prova pericial* para demonstrar a inverdade da imputação. Todavia, o juiz de primeiro grau, com chancela do Tribunal local, indeferiu o pedido, em patente violação ao dispositivo legal antes indicado.

132. Necessário destacar que tal pedido formulado pelo recorrente mostrava-se (e ainda se mostra) imprescindível sob dois enfoques.

133. O primeiro está relacionado à competência da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR para o processamento e julgamento do feito, visto que, como acima

⁷¹ CPP

“Art. 402. Produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução.”

⁷² CPP

“Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.”

asseverado, esta foi embasada justamente a partir da suposta conexão dos valores cujo recebimento se atribuiu ao recorrente com a Petrobras. Assim, o fato de não se realizar a necessária perícia para análise da *origem* do dinheiro, somado à questão de que o próprio magistrado reconheceu a desvinculação do apartamento triplex e os contratos da Petrobras, sacramentam a incompetência daquele Juízo.

134. O segundo diz respeito ao *déficit* probatório gerado, eis que ***não há qualquer elemento que sequer comprove a existência do famigerado caixa-geral***, a não ser a *isolada e conveniente* versão de Léo Pinheiro. No entanto, a imaginária e abstrata conta informal foi amplamente utilizada como fundamento a amparar a condenação. Deixou-se de lado o necessário “*follow the money*”⁷³.

135. Ou seja, *não* houve qualquer análise técnica e muito menos rastreamento aptos a demonstrar que valores da Petrobras, ou de qualquer esquema ilícito, tenham sido destinados ao recorrente. O recebimento de vantagens indevidas, insista-se, está lastreado exclusivamente nas palavras de dois *corréus*.

136. Curiosamente, é de se ressaltar, que apesar de indeferir tal pleito defensivo (perícia), o magistrado sentenciante, ao autorizar quebra do sigilo fiscal do Instituto Luiz Inácio Lula da Silva, salientou que “*na apuração de supostos crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro, o rastreamento*

⁷³ O voto proferido pelo Des. Leando Palsen é muito claro nesse sentido: “(...) o caráter indevido da vantagem e a caracterização da corrupção, no episódio do triplex, independe de que se rastreie o trânsito de valores das contas da PETROBRAS, através da OAS, para empresas que realizaram a reforma ou forneceram os móveis sob medida. O dinheiro é bem fungível por excelência, por natureza. Importa é que a OAS, beneficiária do esquema de corrupção que levava à obtenção preferencial de contratos com a PETROBRAS, tenha suportado, com recursos próprios, pagamentos em favor do Partido dos Trabalhadores ou à sua ordem, dentre os quais vantagens ao ex-Presidente”.

financeiro e patrimonial é imprescindível, diante da necessidade de seguir o produto do crime”^{74 75}.

137. Da mesma forma, o Desembargador Federal integrante da 8ª Turma do TRF 4, relator do recurso de apelação em questão, apesar de afirmar em seu voto que *“A prova pericial requerida é irrelevante à solução da controvérsia, em particular aquela destinada a identificar a origem dos recursos supostamente pagos a título de propina”* (pg. 63), em ocasião anterior, afirmara que *“Em se tratando de crimes de lavagem, seguir o dinheiro é, portanto, o melhor mecanismo de investigação, utilizando-se da quebra de sigilos fiscal e bancário, nos termos dos preceitos constitucional e da legal”⁷⁶.*

138. Dessa forma, resta latente a violação ao artigo 158 do Código de Processo Penal pelo *decisum* combatido, uma vez que a necessária realização de perícia foi, ao contrário do disposto na legislação, integralmente “suprida” pelas palavras da colaboração informal do corréu Léo Pinheiro (“confissão do acusado”).

⁷⁴ Evento 3 do Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico nº 5055607-85.2015.4.04.7000/PR – decisão de 07/12/2015. *“Reputo presentes, conjugando todos esses elementos, indícios suficientes a justificar a quebra de sigilo fiscal pretendida sobre o Instituto Luiz Inácio Lula da Silva, CNPJ 64.725.872/0001-08. Por outro lado, na apuração de supostos crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro, o rastreamento financeiro e patrimonial é imprescindível, diante da necessidade de seguir o produto do crime”.*

⁷⁵ Não se pode deixar de consignar que o indeferimento das provas periciais requeridas pela defesa técnica do recorrente objetivando o “follow the money”, além de contrariar a melhor técnica, vai de encontro a ensinamentos do juiz de primeiro grau. Exemplificativamente, durante palestra realizada na Escola da Magistratura Federal do Paraná, a revista Veja fez o seguinte registro: *“O magistrado afirmou ainda que para chegar aos chefes dos esquemas criminosos é preciso ‘seguir o dinheiro’. ‘Não é o chefe quem suja as mãos. Ele é último beneficiário da atividade criminosa. O dinheiro certamente vai chegar a quem tem controle sobre o grupo criminoso’, afirmou o juiz. Moro citou a expressão americana ‘follow de money’, ou siga o dinheiro. Segundo o magistrado, a criminalização da lavagem facilita a responsabilização criminal daqueles que exercem funções de comando. “Siga o dinheiro e você descobre quem é o chefe”, afirmou”* (<https://veja.abril.com.br/politica/sergio-moro-para-encontrar-o-chefe-siga-o-dinheiro/>).

⁷⁶ 7. *Em se tratando de crimes de lavagem, seguir o dinheiro é, portanto, o melhor mecanismo de investigação, utilizando-se da quebra de sigilos fiscal e bancário, nos termos dos preceitos constitucional e da legal.* (TRF4 – Apelação Criminal nº 5028873-48.2015.404.0000. Relator: João Gebran Neto).

139. Não é compatível com o art. 158 do Código de Processo Penal, com o devido respeito, a afirmação contida no voto condutor proferido pelo Desembargador Relator de que “*A prova pericial requerida é irrelevante à solução da controvérsia, em particular aquela destinada a identificar a origem dos recursos supostamente pagos a título de propina*”. A perícia é obrigatória em situações desse jaez.

140. ***Buscou-se, portanto, substituir a prova pericial determinada em lei (CPP, art. 158) pela palavra de um corréu***, em manifesta violação à garantia da ampla defesa.

141. Se é certo que o juiz pode indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (CPP, art. 400, §1º), as provas exigidas por lei, como é o caso ora tratado — prova pericial em supostos crimes que deixam vestígios —, devem ser realizadas. Inexiste opção para o magistrado.

142. Não bastasse, se o caso dos autos imputou ao recorrente a prática do crime de corrupção relacionado a três contratos da Petrobras, é evidente a necessidade de realização de prova técnica a fim de verificar se foi ele, de alguma forma, beneficiado por valores deles provenientes.

143. Também é manifesta a necessidade de realização de prova pericial a fim de verificar a situação fática e jurídica do imóvel envolvido na denúncia, não bastando a palavra de corréus para confirmar a hipótese acusatória.

144. Não há dúvida, portanto, que os arestos recorridos contrariaram os artigos 158 e 400, §1º, do Código de Processo Penal.

145. Por outro lado, é evidente que no caso em tela era — e continua sendo — fundamental ao desfecho da presente ação penal a verificação de que

além de o recorrente jamais ter recebido a posse ou a propriedade do apartamento indicado na denúncia, *a integralidade do valor econômico e financeiro foi cedido a uma instituição financeira*. Diante desse fato, só quem fizesse o pagamento do valor correspondente ao imóvel a essa instituição financeira poderia receber a propriedade do bem. Assim, também sob essa perspectiva é possível colocar uma pá de cal na acusação — afastando o édito condenatório imposto ao recorrente.

146. Tal apuração também deve ser realizada por meio de prova pericial, nos termos do multicitado art. 158 do CP.

147. Mas não é só. Em 24/01/2018, na ocasião do julgamento, a despeito da fundamentada insurgência da defesa do recorrente, o Tribunal a *quo* concedeu 20 minutos de sustentação oral ao Ministério Público, 10 minutos ao assistente de acusação, e assegurou às defesas apenas 15, muito embora os corrêus, delatores informais, tenham, na prática, aderido ao polo ativo do feito criminal.

148. Dessa forma, a Corte Regional ignorou dispositivo de seu próprio Regimento Interno, violou o art. 7º, X, da Lei nº 8.906/1994⁷⁷; e contrariou o nobre princípio da *paridade de armas*⁷⁸.

Ainda sobre o processo indevido e ilegal: desprezo às provas de inocência

⁷⁷ **Estatuto da OAB**

“Art. 7º São direitos do advogado:(...)”

X - usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas”

⁷⁸ “O tratamento igualitário das partes é a medula do devido processo legal, descabendo, na via interpretativa, afastá-lo” (STF - HC 83255. rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, RTJ 195-03/966).

149. Julgado em tempo recorde o recurso de apelação interposto, o acórdão proferido continha graves omissões, contradições e obscuridades, motivo pelo qual foram opostos, em 20/02/2018⁷⁹, Embargos de Declaração (com supedâneo no art. 619⁸⁰ do CPP, bem como arts. 1.022 e 1.025 do CPC à luz do art 3º da lei processual penal) nos quais se apontou um total de **61 pontos** a serem aclarados em virtude de omissão ou contradição.

150. O julgamento dos aclaratórios se deu em 26/03/2018, entretanto, entre sua oposição e apreciação, vieram ao conhecimento do recorrente *novos fatos* e documentos de crucial relevância para a defesa do recorrente e que, necessariamente, deveriam ser levados ao conhecimento da Corte Regional. São provas adicionais de inocência do recorrente.

151. Assim é que, ancorado no art. 231⁸¹ do Código de Processo Penal, bem como em direito tutelado em norma da mais elevada hierarquia (direito constitucional à ampla defesa), requereu-se a juntada aos presentes autos dos três novos documentos.

152. O **primeiro** documento carreado aos autos⁸² trata-se de declaração de próprio punho, oferecida por João Vaccari Neto, por meio da qual ele *rebate* a versão fantasiosa e carente de elementos de corroboração apresentada por Léo Pinheiro em seu projeto de delação informal, desmentindo a ocorrência do alegado “acerto de contas” envolvendo valores provenientes de contratos do Consórcio RNEST/CONEST. Vaccari afirma textualmente: “*Nunca tive*

⁷⁹ Evento 120 – Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR

⁸⁰ **CP:** Art. 619. *Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão.*

⁸¹ **CP:** Art. 231. *Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.*

⁸² Evento 128, de 26/02/2018, da Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR.

qualquer tratativa ou conversa com Léo Pinheiro para tratar de questões ilegais envolvendo o recebimento de propinas. Também não é verdade o que diz Léo Pinheiro, que eu teria intermediado em nome do ex-presidente Lula o recebimento do triplex do Guarujá como pagamento de vantagens indevidas” — desmontando a fundamentação utilizada para condenar o recorrente.

153. O **segundo** documento é a transcrição do depoimento⁸³ prestado por Márcio Faria, ex-diretor executivo da Odebrecht, este sim, formal colaborador com acordo devidamente homologado pelo Supremo Tribunal Federal. Na ocasião, o colaborador afirmou, categoricamente, que a OAS *não pagou* vantagens indevidas ao Partido dos Trabalhadores ou a membros da diretoria de serviços da Petrobras nos contratos do consórcio RNEST/CONEST (contratos que, nesta ação penal, são apontados como origem da vantagem indevida destinada ao recorrente), evidenciando a falsidade das alegações de Léo Pinheiro no sentido de que o apartamento triplex seria a contrapartida destinada ao recorrente em razão de tais contratos.

154. O **último** documento apresentado nos autos diz respeito às chocantes manifestações públicas de autoridades estadunidenses⁸⁴ sobre uma realizada e publicamente confessada cooperação internacional com o Brasil, oficiosa, por fora, sem depender de passar pelos trâmites e canais oficiais e na base da “confiança” entre *prosecutors* das duas nações⁸⁵.

⁸³ Depoimento prestado em 23/02/2018 perante o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR nos autos da ação penal conexa de nº 5021365-32.2017.4.04.7000/PR.

⁸⁴ Sr. Kenneth Blanco, então vice procurador geral adjunto do Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América (D.O.J.), e do Sr. Trevor McFadden, então subsecretário geral de justiça adjunto interino do Departamento de Justiça daquele mesmo país.

⁸⁵ Em vídeo trazido aos autos, o Sr. Kenneth Blanco, então Vice Procurador Geral Adjunto⁸⁵ do Departamento de Justiça Norte-Americano (DOJ), admite: “não dependemos apenas de procedimentos oficiais”: “No centro da enorme cooperação entre nossos dois países está uma forte relação construída a base de confiança. Tal confiança, como alguns aqui dizem “confiança”, permite que promotores e agentes tenham comunicação direta quanto às provas. Dado o relacionamento íntimo entre o Departamento de

155. Em 26/03/2018, quando do julgamento dos Embargos de Declaração, apesar da extensa lista de pontos a serem elucidados, bem como a imprescindível análise dos recentes fatos relevantes, os Desembargadores Federais conheceram em parte do recurso, apenas para corrigir erros materiais. Na ocasião, o Tribunal local deixou de considerar os documentos novos apresentados pelo recorrente sob o fundamento de que teria ocorrido “*preclusão consumativa*”⁸⁶.

156. O compromisso do juiz criminal com a verdade real e as liberdades asseguradas na Carta Constitucional têm de superar os preciosismos procedimentais, que jamais poderão ser havidos como um fim em si mesmo. O acórdão afirmou, em síntese — e contra o texto legal (CPP, art. 231) — que a Defesa não poderia oferecer documentos novos após a interposição de recursos, em evidente contrariedade ao dispositivo em questão, que permite a apresentação de documentos novos em qualquer fase do processo, excetuando-se vedações legais expressas.

157. Ao juiz criminal não é dado se fechar à prova da inocência do Acusado, seja a que pretexto for.

Justiça e os promotores brasileiros, não dependemos apenas de procedimentos oficiais como tratados de assistência jurídica mútua, que geralmente levam tempo e recursos consideráveis para serem escritos, traduzidos, transmitidos oficialmente e respondidos. No começo de uma investigação, um promotor, ou um agente de uma unidade financeira de um país, pode ligar para seu parceiro estrangeiro e pedir informação financeira, por exemplo, minhas contas bancárias. Uma vez que a investigação tenha chegado ao ponto em que os promotores já estão prontos para levar o caso ao tribunal, as provas podem ser requeridas através do canal de assistência jurídica mútua para que possam ser aceitas como provas em um julgamento. Essa cooperação de promotor para promotor, ou de órgão de segurança pública para órgão de segurança pública, tem permitido que ambos os países processem seus casos de maneira mais efetiva” (destacou-se).

⁸⁶ “10. Hipótese em que ocorreu a preclusão consumativa, pois a oportunidade para a oposição dos embargos de declaração se esgotou com o protocolo do recurso, inexistindo qualquer peculiaridade que justifique a pretendida emenda da petição ou a apreciação de documento novo. 11. Não conhecimento das petições dos eventos 128 e 144.” (ementa do julgado).

158. Na lição de Bettiol⁸⁷, “o fim de todo processo é a busca da verdade. No processo penal isso só se torna mais dramático em função de sua natureza. Em razão da intensidade com que se anseia pela busca da verdade no processo penal, podemos dizer que um princípio fundamental do processo penal é o da investigação da verdade material ou substancial dos fatos em torno dos quais se discute, para que sejam provados em sua subsistência histórica, sem obstáculos e deformações”.

159. Fernando da Costa Tourinho, a propósito, leciona:

“Segundo dispõe o art. 231, os documentos podem ser apresentados, para a sua juntada nos autos, em qualquer fase do processo. Evidente que, uma vez apresentados e dêz que permitida a sua juntada, sobre eles se manifestará a parte ex adversa. Em qualquer fase, diz o texto, ‘salvo os casos expressos em lei. Quais são esses casos: Hoje, o único caso é o previsto no art. 479 do CPP. Assim, nos processos da competência do Júri, as partes não poderão, no plenário do Júri, proceder à leitura de documento sem que dele se dê ciência à parte contrária com antecedência mínima de três dias úteis’⁸⁸.”

160. Salta aos olhos que a “preclusão consumativa” suscitada pelos acórdãos recorridos não tem amparo na legislação federal. Ao contrário, a juntada dos documentos novos é expressamente prevista “em qualquer fase do processo”, não incidindo no caso concreto, à toda evidência, a limitação prevista no art. 479 do CPP.

161. Esse Col. Superior Tribunal de Justiça, aliás, pacificou o entendimento de que o referido dispositivo faculta às partes a juntada de documentos em qualquer fase processual, admitindo-se o indeferimento apenas

⁸⁷ BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal*. Barcelona: Bosch, 1973. p.250.

⁸⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado, Saraiva, 15ª. edição, p. 729.

no caso de os documentos terem natureza meramente protelatória ou tumultuária, o que, evidentemente, não é o caso dos autos.

"O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o preceito contido no art. 231 do CPP, firmou entendimento de que é facultada às partes a juntada de documentos em qualquer fase processual, admitindo-se, entretanto, o indeferimento pelo órgão julgador na hipótese de os documentos apresentados terem caráter meramente protelatório ou tumultuário".⁸⁹

162. Registre-se, ainda, que por ocasião da interposição do recurso de apelação o recorrente fez juntar aos autos depoimentos coletados em outra ação penal que tramita perante o mesmo juízo de primeira instância que também são relevantes para a presente ação (evento 10, anexo 7). ***Tais depoimentos foram prestados por ex-membros do Conselho de Administração da Petrobras e demonstraram, dentre outras coisas, que Paulo Roberto Costa, Nestor Cerveró e Renato Duque foram eleitos por aquele órgão por unanimidade, inclusive com o voto dos conselheiros eleitos pelos acionistas minoritários.***

163. Ora, é evidente que tais depoimentos — fatos novos à época da interposição do recurso de apelação — deveriam ter sido admitidos e considerados pelo Tribunal local. Eles desmontam a tese de que o recorrente teria nomeado e mantido tais diretores da Petrobras. Mas o aresto que julgou a apelação embora faça referência a tais documentos, afirma que *“os depoimentos incorporados à apelação ou mesmo as razões recursais nada demonstram ou esclarecem com relação aos fatos especificamente imputados, devendo-se entendê-los, no máximo, como abonatórios de conduta”*. Não há qualquer relação entre os depoimentos juntados com as razões de apelação e a natureza

⁸⁹ HC 151.267/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 25/05/2010, DJe 14/06/2010

abonatória referida pelo acórdão, evidenciando que, em verdade, tais documentos novos foram desconsiderados.

164. Assim, no vertente caso, sob diversas perspectivas, há evidente contrariedade ao art. 231 do CPP ao deixar de conhecer de documentos novos sob a alegação de “*preclusão consumativa*”.

165. Mas não é só.

166. Como registrado acima, ao opor embargos de declaração do acórdão que julgou a apelação, o recorrente apontou diversas omissões e contradições (61 no total). Fatos relevantes deixaram de ser analisados no julgamento da apelação — ou, então, foram apreciados de forma contraditória pelo aresto correspondente.

167. A título exemplificativo, deixaram de ser analisados pelo Tribunal local, conforme apontado nos citados aclaratórios:

(i) Hostilidades que o magistrado de primeiro grau direcionou à Defesa mesmo após o término da gravação da audiência realizada em 16.12.2016⁹⁰;

⁹⁰ Após o encerramento da gravação oficial, foi registrado o seguinte:

Juiz Federal: Vamos ver se não vai sofrer queixa-crime, ação de indenização, a testemunha, né, pela da defesa.

Defesa: Depende... Quando as pessoas praticam atos ilícitos, respondem pelos atos. Eu acho que é isso o que diz a lei.

Juiz Federal: Vai entrar com ação de indenização, então, contra ela [a testemunha], doutor?

Defesa: Não sei, o senhor está advogando alguma coisa para ela?

Juiz Federal: Não sei, a defesa entra contra todo mundo, com queixa-crime, indenização...

Defesa: O senhor vai advogar? Eu acho que ninguém está acima da lei. Da mesma forma como as pessoas estão sujeitas a determinadas ações, as autoridades também devem estar.

Juiz Federal: Tá bom, doutor. Uma linha de advocacia muito boa.

Defesa: Faço o registro de Vossa Excelência e recebo como um elogio.

Juiz Federal: Tá bom” (destacou-se)

(ii) Referência a valores indicados em acórdão proferido em outra ação penal (ACR nº 5083376-05.2014.4.04.7000) para fundamentar a condenação do recorrente, embora em cada uma delas tenha sido apontado uma destinação diversa para os mesmos valores⁹¹;

(iii) Referência a supostas tratativas entre o recorrente e Leo Pinheiro que foram negadas até mesmo por este último.

168. Mesmo instado por meio de embargos de declaração, o Tribunal local manteve tais omissões e contradições.

169. Dessa forma, inegável é a contrariedade ao artigo 619 do Código de Processo Penal.

170. O antagonismo que se revela presente neste caso, entre, de um lado, inconvenientemente íntimos, os acusadores e o Juiz; e, do outro, as garantias à ampla defesa e ao devido processo legal, remetem à *Colônia Penal*, de *Kafka*: ao ser indagado se concedera o direito de se defender ao réu prestes a experimentar as agruras da bárbara *máquina*, o convicto oficial que exercia a função de julgador respondeu ao interlocutor: “*se eu tivesse primeiro intimado e depois interrogado o homem, só teria surgido confusão. Ele teria mentido, e se eu o tivesse desmentido, teria substituído essas mentiras por outras e assim por diante. Mas agora eu o agarrei e não o largo mais. Está tudo esclarecido? Mas o tempo está passando, a execução já deveria começar (...)*”.

⁹¹ Na outra ação penal citada no acórdão, o valor de R\$ 16 milhões teria sido destinado à Diretoria de Abastecimento da Petrobras. Já na presente ação penal o mesmo valor, segundo o aresto condenatório, teria sido destinado ao PT e, em parte, ao recorrente. Há, portanto, incompatibilidade matemática entre os acórdãos proferidos pelo mesmo órgão julgador.

Chamamento de corrêu

171. A leitura do acórdão recorrido evidencia que o depoimento do corrêu *Léo Pinheiro*, ex-Presidente da OAS, foi o argumento essencial do decreto condenatório.

172. Apesar da exaustiva instrução processual, não há um único elemento de prova, oral ou documental, que confirme ter o ora recorrente solicitado, aceito ou recebido vantagem indevida.

173. Embora o aresto condenatório transcreva inúmeros depoimentos de *delatores* – para dizer que o ex-Presidente tinha influência no Partido dos Trabalhadores e na Petrobras –; e de prepostos ou prestadores de serviço da OAS – que *nunca* tiveram qualquer contato com ele –, não há sequer um, com exceção de *Léo Pinheiro*, que sugira a prática, pelo recorrente, de um dos verbos típicos do delito de corrupção passiva⁹².

174. Observe-se, nesse sentido, que o acórdão reconhece “*o contraste entre as versões da acusação e da defesa*”; e assenta claramente: “*as provas são seguras quanto à 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*” (p. 180).

⁹² **Código Penal**

“Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.”

175. O acórdão anota, então, que “*reside a controvérsia em definir se a unidade residencial estava efetivamente reservada e fora reformada com recursos da OAS Empreendimentos, para e a pedido do ex-Presidente, ou se os melhoramentos na unidade decorriam de voluntariedade da empresa empreendedora, ainda que para tentar vender ao ex-Presidente ou para terceiros*”; e conclui:

“O conjunto probatório permite um juízo afirmativo sobre a existência de prova acima de dúvida razoável de que o apartamento triplex, desde o início, inclusive antes mesmo da assunção das obras pela empreiteira OAS, foi reservado ao apelante LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA e assim permaneceu após a OAS assumir o empreendimento. Ainda, também há prova acima de dúvida razoável de que as reformas, compra da cozinha e utensílios foram feitas em favor do ex-Presidente, em customização feita a pedido e consoante projeto aprovado por este e sua esposa.” (p. 180).

176. Logo adiante, porém, o acórdão afirma o motivo de sua convicção, recorrendo, explicitamente, ao *chamamento do corrêu*: diz que “*se houvesse quaisquer hesitações quanto a estas assertivas, elas sucumbiram ao reinterrogatório de José Adelmário Pinheiro Filho*” (p. 180). Durante as dez laudas seguintes, o voto condutor transcreve as declarações de *Léo Pinheiro*.

177. Vê-se, pois, que o voto condutor do acórdão recorrido *expressamente* considerou a dúvida quanto à materialidade e a autoria do crime sanada com base no depoimento do corrêu, delator informal, agraciado com benefícios pela sentença condenatória.

178. A conferência de valor de prova absoluta ao depoimento de Leo Pinheiro também é clara no voto proferido pelo Des. Victor Luiz dos Santos Laus. Segundo ele, a narrativa de Leo Pinheiro somente poderia ter sido

colocada em xeque se o próprio corrêu tivesse afastado a ciência do recorrente em relação aos supostos ilícitos:

“Não obstante, restaria uma hipótese exculpante, no sentido de que o acusado não saberia do ‘encontro de contas’ mediante a conta corrente informal junto à OAS que JOSÉ ADELMÁRIO PINHEIRO administrava, relativa à propina (vantagem indevida) para o Partido dos Trabalhadores. Porém, essa idéia restou fulminada quando do questionamento da própria Defesa de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA ao depoente.

(...)

Após as perguntas da Defesa, o Juízo procedeu a alguns esclarecimentos, oportunidade em que repisada a ciência de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA sobre a origem ilícita do dinheiro que se concretizou no triplex reformado e mobiliado, sem dispêndios pessoais”.

179. A palavra do corrêu Leo Pinheiro para este processo na visão dos acórdãos recorridos equivale à verdade absoluta e deve se sobrepor ao depoimento de 73 (setenta e três) testemunhas que não confirmaram a hipótese acusatória.

180. No que diz respeito ao tema, a jurisprudência do Supremo Tribunal acentua: *“a delação de corrêu e o depoimento de informante não podem servir como elemento decisivo para a condenação, notadamente porque não lhes são exigidos o compromisso legal de falar a verdade”*⁹³.

⁹³ AP 465, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 29.10.14. O voto condutor do precedente, da atual Ministra Presidente da Corte, enfatizou o seguinte:

“A delação de corrêu e o depoimento de informante não podem ser tomados como testemunho no sentido próprio do termo, ainda que o defensor do corrêu delatado tenha participado do interrogatório do delator e a versão apresentada no inquérito tenha se mantido em juízo, o que, de resto, não é o caso. (...)

Se se exige que a confissão seja amparada por outras provas para legitimar a condenação criminal, o mesmo há de se exigir, por melhores razões, quanto à delação do corrêu e o depoimento do informante. O Presidente deste Supremo Tribunal, Ministro Joaquim Barbosa, Relator na Terceira Questão de Ordem na Ação Penal n. 470, realçou a lição de Guilherme Nucci, de que o informante ‘é uma ‘testemunha imprópria’, que não presta compromisso’ (DJ 30.4.2009), recordando a decisão proferida no julgamento do Habeas Corpus n. 89.671, Relator o Min. Eros Grau, no sentido de que do informante ‘não [é] exigido o

181. Ao votar no HC 81.172, o primeiro signatário deste recurso trouxe à discussão a seguinte doutrina de *Manzini*:

“(...) não se trata somente de uma fonte de prova particularmente suspeitosa (o que, dado o princípio da livre convicção do juiz seria insuficiente para justificar a regra cogitada), mas de um ato que, provindo do acusado, não se pode, nem mesmo para certos efeitos, fingir que provenha de uma testemunha. O acusado, não apenas não jura, mas pode até mentir impunemente em sua defesa (...) e, portanto, suas declarações, quaisquer que sejam, não se podem assimilar ao testemunho, privadas como estão das garantias mais elementares desse meio de prova.

(...)

O conteúdo do interrogatório, que não é testemunho com respeito ao interrogado, tampouco pode vir a sê-lo a respeito dos demais, porque seus caracteres seguem sempre sendo os mesmos. O que se designa como chamada de co-réu não é mais que uma confissão, que, além de o ser do fato próprio, o é do fato alheio, e conserva os caracteres e a força probatória dos indícios e não do testemunho.’

(...)

‘Dos co-denunciados do mesmo delito, por conseguinte, um não pode testemunhar nem a favor nem contra o outro, já que suas declarações mantêm sempre o caráter de ‘interrogatório’, de tal modo que seria nula a sentença que tomasse tais declarações como testemunhos’(...)”⁹⁴

182. Ainda quando se orgulhava de compor a Suprema Corte, este signatário anotou que, *“mesmo em juízo, a chamada do co-réu não pode ser prova suficiente para condenação nenhuma, pois evidentemente lhe falta o*

compromisso de falar a verdade’; e [p]or ser informante, e não testemunha, não cabe invocar a norma processual que requer o arrolamento no prazo legal’ (DJ 16.2.2007).”

⁹⁴ Na ocasião, este signatário foi voto vencido, mas apenas porque os eminentes Ministros *Ellen Gracie, Moreira Alves* e *Sydney Sanches* achavam que outras provas aptas à condenação já teriam sido afirmadas diversas vezes pelas instâncias de origem, de modo que não caberia, no *habeas corpus*, desconstituir essa conclusão – não se infirmou, pois, a tese de insuficiência desses depoimentos à condenação. Aquele voto registrou, ainda, que *“o mais importante é que, entre nós, porque não constituem testemunhos, no interrogatório de cada co-réu não se admite a reinquirição pelas partes, do que resulta, com relação àquele por ele delatado, que a sua aceitação como prova agride a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa”*.

*requisito básico da aquisição sob a garantia do contraditório: é o que resulta da impossibilidade, em nosso direito, de o réu ser questionado pelas partes, incluídos os co-réus que delatou”.*⁹⁵

183. No mesmo sentido, julgado da relatoria da eminente Ministra *Cármen Lúcia*: “*condenação amparada exclusivamente na delação dos co-réus: impossibilidade*”⁹⁶.

184. É flagrante, pois, a contrariedade do acórdão condenatório à maciça jurisprudência do Supremo Tribunal; e, ainda, ao §16 do artigo 4º da Lei 12.850/2013, segundo o qual “*nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador*”.

185. Isto porque, embora ainda não tivesse celebrado acordo de colaboração quando resolveu *autodenunciar-se* por esse episódio, resta claro que *Léo Pinheiro* o fez, a toda evidência, como *delator informal*, para ser agraciado pela generosidade do Juiz sentenciante.

186. *Nucci* pondera:

“(...) não é admissível, como confissão, declaração dizendo respeito a terceiros. Importa reconhecer a prática de algum ato criminoso praticado. Caso utilize o seu interrogatório para denunciar o cometimento de algum delito por outra pessoa, negando qualquer participação no mesmo, na realidade estará testemunhando. Por outro lado, no caso de acusar terceiro, incluindo-se na prática do crime, trata-se da hipótese da delação.

⁹⁵ HC 74.368, *Sepúlveda Pertence*, julgado em 1º.7.1997. A ementa do HC 81.740, também relatado por este signatário, registra: “*a chamada de co-réu, ainda que formalizada em Juízo, é inadmissível para lastrear a condenação. Ausência de elementos de prova válidos para fundamentar a condenação.*” (DJ de 22.4.05).

⁹⁶ HC 94.034, rel. Min. *Cármen Lúcia*, Primeira Turma, DJe de 4.9.08.

*Logo, não se considera confissão o que vem a ser ‘testemunho’ ou ‘delação’.*⁹⁷

187. Espontâneas ou não, as declarações de *Léo Pinheiro* não servem como *prova* da afirmada corrupção passiva do ex-Presidente; quando muito, significariam que o corréu admite sua intenção de corrompê-lo, que se concretizaria a partir do *oferecimento de vantagem*⁹⁸. Definitivamente, porém, não demonstra acima de dúvida razoável que o recorrente teria solicitado, aceito e, menos ainda, recebido⁹⁹. Afinal, ainda conforme acentua *Nucci*, “*motivos existem para qualquer um mentir em juízo, seja para acusar-se falsamente da prática de um delito, seja para testemunhar falsamente contra outrem, seja, ainda, para delatar mentirosamente terceiro*”.¹⁰⁰

⁹⁷ *Guilherme de Souza Nucci*. Provas no Processo Penal, 3ª edição. São Paulo: RT, 2013, p; 142.

⁹⁸ **Código Penal**

“*Corrupção ativa*”

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.”

⁹⁹ Nesse sentido, veja-se precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Zegarra Marín vs. Peru, Sentença de 15/02/2017. “Deve ser lembrado que ‘[a] falta de prova plena da responsabilidade em uma sentença condenatória constitui uma violação ao princípio de presunção de inocência’. Neste sentido, qualquer dúvida deve ser usada em benefício do acusado. Este estado jurídico de inocência se projeta em diversas obrigações que orientam o desenvolvimento de todo o processo penal. Desta forma, a demonstração fidedigna da culpabilidade constitui um requisito indispensável para a sanção penal, de modo que o ônus da prova recai na parte acusadora. Além disso, o princípio de presunção de inocência compreende que os julgadores não iniciem o processo com uma ideia pré-concebida de que o acusado cometeu o crime que lhe é atribuído. Neste sentido, a Corte estima que a presunção de inocência exige que o acusador deva demonstrar que o crime penal é atribuível à pessoa acusada, isto é, que participou culpavelmente em seu cometimento e que as autoridades judiciais devam sentenciar [com um critério] além de qualquer dúvida razoável para declarar a responsabilidade penal individual do acusado, incluindo determinados aspectos fáticos relativos à culpabilidade do acusado. Desta forma, a Corte ressalta que o princípio de presunção de inocência é um eixo central no julgamento e um padrão fundamental na apreciação probatória que estabelece limites à subjetividade e discricão da atividade judicial. Assim, em um sistema democrático, a apreciação da prova deve ser racional, objetiva e imparcial para desvirtuar a presunção de inocência e gerar certeza da responsabilidade penal”.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 173.

188. E, embora se apegue às declarações do corrêu, o Tribunal *a quo* se recusou a colher novo depoimento do recorrente. Violou, assim, o artigo 616¹⁰¹ e 196¹⁰² do Código de Processo Penal.

Corrupção virtual: violação ao artigo 317 do Código Penal

189. A corrupção passiva consiste, segundo o artigo 317 do Código Penal, em “*solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem*”.

190. Contraditório, o acórdão ora recorrido afirma que o recorrente teria recebido vantagem indevida¹⁰³, consistente no tal *tríplex*, mas reconhece explicitamente que “*as provas são seguras quanto à 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*” (p. 180 do voto condutor).

¹⁰¹ **CPP**

“Art. 616. No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências.”

¹⁰² Art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes.

¹⁰³ “Diz a denúncia que o Grupo OAS concedeu ao ex-Presidente LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA o apartamento 164-A, triplex, no Condomínio Solaris, com endereço à Avenida General Monteiro de Barros, 656 - Guarujá/SP, bem como a respectiva reforma para adaptá-lo aos interesses do beneficiário. Consta, ainda, que o Grupo OAS custeou a aquisição de mobiliário feito sob medida para o referido imóvel, tudo de acordo com os interesses da família do ex-Presidente.

Aqui, convém anotar que as expressões ‘concessão’ ou ‘destinação’ não devem ser interpretadas dentro de qualquer concepção jurídica, mas sim como indicativos da sequência de fatos que culminaram com os atos de corrupção passiva, assim entendida como o recebimento de vantagem indevida materializada no próprio imóvel.

Da leitura do caderno processual constata-se veemente negativa do apelante LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA quanto à aquisição do apartamento, asseverando que a partir de agosto de 2014, após a segunda visita de MARISA LETICIA ao imóvel, houve expressa desistência de aquisição. De outra banda, a sentença acolheu a tese acusatória de que a titularidade de fato do imóvel seria do ex-Presidente e de sua falecida esposa.” (pp. 149/150).

191. De fato, foi tentando convalidar a inusitada sentença que o acórdão concluiu que o recorrente teria *recebido* a vantagem indevida¹⁰⁴, porque, à míngua de prova de solicitação, aceite ou recebimento, o juízo de primeiro grau, na verdade, inventara um novo verbo típico, qual seja, *atribuir*¹⁰⁵.

192. O Professor Julio B.J. Maier¹⁰⁶, em parecer acostado aos autos (evento 10, anexo 4), chama a atenção que “*O fato de excluir o Direito civil brasileiro para resolver o caso, como pretende a sentença de condenação, é ilegítimo e, a meu juízo, constitui o maior erro dela com referência ao Direito material*”.

193. É expressa, pois, a violação do acórdão recorrido ao artigo 317 do Código Penal, na medida em que o recorrente foi condenado por *receber* a vantagem consistente no imóvel, mas o aresto reconhece que ele nunca teve a propriedade ou a posse, isto é, que o bem nunca ingressou em sua esfera patrimonial. A toda evidência, sua conduta é *atípica*.

¹⁰⁴ “O réu LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA foi condenado pela prática de (a) um crime de corrupção passiva do art. 317 do CP, com a causa de aumento na forma do §1º do mesmo artigo, pelo recebimento de vantagem indevida do Grupo OAS em decorrência de contratos do Consórcio CONEST/RNEST com a Petrobras; e (b) por um crime de lavagem de dinheiro do art. 1º, caput, inciso V, da Lei n.º 9.613/1998, envolvendo a ocultação e dissimulação da titularidade do apartamento 164-A, triplex, incluídas as reformas realizadas.” (p. 259).

¹⁰⁵ Cf. transcrições da sentença constantes do voto-condutor do acórdão recorrido:

“O ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi beneficiado materialmente por débitos da conta geral de propinas, com a **atribuição** a ele e a sua esposa, sem o pagamento do preço correspondente, de um apartamento triplex, e com a realização de custosas reformas no apartamento, às expensas do Grupo OAS. (p. 221)

(...)

A **atribuição** a ele de um imóvel, sem o pagamento do preço correspondente e com fraudes documentais nos documentos de aquisição, configuram condutas de ocultação e dissimulação aptas a caracterizar crimes de lavagem de dinheiro. (p. 234)”.

¹⁰⁶ Julio B.J. Maier, sinteticamente, já foi juiz do Tribunal Superior de Justiça de Buenos Aires/Argentina, é Professor Titular Emérito de Direito Penal e Processual Penal da Universidade de Buenos Aires – UBA, é Doutor em Direito pela Universidade Nacional de Córdoba, Argentina e possui pós-graduação em Filosofia jurídica, Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade de Monique, Alemanha.

194. O Tribunal local, sem pejo, criou um crime que poderia ser reconhecido “*caso a caso*”, sem seguir uma “*fórmula*”. Confira-se o seguinte trecho do aresto:

*“Com efeito, as corrupções envolvendo agentes políticos ganham contornos próprios e a solução deve ser buscada **caso a caso**, tomando-se como norte o contexto da atividade criminosa, o modus operandi empregado, a capacidade de influência do agente e os desdobramentos da empreitada delitiva considerada em seu todo. Não há como se definir, portanto, uma **fórmula** de ouro aplicável a todo e qualquer processo, pois a atividade política transborda muitas vezes os estritos limites do cargo - inclusive temporais -, podendo interferir nos mais variados órgãos da administração pública direta ou indireta”* (destacou-se).

195. Como se sabe, o julgamento da causa está submetido às taxativas balizas do tipo penal. É dizer: não é dado ao juiz ampliar os limites interpretativos do verbo nuclear, criminalizando conduta não expressamente prevista pelo legislador, sob pena de violação, também, ao *princípio da legalidade*^{107 108}.

196. É pertinente, no ponto, lição a respeito da *taxatividade* da lei penal extraída de obra de *Nilo Batista e E. Raul Zaffaroni*:

“4. O princípio da máxima taxatividade se manifesta no âmbito interpretativo por meio de uma proibição absoluta da analogia in malam partem. (...) o direito penal se estrutura como um sistema descontínuo de ilicitudes pontuais que não podem ser ampliadas pela interpretação, doutrinária ou jurisprudencial.

¹⁰⁷ **CR/88**

Art. 5º: “XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

¹⁰⁸ **Código Penal**

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

5. *Se se entende por analogia completar o texto legal, de modo a considerar proibido aquilo que ele não proíbe ou aquilo que ele permite, censurável aquilo que ele não censura, ou, em geral, punível aquilo que ele não pune, baseando-se a decisão em que tal texto proíbe, não justifica, censura, ou pune condutas similares, ou de similar gravidade, tal procedimento de interpretação fica absolutamente excluído da elaboração jurídica do direito penal, porque a norma tem um limite linguisticamente insuperável, que é a máxima capacidade da palavra.*¹⁰⁹

Falta de ato de ofício

197. Ademais, o acórdão recorrido violou o artigo 317 do Código Penal, ainda, ao condenar o recorrente com base em *inferências alheias à imputação*. Empregou-se indevidamente a *Teoria do Domínio do Fato*¹¹⁰, para que ele fosse

¹⁰⁹ *Direito Penal Brasileiro*, primeiro volume, 3ª edição. Rio de Janeiro: REVAN, 2006, pp. 208/209.

¹¹⁰ A teoria da **Responsabilidade de Comando** foi incorporada no Estatuto de Roma, do qual o Brasil é signatário (Decreto 4.388), e prevê a responsabilidade do superior hierárquico, em se tratando de agentes políticos. O Estatuto, em seu artigo 28, é claro no sentido de que, para que o superior responda pelos crimes cometidos por seus subordinados, por não ter exercido um controle apropriado, devem estar presentes os seguintes requisitos:

(i) deve-se comprovar que o superior teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;

(ii) tais crimes devem estar relacionados com atividades sob a sua responsabilidade e controle efetivos;

(iii) não ter o superior adotado medidas necessárias e adequadas para prevenir ou reprimir a prática dos crimes ou levado o assunto ao conhecimento das autoridades competentes;

(iv) não se admite a negligência construída, deve-se comprovar o conhecimento da prática delitiva pelo superior.

Dessa forma, para a aplicação dessa teoria seria necessário demonstrar que os crimes perpetrados no âmbito da Petrobras estariam relacionados a atividades sob sua responsabilidade e controle efetivos do recorrente, o que deve ser de pronto afastado. Além disso seria necessário comprovar que ele teve conhecimento das práticas delitivas, o que não é compatível com o histórico do recorrente.

Em reforço a esse entendimento, é preciso lembrar que o recorrente, na condição de Presidente da República, a tomou uma série de medidas efetivas no combate à corrupção, dentre elas a criação da Controladoria Geral da União. Foi durante o governo do recorrente, ainda, que foram tomadas as seguintes medidas: (i) a efetiva criação da Controladoria Geral da União, um órgão de combate à corrupção; (b) criação do Portal da Transparência e do Cadastro de Pessoas Inidôneas, que lista as empresas punidas e proibidas de contratar com a Administração Pública; (c) Ampliação e vasta qualificação de membros do Ministério Público Federal, da Polícia Federal e do Conselho de Controle de Operações Financeiras (COAF); (d) Eleição do Chefe Máximo do Ministério Público (o Procurador Geral da República) por meio de votos diretos dos membros do Ministério Público; (e) Ratificação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Transnacional (Decreto nº 5.015/2004); (f) Ratificação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto nº 5.687/2006); (g) Promulgação da Lei nº.10.763 de 2003, que aumentou as penas para a corrupção.

publicamente enxovalhado e, ao final, julgado, não com base em ato comissivo ou omissivo inerente à função, mas, sim, pela teórica ascendência do Presidente da República nas nomeações da Petrobras, em violação ao artigo 29 do Código Penal¹¹¹.

198. Depreende-se do acórdão recorrido que o recorrente foi condenado pelo crime de corrupção passiva sem a demonstração – e comprovação – da relação entre o fato a ele imputado e um ato determinado de ofício pertencente à sua esfera de atribuições. Afirmou-se, como embasamento, que “*o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que, para a configuração do delito de corrupção, não se exige que o oferecimento da vantagem indevida guarde relação com as atividades formais do agente público, bastando que esteja relacionado com seus poderes de fato*”.¹¹²

199. Malgrado seja atribuição do Conselho de Administração a nomeação dos executivos da Petrobras – e não do Presidente da República – o aresto sustenta que, em contrapartida à vantagem indevida em tese recebida pelo ex-Presidente, este teria exercido influência para assegurar a nomeação e a manutenção de diretores da Estatal.¹¹³

¹¹¹ **Código Penal**

“Art. 29 - *Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.*”

¹¹² *Depreende-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que, para a configuração do delito de corrupção, não se exige que o oferecimento da vantagem indevida guarde relação com as atividades formais do agente público, bastando que esteja relacionado com seus poderes de fato. E, no caso de agente político, esse poder de fato está na capacidade de indicar ou manter servidores públicos em cargos de altos níveis na estrutura direta ou indireta do Poder Executivo, influenciando ou direcionando suas decisões, conforme venham a atender interesses escusos, notadamente os financeiros (p. 121).*

¹¹³ “*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 subreptício o financiamento de partidos, pelo que agia nos bastidores para nomeações e manutenções de agentes públicos em cargos chaves para a empreitada criminoso.*” (p. 117).

200. Sobre a necessidade de *ato de ofício próprio* para caracterização do delito de corrupção passiva, *Nelson Hungria* ensina:

*“O ato ou abstenção a que a corrupção se refere deve ser da competência do intraneus, isto é, deve estar compreendido nas suas específicas atribuições funcionais, pois só neste caso pode deparar-se com um dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração.”*¹¹⁴

201. Para FRAGOSO, o crime de corrupção passiva *“está na perspectiva de um ato de ofício, que à acusação cabe apontar na denúncia e demonstrar no curso do processo”*¹¹⁵ (destacou-se).

202. Segundo WUNDERLICH:

*“Para a caracterização do crime de corrupção passiva é indispensável que o agente público receba vantagem indevida pela prática (ou promessa) de um ato de ofício específico. O ato de ofício deve ser detalhado ou particularizado, não podendo ser um ato qualquer, um ato em tese, um ato abstrato ou genérico. Para a configuração do tipo é necessário que o ato de ofício, em torno do qual é praticada a conduta incriminada, seja inerente à função exercida pelo funcionário público.”*¹¹⁶

203. Por fim, segundo mais recente literatura sobre o tema, *“apesar de o art. 317 não mencionar expressamente o ato de ofício como causa de vantagem*

¹¹⁴ *Comentários ao Código Penal*, vol. IX, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 369. *Nucci*, a seu turno, em comentário ao artigo 317 do Código Penal, anota que *“não se pode aceitar denúncia oferecida contra funcionário público sem a indicação de qual é o ato funcional vinculado à suposta vantagem indevida”* (Código Penal Comentado, 4ª edição, São Paulo: RT, 2003, pp. 867/868).

¹¹⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, Vol. II, 1980, p. 438.

¹¹⁶ WUNDERLICH, Alexandre. *Código Penal Comentado*. Miguel Reale Junior (coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 926.

indevida, a doutrina tradicionalmente reconhece esse requisito, caracterizando essa modalidade de corrupção como mercancia de ato de ofício^{117 118}.

¹¹⁷ OLIVEIRA, Gustavo de. O crime de corrupção e a compra de boas relações. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (org.). **Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. São Paulo: FGV, 2017, p. 55.

¹¹⁸ A sentença fez referência a julgados da justiça norte-americana na tentativa de superar a necessidade do ato de ofício para a configuração do crime de corrupção. No entanto, segundo o entendimento da Suprema Corte daquele país em recente julgamento sobre o tema (caso *McDonnell v. United States*), para a configuração desse ilícito há necessidade de comprovação da prática de um ato de ofício buscando o recebimento de vantagem indevida (*quid pro quo*):

Considerando-se o texto da lei, o precedente desta Corte e as preocupações constitucionais levantadas pelo governador McDonnell, rejeitamos a leitura do Governo do §201 (a) (3) e adotamos uma interpretação mais restrita de “ato de ofício”. Sob essa interpretação, marcar uma reunião, ligar para outro funcionário público, ou organizar um evento não configuram, por si só, um “ato de ofício”.

[...]

Em suma, um “ato de ofício” é uma decisão ou ação acerca de uma “questão, matéria, caso, processo, ação ou disputa”. A “questão, matéria, caso, processo, ação ou disputa” deve envolver o exercício formal do poder governamental, que possui uma natureza semelhante à de uma ação judicial perante um tribunal, uma determinação perante uma agência ou uma audiência perante uma comissão. Deve também ser algo específico e focado que esteja “em trâmite” ou que “pela lei possa ser trazido” perante um agente público. Para caracterizar “ato de ofício”, é necessário que o agente público tome uma decisão ou execute um ato em relação à “questão, matéria, caso, processo, ação ou disputa”, ou concorde em fazê-lo.

[...]

*Além de ser inconsistente tanto com o texto quanto com os precedentes, o entendimento expansivo do Governo com relação a “ato de ofício” poderia levantar preocupações constitucionais significativas. A Seção 201 proíbe a corrupção *quid pro quo* – a troca de algo de valor por um “ato de ofício”. Do ponto de vista do Governo, praticamente qualquer coisa que um agente público aceite – desde uma contribuição de campanha até um almoço – conta como um *quid*; e praticamente qualquer coisa que um agente público faça – desde agendar uma reunião até convidar um convidado para um evento – conta como um *quo*. Ver Petição *United States 14, 27*; Tr. of Oral Arg. 34–35, 44–46.¹¹⁸*

Mas agentes públicos dedicados agendam reuniões com os constituintes, entram em contato com outros agentes em seus nomes, e os inclui em eventos o tempo todo. O acordo fundamental do governo representativo presume que agentes públicos escutam seus constituintes e agem de forma apropriada com relação às suas questões – quer seja o agente sindical preocupado com o encerramento das atividades de uma fábrica ou os residentes que querem saber por que levou cinco dias para retornar a energia elétrica em seu bairro depois de uma tempestade. O posicionamento do Governo poderia criar uma situação desagradável de uma possível acusação com relação a essas relações caso o sindicato tivesse feito uma contribuição de campanha no passado ou se os residentes convidassem o agente público para comparecer ao seu jogo anual. Agentes públicos poderiam pensar sobre se deveriam responder até mesmo aos pedidos mais comuns, e cidadão com preocupações legítimas poderiam deixar de participar do discurso democrático.

Essa questão é essencial. Os advogados da Casa Branca que trabalharam em todos os governos desde o Presidente Reagan até o Presidente Obama alertam que a “expansão espantosa da lei contra a corrupção pública provavelmente desanimariam as interações de agentes federais com as pessoas que eles servem e, portanto, prejudicariam sua habilidade para realizar suas funções de maneira eficaz.” Petição de Amici Curiae 6 para Ex-Agentes Federais. Seis ex-procuradores federais do estado da Virginia – quatro Democratas e dois Republicanos – também protocolaram uma petição do amicus curiae perante este Tribunal repercutindo essas questões, assim como 77 ex-procuradores estaduais de outros estados – 41 Democratas, 35 Republicanos, e 1 independente. A Petição de Amici Curiae 1–2, 16 para Ex-Procuradores Federais da Virginia; Petição de Amici Curiae 1–2 para 77 Ex-Procuradores Estaduais (de outros estados). Claro que nada disso sugere que os fatos do presente caso tipifiquem interação política normal entre agentes públicos e seus constituintes. Longe disso. Mas o entendimento legal do Governo não se restringe aos casos

204. Diante disso, pede-se vênia, neste ponto, para insistir:

a) **Indicação dos diretores da Petrobras**: emerge do próprio acórdão recorrido que essa conduta não foi realizada pelo recorrente. Ademais, o eventual ato de encaminhar o nome dos candidatos ao Conselho de Administração da Petrobras não vincula a decisão de tal colegiado, **exclusivamente** incumbido da escolha e efetiva nomeação dos Diretores. Assim, o Presidente da República não tinha — como não tem — a função de nomear qualquer Diretor da petrolífera (como se verifica da própria Lei das Sociedades Anônimas);

b) **Manutenção dos diretores da petrolífera**: a decisão pela saída ou manutenção de qualquer diretor da Petrobras em seu cargo também é ato discricionário do Conselho de Administração da companhia. Não há qualquer ato do Presidente da República em relação a esse tema.

205. O acórdão recorrido atribuiu responsabilidade penal ao recorrente sob o fundamento de que haveria — sem qualquer fundamento idôneo — “*ciência do réu com relação aos malfeitos havidos na estatal*”, e não por qualquer envolvimento em atos específicos da petrolífera, muito menos pela prática de um “ato de ofício” no exercício do cargo de Presidente da República.

*que envolvem doações exageradas ou grandes quantias de dinheiro, e não podemos interpretar uma lei partindo do pressuposto de que o Governo irá “usá-la com responsabilidade”. United States v. Stevens, 559 U. S. 460, 480 (2010). O Tribunal em Sun-Diamond se recusou a confiar na “discricionariedade do Governo” para proteger contra uma acusação extremista prevista na §201, concluindo, ao invés disso, que **“uma lei nesse âmbito que possa ser interpretada linguisticamente tanto como uma faca de açougueiro ou um bisturi, deve razoavelmente ser considerada o segundo.”** 526 U. S., at 408, 412. (destacou-se).*

206. Consigne-se, *por relevante*, que, ao contrário do quanto asseverado pelo acórdão combatido, o Supremo Tribunal Federal não consolidou entendimento no sentido de dispensar, à configuração do crime de corrupção passiva, a demonstração de ato de ofício determinado e inserido no complexo de atribuições do funcionário público. Ao revés, a Corte Suprema, no paradigmático julgamento da ação penal 307/DF, absolveu o réu justamente pela inexistência de tal nexos, concepção que vem sendo seguida.

207. Posteriormente, a jurisprudência do Supremo Tribunal se manteve nesse sentido:

“EMENTA: CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA. ART. 317 DO CÓDIGO PENAL. A denúncia é uma exposição narrativa do crime, na medida em que deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias. Orientação assentada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que o crime sob enfoque não está integralmente descrito se não há na denúncia a indicação de nexos de causalidade entre a conduta do funcionário e a realização de ato funcional de sua competência. Caso em que a aludida peça se resente de omissão quanto a essa elementar do tipo penal excogitado. Acusação rejeitada.”¹¹⁹

208. De todo pertinente ao caso, o minudente voto proferido pelo eminente Ministro *Celso de Mello*, que, naquela ocasião dilucidou:

“Entendo, Sr. Presidente, na linha do voto que proferi no julgamento da Ação Penal 307-DF, que o ato de ofício constitui requisito indispensável à plena configuração típica do crime de corrupção passiva, tal como vem este delito definido no art. 317, caput, do Código Penal. A essencialidade do ato de ofício torna-o elemento imprescindível ao exame da subsunção de determinado

¹¹⁹ Inq. 785, rel. Min. *Ilmar Galvão*, Tribunal Pleno, DJ de 7.12.2000.

comportamento ao preceito de incriminação constante da norma penal referida.

Sem que o agente, executando qualquer das ações realizadoras do tipo penal constante do art. 317, caput, do Código Penal, venha a adotar comportamento funcional necessariamente vinculado à prática ou à abstenção de qualquer ato de seu ofício - ou sem que ao menos atue na perspectiva de um ato enquadrável no conjunto de suas atribuições legais - não se poderá, ausente a indispensável referência a determinado ato de ofício, atribuir-lhe a prática do delito de corrupção passiva.

Para a integral realização da estrutura típica constante do art. 317, caput, do Código Penal - e ante a indispensabilidade que assume esse pressuposto essencial do preceito primário incriminador consubstanciado na norma penal em causa - é de rigor a existência de uma relação da conduta do agente (que solicita, ou que recebe, ou que aceita a promessa de vantagem indevida) com a prática, que até pode não ocorrer, de um ato determinado de seu ofício.

(...)

Sem a necessária referência ou vinculação do comportamento material do servidor público a um ato de ofício - ato este que deve obrigatoriamente incluir-se no complexo de suas atribuições funcionais (RT 390/100 - RT 526/356 - RT 538/324) -, revela-se inviável qualquer cogitação jurídica em torno da caracterização típica do crime de corrupção passiva definido no caput do art. 317 do Código Penal.

(...)

Sem a consideração de um ato de ofício - e sem que se possa vincular à conduta do agente, como referência subordinante de sua atuação, uma prática ou omissão funcional, ou, ainda, a promessa de sua ocorrência, torna-se penalmente irrelevante, como conseqüência necessariamente derivada da ausência de tipicidade, o comportamento atribuído ao servidor público.

(...)

Definitivo, sob esse aspecto, é o magistério doutrinário de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO ('Lições de Direito Penal', vol. II/438, 1980, Forense), para quem o delito de corrupção passiva, tal como tipificado no caput do art. 317 do Código Penal, 'está na perspectiva de um ato de ofício, que à acusação cabe apontar na denúncia e demonstrar no curso do processo'."

209. Em decisões mais recentes, o STF seguiu a posição firmada na AP 307/DF. No Inq. 3705, a 2ª Turma, por unanimidade, rejeitou denúncia pelo delito de corrupção passiva por entender que era “*improvável o nexo entre a prática do ato de ofício e a vantagem*”¹²⁰. Já no Inq. 4259, o parlamentar lá acusado foi absolvido sob o fundamento de não se vislumbrar nenhuma conduta a ele atribuível que “*pudesse concretamente se revestir da qualidade de ato de ofício relacionado à função parlamentar*” e que “*ausente a prática de um ato de ofício de mercancia da função parlamentar, os fatos imputados ao denunciado, a título de corrupção passiva, são atípicos*”¹²¹.

210. Na mesma linha segue a jurisprudência dessa Corte Superior. Tal acepção, reiterada em inúmeras decisões, foi reunida na edição 57 da “Jurisprudência em tese” desse c. STJ, o qual assenta que, “[n]o crime de corrupção passiva, é indispensável haver nexo de causalidade entre a conduta do servidor e a realização de ato funcional de sua competência”.

211. Aliás, destaque-se, ilustrativamente, recentíssima decisão proferida pelo relator dos procedimentos afetos à “Lava Jato” no âmbito do STJ, o e. Ministro *Felix Fischer*, o qual assentou que:

“Para a configuração do crime previsto no artigo 317 do Código Penal, exige-se que a solicitação, o recebimento ou a promessa de vantagem se faça pelo funcionário público em razão do exercício de sua função, mostrando-se indispensável, desse modo, a existência de nexo de causalidade entre a conduta do servidor e a realização de ato funcional de sua competência.

Diz o art. 317º, do CP: “Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função

¹²⁰ Inq 3705, Relator: Ministro *Gilmar Mendes*, Segunda Turma, julgado em 02/06/2015.

¹²¹ Inq 4259, Relator: Ministro *Edson Fachin*, Relator p/ Acórdão: Ministro *Dias Toffoli*, Segunda Turma, julgado em 18/12/2017.

ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem."

*Assim, para a configuração do delito em questão se faz necessário que o ato em torno do qual é praticada a conduta incriminada seja da competência ou atribuição inerente à função exercida pelo **funcionário público**, já que a tipicidade cinge-se justamente ao tráfico da função¹²²".*

212. Verifica-se, portanto, que esse Tribunal, fiel à dogmática penal (assim como a Suprema Corte)¹²³, reputa indispensável à configuração do crime de corrupção passiva, o vínculo entre a conduta imputada ao acusado e o ato necessariamente inserido na alçada do funcionário público.

213. O liame em questão, *no entanto*, não existe na hipótese condenatória, pois, ressalte-se novamente, não compete ao Presidente da República indicar e nomear diretores da Petrobras.

214. Segundo se depreende dos próprios fatos estabelecidos de forma sobrenada pelo TRF4, a nomeação dos diretores que participaram de ilícitos na Petrobras ocorreu durante 2003 e 2004 enquanto os contratos que foram utilizados para fundamentar a condenação do recorrente, os quais teriam gerado as supostas vantagens indevidas, foram firmados em 2009. Evidencia-se, até por uma abordagem **cronológica**, a inexistência de qualquer vinculação entre a nomeação de tais diretores – que, relembre-se, não é atribuição do Presidente da

¹²² ARESP 1.142.400/SP, decisão proferida no dia 16.02.2018.

¹²³ Nesse sentido também caminha a jurisprudência norte-americana (caso *McDonnell v. United States*): *Em suma, um "ato de ofício" é uma decisão ou ação acerca de uma "questão, matéria, caso, processo, ação ou disputa". A "questão, matéria, caso, processo, ação ou disputa" deve envolver o exercício formal do poder governamental, que possui uma natureza semelhante à de uma ação judicial perante um tribunal, uma determinação perante uma agência ou uma audiência perante uma comissão. Deve também ser algo específico e focado que esteja "em trâmite" ou que "pela lei possa ser trazido" perante um agente público. Para caracterizar "ato de ofício", é necessário que o agente público tome uma decisão ou execute um ato em relação à "questão, matéria, caso, processo, ação ou disputa", ou concorde em fazê-lo*

República – e as vantagens indevidas que os referidos teriam angariado nas contratações indicadas, aproximadamente seis anos depois.

215. Neste feito, por outro lado, o aresto conclui que *“há prova acima de dúvida razoável de que o ex-Presidente foi um dos articuladores - senão o principal - do amplo esquema de corrupção. As provas aqui colhidas levam à conclusão de que, no mínimo, tinha ciência e dava suporte àquilo que ocorria no seio da Petrobras, destacadamente a destinação de boa parte da propina ao Partido dos Trabalhadores para financiamento de campanhas políticas”*.

216. Acontece que essa imputação – ainda em estágio inicial do contraditório – foi deduzida pela Procuradoria-Geral ao Supremo Tribunal, na denúncia formulada no inquérito 4325/DF, ainda pendente de análise, de modo que, como visto, ela não se presta para confirmar o episódio do *triplex*.

217. De fato, se a articulação do esquema criminoso pelo recorrente é pressuposto do delito de corrupção aqui imputado, como considera o acórdão, este caso não poderia ser julgado antes daquele.

218. Como anteriormente salientado, a tese de que o recorrente é o “garantidor de um esquema maior” não compunha o objeto da imputação, de modo que jamais poderia ser manejada para fundamentar a sua condenação. É preciso registrar o absurdo: o recorrente respondeu a uma acusação específica – o suposto recebimento do apartamento triplex e do custeio do acervo presidencial em forma vantagem indevida, alegadamente ocultada – e foi condenado, inclusive teve sua pena absurdamente majorada, por ser o “comandante” de um tentacular esquema supostamente existente na Administração Pública Federal.

219. No que tange à aplicação da *Teoria do Domínio do Fato*, cumpre registrar que esta sequer poderia ser utilizada no presente caso, pois, consoante leciona *Claus Roxin*, tal conceito “*é capaz de distinguir autores e partícipes somente nos chamados delitos gerais – aqueles que podem ser realizados por qualquer pessoa. Inviável sua aplicação nos chamados delitos de dever [caso da corrupção passiva], dado que nestes só é autor aquele dotado do dever jurídico (intraneus)*”¹²⁴.

220. E ainda que fosse possível superar o equívoco dogmático apontado, não há que se falar em *domínio da vontade*, modalidade aparentemente discorrida no acórdão – mesmo que de forma não expressa – pois, como também leciona *Roxin*¹²⁵, para a incidência de tal hipótese, deve existir (i) a fungibilidade do autor mediato (no caso, os diretores) e (ii) se tratar de instituição desvinculada do Direito (o que não é o caso da Petrobras)¹²⁶.

221. Constata-se, desse modo, que a Corte Regional lançou mão do aludido conceito como um verdadeiro fundamento de punibilidade, ou seja, para suprir a ausência de prova de culpa do recorrente, baseando a condenação – e a desproporcional exasperação da pena – no cargo por ele ocupado no período compreendido entre 2003 e 2010. Tal aplicação – *concessa venia* – destoa integralmente da função dogmática da teoria do domínio do fato.

¹²⁴ ROXIN, *Strafrecht*, 2003, v. II, § 25, n. 13-15. E GRECO, Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato – Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Ed. Marcial Pons, 2014, p. 31 e 32.

¹²⁵ ROXIN, *Strafrecht*, 2003, v. II, § 25, n. 129-132.

¹²⁶ Além de não se poder classificar a Petrobras como uma instituição desvinculada da ordem jurídica, inviável imaginar que os diretores da Petrobras constituíam mera engrenagem da suposta prática criminosa. A eleição e a destituição de um diretor ocorrem por meio de um processo de extrema complexidade e independência. Não haveria, pois, como cogitar de fungibilidade de tais indivíduos, como se fosse possível substituí-los do dia pra noite.

Crime sem conduta

222. Segundo o voto condutor proferido pelo Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, *“A questão reside na unidade triplex, que, segundo a denúncia, teria sido destinada, reformada e mobiliada para o apelante LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, às custas da OAS Empreendimentos, a pedido deste, com recursos ilícitos auferidos pela empreiteira em contratos com a PETROBRAS, fato enfaticamente negado”*.

223. Os próprios arestos recorridos, no entanto, não apontaram qualquer conduta típica — relativa ao delito de corrupção passiva (CP, art. 317) — praticada pelo recorrente objetivando o *“recebimento”* do apartamento ou das reformas nele realizadas.

224. Ao contrário. Diz o voto condutor que *“É incontroverso que a esposa do ex-Presidente, Marisa Leticia Lula da Silva, firmou termo de adesão ao empreendimento com a BANCOOP, relativamente à unidade 141 do edifício”*.

225. Ou seja, emerge com nitidez da própria base empírica dos arestos recorridos que o recorrente jamais teve qualquer relação jurídica com a BANCOOP. Quem mantinha essa relação jurídica era sua esposa, que, posteriormente, diante do encerramento do regime de cooperativa após a transferência da construção do edifício para a OAS Empreendimentos, pediu na Justiça a devolução dos valores que havia investido.

226. Essa situação também consta expressamente na base empírica dos arestos recorridos, conforme o seguinte trecho do r. voto condutor:

“(....) Posteriormente, no entanto, Marisa Leticia Lula da Silva ingressou com ação cível contra a BANCOOP e a OAS Empreendimentos pleiteando a devolução dos valores pagos; aponte-se, somente em 19/07/2016 (evento 85, out12)”.

227. No parecer já citado, Julio Maier ressalta:

“Mesmo que eu não pretenda avaliar a prova, me assombra, por demais, como a sentença adjudica sem mais, atos cometidos pela esposa do Sr. ex-presidente a ele, como se fossem um único corpo e alma, de uma única pessoal e vontade segundo regras jurídicas. A razão: a comunhão de bens que rege o casamento (nº 829 da sentença). Nem sempre isto é assim, pois existem bens próprios que um dos cônjuges leva ao casamento ou adquire durante o seu transcurso, mas que, além do mais, trata-se de uma imputação penal de ato de outro que, a meu juízo deveria requerer maior fundamentação. O assombro não pretende negar a necessidade de diálogo e decisões em comum de um casal, mas tampouco é lítico adjudicar sem mais a um dos consortes os atos e as decisões do outro. (...)”.

228. Logo, também sob essa perspectiva é possível verificar a contrariedade ao art. 317 do Código Penal pelos arestos recorridos.

Atipicidade da conduta

229. Ao revés da posição desse c. STJ, restou o recorrente condenado por *“ser o suposto 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 criminosa”.*

230. A condenação pelo crime de corrupção passiva *“por sua capacidade de influência”* ou *“por atos indeterminados”*, se não rechaçada à luz

do princípio da legalidade e do magistério jurisprudencial e doutrinário, sucumbe à condenação de Léo Pinheiro pelo delito de corrupção ativa circunstanciada (art. 333, *caput* e parágrafo único, do CP) e à majoração da pena do recorrente (art. 317, § 1º do CP).

231. É cediço que na modalidade “receber” imposta ao recorrente deve subsistir a relação de bilateralidade (“quid pro quo”). No caso dos autos, imputou-se a José Adelmário Pinheiro Filho o crime de corrupção ativa (corruptor), enquanto ao recorrente fora atribuída conduta amoldada à corrupção passiva (corrompido).

232. O tipo penal de corrupção ativa demanda, *categoricamente*, que a promessa ou a oferta de vantagem indevida ao *intrañeus* ocorra a fim de lhe determinar “*a prática, omissão ou o retardamento de ato de ofício*” (art. 333, *caput*, do CP). Ademais, no que tange à causa de aumento de tal modalidade típica, pela qual Léo Pinheiro fora condenado, vindica-se que em razão de vantagem ou promessa, *o intrañeus retarde ou omita ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional* (art. 333, parágrafo único, do CP).

233. Assim, o entendimento consignado no acórdão é incompatível com a legislação de regência. Por um lado, afirma que o recorrente cometeu o crime de corrupção passiva “*por sua capacidade de influência*” e “*sem que se mostre necessário sua conduta ativa nos contratos* (suposta origem das vantagens indevidas que o teria beneficiado)” e, por outro, majora a sua pena pela prática de um ato de ofício determinado e condena o suposto corruptor como incurso no art. 333, CP, com a causa de aumento do parágrafo único.

234. Em não sendo constatado e comprovado o ato de ofício determinado, a *atipicidade* da conduta atribuída ao recorrente é inegável. E,

ainda que não o fosse, e isso será abordado adiante, demanda o afastamento da causa de aumento estatuída no §1º do art. 317 do CP.

235. *Nesse diapasão*, impele-se registrar que **não era encargo** do Presidente da República nomear ou manter diretores da Petrobras. O poder magnânimo atribuído ao recorrente pelo acórdão **não** encontra *mínima* ressonância na **realidade**, à luz da dimensão e da complexidade da Petrobras. Inconcebível, *destarte*, concluir que o Presidente da República possuía total controle sobre a estatal, notadamente o seu Conselho de Administração, órgão composto, *também*, por membros independentes, dissociados da União.

236. Imperioso que se diferencie o mero encaminhamento dos nomes dos potenciais candidatos ao Conselho de Administração da Petrobras – o que foi feito após uma intensa verificação do candidato pelo Ministério da Casa Civil – e o efetivo ato de nomear os diretores e mantê-los em seus cargos, atribuição exclusiva do Conselho de Administração, o qual **não tinha qualquer** subordinação ou dependência da Presidência da República.

237. Não bastasse a estrutura da Petrobras, apta a demonstrar que o poder atribuído ao recorrente e sobre a estatal **é manifestamente inverossímil**, inúmeras testemunhas que ocuparam importantes cargos na companhia, dentre elas um ex-presidente¹²⁷ e conselheiros independentes¹²⁸, igualmente afastaram tal hipótese, corroborando todos os rudimentos legais, normativos e institucionais, que evidenciam que as escolhas da Petrobras – entre elas a nomeação de diretores – se davam de forma **técnica, isenta e independente**.

¹²⁷ Apenas a título de informação, registre-se que os depoimentos de José Sérgio Gabrielli (ex-presidente da companhia), Jorge Gerdau e Fábio Colleti (ex-membros do Conselho de Administração) são esclarecedores.

238. Desse modo, inexistente “nexo de causalidade entre a conduta do servidor e a realização de ato funcional de sua competência”, devendo ser reconhecida a atipicidade do crime de corrupção passiva, forte nos arts. 13 e 317 do CP, bem como na firmada jurisprudência dessa Corte Superior.

Atipicidade: teoria da imputação objetiva

239. Não bastassem os argumentos até então explanados, resta latente a atipicidade da conduta ainda de outro ângulo. Para fins de punibilidade, não é suficiente que exista apenas o liame entre a conduta do agente e o resultado. Ademais, *deve* o agente, com seu comportamento, criar um *risco não permitido* de produção do resultado, bem como ser tal resultado a *concretização desse risco criado* pelo agente.

240. Enquanto a relação de causalidade se encontra situada no *plano fático* (empírico), a imputação objetiva lança mão de *critérios normativos*, servindo a evitar a indevida expansão da causalidade e permitindo determinar se o resultado pode ser considerado obra do acusado. *Desse modo*, é possível limitar a atuação do Direito Penal às condutas que acarretem *riscos desaprovados e concretizados* a bens jurídicos relevantes. **A imputação objetiva, destarte, legitima o caráter fragmentário do direito penal.**

241. *Claus Roxin*, maior referência no tema, aduz que a punibilidade do agente, sob o prisma objetivo, depende de três requisitos: **(i)** a criação de um risco não permitido; **(ii)** a realização do risco não permitido no resultado e **(iii)** o alcance do tipo e o princípio da autorresponsabilidade.

242. No caso em mesa, imputa-se ao recorrente o crime de corrupção passiva na modalidade receber, portanto, crime material que, para consumação,

exige o recebimento da vantagem indevida. O ato que teria originado o recebimento de tais benesses é a sua suposta indicação, nomeação e manutenção dos diretores nos cargos da Petrobras.

243. Todavia, como já ressaltado, o processo de nomeação dos diretores Paulo Roberto Costa, Renato Duque e Nestor Cerveró¹²⁹ cumpriu e seguiu, *rigorosamente*, todas as exigências *legais e estatutárias* vigentes, restando constatado que os então candidatos possuíam todos os requisitos para ocupar o cargo.

244. No que tocava à Presidência da República, foram observados **todos** os *parâmetros normativos* para encaminhar o nome dos três diretores ao Conselho de Administração da Petrobrás. A conduta, *portanto*, **não** incorreu na *criação e realização de um risco não tolerado juridicamente*¹³⁰.

245. Relativamente à criação do risco, *Luis Greco*, com propriedade, salienta que, em seu aspecto positivo¹³¹, tal exigência tem raiz na própria finalidade do direito penal, qual seja a proteção de bens jurídicos¹³². Sobre o critério da criação do risco, consigna o autor se tratar de um juízo formulado de

¹²⁹ Registre-se que, inobstante Nestor Cerveró não ter participado das licitações mencionadas no acórdão condenatório, mostra-se oportuno também abordar a lisura de sua nomeação à Diretoria Internacional da Petrobras, pois também mencionada na exordial acusatória.

¹³⁰ Nesse sentido, destacam-se os ofícios juntados aos autos, expedidos pelas empresas de auditoria externa, KPMG e PriceWaterhouseCoopers, por meio dos quais atestaram a inexistência de qualquer ato praticado pelo recorrente no âmbito da Petrobras, que pudessem configurar ilicitude (evento 937 do autos em primeiro grau – anexo6 e anexo7)

¹³¹ Sobre o *aspecto negativo*, concernente aos casos em que inexistem ações arriscadas, o autor o subdivide em risco juridicamente irrelevante e diminuição do risco. In: GRECO, Luis. **Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva**, 3ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 39-45.

¹³² Idem. p. 31-33. *O direito penal apenas proíbe ações perigosas – esta ideia é o fundamento político-criminal do requisito que estamos examinando, a criação do risco. Esse requisito é necessário, porque apenas a sua presença no seio do tipo garantirá que não se proibam ações não perigosas para o bem jurídico (...) Esta exigência tem sua raiz mais profunda na própria finalidade do direito penal, que é proteger bens jurídicos: proibir ações não perigosas é proibir por proibir, é limitar a liberdade sem correlato ganho social. Só as proibições que gerem algum ganho social podem ser proibições legítimas, só as proibições que sejam idôneas a proteger um bem jurídico podem ser legítimas (grifos nossos).*

uma perspectiva *ex ante*, levando em conta apenas dados conhecidos no momento da prática da ação, analisando-os à luz de um observador objetivo¹³³.

246. Não basta, para a tutela penal, que a ação seja perigosa. Como bem salienta Luis Greco, “surge a necessidade de uma segunda etapa, na qual se valora quais dentre os riscos criados merecem a desaprovação do direito”¹³⁴.

247. Para o autor, os principais critérios de concretização de um risco juridicamente desaprovado são: a existência de normas de segurança, a violação do princípio da confiança e o comportamento contrário ao *standard* dos homens prudentes.

248. As normas de segurança, cuja existência é o instrumento mais importante para avaliar se um risco é ou não juridicamente desaprovado, são divididas entre *normas jurídicas* e *técnicas*. As primeiras, a despeito de, em regra, possuírem redação genérica, tem **suma importância** à imputação objetiva, pois sua violação constitui *relevante indício de que o risco criado não é juridicamente tolerável*. As normas técnicas, por sua vez, além de ter a função de regular todas as atividades das quais se possa advir algum risco, continuam a ser, inobstante a sua deficiente legitimação democrática, **o ponto de partida** para o *exame do caráter juridicamente desaprovado da ação perigosa*¹³⁵.

¹³³ *Ibidem*, p. 35 e 36. Quando se pode dizer que um risco foi criado? Quando se está diante de uma ação perigosa? A doutrina costuma responder a esta pergunta com a ideia da prognose póstuma objetiva. **Prognose**, porque se trata de um juízo formulado de uma perspectiva *ex ante*, levando em conta apenas dados conhecidos no momento da prática da ação. **Objetiva**, porque a prognose parte dos dados conhecidos por um observador objetivo, por um homem prudente, cuidadoso – e não apenas por um homem médio – pertencente ao círculo social em que se encontra o autor. **Póstuma**, porque, apesar de tomar em consideração apenas os fatos conhecidos pelo homem prudente no momento da prática da ação, a prognose não deixa de ser realizada pelo juiz, ou seja, depois da prática do fato (grifos nossos).

¹³⁴ *Ibidem*, p. 46.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 4

249. O princípio da confiança serve como orientação capaz de indicar os limites do dever de cuidado ou do risco permitido no trânsito, no trabalho cooperado e, até mesmo, em relação a possíveis fatos dolosos de terceiros e permite definir como adequadas ao dever de cuidado ou ao risco permitido, ações que podem se relacionar com fatos dolosos de terceiros¹³⁶.

250. *Por último*, quando nem a existência de normas técnicas, nem o princípio da confiança puderem servir de orientação para o juiz, propõe a doutrina que ele recorra à **figura do homem prudente**. O que interessa não é mais se o homem prudente consideraria perigosa determinada ação – porque isso já terá sido examinado – mas sim se o homem prudente ainda assim a praticaria¹³⁷.

251. No caso de uma empresa complexa e de gigantesca proporção, como a Petrobras, bem como na atividade desenvolvida pela estatal, é evidente que, cotidianamente, subsistem diversos riscos. Ignorá-los, a fim de expandir excessivamente a repressão penal, tornaria impossível às pessoas – e à companhia – desenvolver suas atividades, pois cada decisão, por certo, envolve um elevado risco que, muitas vezes, deve ser tolerado e afastado da intervenção penal.

252. Ante o exposto, verifica-se que, à conduta imputada ao recorrente, **não pode ser atribuída a criação e a realização de um risco não permitido no resultado**. Sob a perspectiva da Presidência da República, *obtempera-se, foram observadas todas as normas – jurídicas, técnicas e estatutárias – à sugestão dos nomes de Paulo Roberto Costa, Renato Duque e Nestor Cerveró às*

¹³⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, Parte Geral. 7ª edição. Editora: Empório do Direito, 2017, p. 170-172.

¹³⁷ GRECO, Luis. Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva, 3ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 62 e 63.

diretorias da Petrobras. Cumpridas todas as etapas após a mera sugestão de nomes, restou constatado, com insuperável clareza, que tais indivíduos possuíam todos os requisitos para ocupar o cargo mencionado, incluindo-se inquestionável capacidade técnica, bem como lisura ética e profissional.

253. É importante abordar que a hipótese condenatória, por desconhecimento, ignora **(i)** que a nomeação dos diretores da Petrobras por indicação política faz parte do modelo democrático que nos rege, qual seja o presidencialismo de coalização; **(ii)** o poder atribuído ao recorrente sobre a Petrobras e seu conselho é absolutamente falacioso e **(iii)** o processo de indicação e nomeação de qualquer membro diretivo da Petrobras é pautado por profunda *seriedade*, *independência* e *isenção*, de modo que, nos casos mencionados, não havia qualquer elemento que permitisse cogitar que os diretores nomeados possuíam interesses espúrios¹³⁸.

Inexistência de vantagem indevida

254. A denúncia partiu da falsa premissa de que “Os valores pagos como propina e utilizados pela OAS EMPREENDIMENTOS para transferir a propriedade da cobertura tríplice 164-A do Condomínio Solaris para LULA e MARISA LETÍCIA advieram, portanto, de recursos auferidos ilicitamente pela CONSTRUTORA OAS em contratos firmados com a Administração Pública Federal, incluindo a PETROBRAS”. (p. 101). Ou seja, de acordo com a acusação, o recorrente teria sido recebido vantagem indevida — apta a

¹³⁸ Confirma-se a esse respeito, a descrição detalhada do processo de indicação e nomeação de indivíduos aos cargos de Diretoria da Petrobras constante das alegações finais apresentadas pelo **Recorrente** (evento 937 dos autos em primeiro grau).

configurar o crime previsto no art. 317 do CP — por meio da transferência da propriedade do apartamento triplex.

255. Os acórdãos recorridos, no entanto, expressamente afastaram a hipótese acusatória ao reconhecer “*A inexistência de prova material da transferência do domínio ou da posse*”.

256. A despeito disso, esses arestos, na linha da sentença, invocaram a existência de uma “*reserva*” do apartamento ao recorrente — estranha à imputação inicial — e a utilizaram para embasar a ocorrência do crime de corrupção passiva no vertente caso.

257. Oportuno neste ponto, uma vez mais, recorrer ao parecer de Julio Maier:

“6. Não é o momento de piadas, mas, em termos vulgares, eu gostaria que a sentença responda às seguintes perguntas, que esclarecem e simplificam o problema planteado: a) o que aconteceria caso quem assumisse a titularidade atual - OAS – se arrependesse da oferta e, por exemplo, decidisse vender a outro a propriedade?; ou de outro modo, qual seria a resposta se a organização OAS, atual possuidora e titular – tão somente formal? – do domínio do imóvel em questão, resolvesse passar ao Sr. ex-presidente uma fatura pelo resto do valor não pago que reclama a acusação e pelas reformas e mobílias do apartamento 164”? b) o que aconteceria se o Sr. ex-presidente resolvesse aceitar o ‘presente’ futuro e solicita, inclusive judicialmente, os atos relativos à transmissão do domínio?; teria direito a fazê-lo e ação Judicial para interpor? C) por que não se abriu a sucessão da esposa do Sr. ex-presidente?, já falecida e, quando falecer o Sr. ex-presidente, será aberta sua própria sucessão?, tudo, com certeza, em relação a este bem imóvel”.

258. Por outro lado, os acórdãos recorridos reconhecem que a existência de “*gravame*” financeiro envolvendo o apartamento em tela — que, em

verdade, teve todo o seu valor econômico-financeiro transferido em favor de um fundo administrado pela Caixa Econômica Federal¹³⁹. Embora o voto condutor considere “*comum*” tal situação, ela reforça a impossibilidade até mesmo de haver uma “*reserva*” do imóvel em favor do recorrente.

259. Como também reconhecido pelo voto condutor, somente se “*quitado o preço*” perante uma conta específica da Caixa Econômica Federal é que a propriedade ou qualquer de seus atributos poderiam ser transferidos da OAS Empreendimentos para terceiros, o que jamais ocorreu.

260. Desse modo, ainda que se considerasse verdadeira a fantasiosa narrativa apresentada por Léo Pinheiro, no sentido de que o apartamento em questão seria simplesmente entregue ao recorrente sem pagamento algum, estar-se-ia diante de verdadeiro crime impossível, violando-se, dessa forma, o art. 17 do CP¹⁴⁰.

¹³⁹ Desde 25.02.2011 (Evento 850, Anexo 10) a OAS Empreendimentos constituiu as seguintes garantias para financiar o Edifício Solaris: **(i)** alienação fiduciária de 100% das ações ou quotas (conforme o caso) de emissão das Sociedades de Propósito Específico (SPEs) constituídas para a incorporação de cada empreendimento imobiliário; **(ii)** alienação fiduciária dos investimentos permitidos (quotas de Fundo de Investimento em Renda Fixa); **(iii)** hipoteca constituída em favor dos debenturistas sobre imóveis adquiridos com recursos da emissão; **(iv)** cessão fiduciária de direitos creditórios de 100% dos recebíveis elegíveis, recebíveis *performados* e não *performados*, de recebíveis relacionados a empreendimentos elegíveis que sejam decorrentes de unidades imobiliárias cujo valor exceda os limites do SFH, de todos os direitos atuais e futuros com relação às Contas Vinculadas e os montantes nela depositados, todos os direitos atuais e futuros, com relação aos contratos de mútuo intercompanhias e, dentre outros, fruto de alterações subsequentes à escritura original, os recebíveis decorrentes do valor de venda futura¹³⁹; **(v)** fiança bancária outorgada pelo Banco Industrial e Comercial S/A (“BIC Banco”) no valor de R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais); e **(vi)** fiança corporativa conferida pela OAS Engenharia e Participações Ltda. (atualmente denominada OAS S/A). Disso decorre que, dentre outras coisas, a OAS Empreendimentos *cedeu fiduciariamente* ao FGTS os créditos decorrentes da venda futura da unidade 164-A, *tríplex*, do condomínio Solaris. Somente o depósito em conta específica da Caixa Econômica Federal do valor integral desse imóvel permitiria a transferência a terceiros.

¹⁴⁰ Código Penal

“Art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.”

261. Consoante exaustivamente demonstrado em diversos momentos e etapas da persecução penal, a OAS Empreendimentos, apesar de ser a proprietária do imóvel, não tinha domínio sobre sua disponibilidade futura, uma vez que os direitos creditórios já haviam sido cedidos ao FGTS anos antes, por meio de cessão fiduciária em garantia¹⁴¹.

262. A ausência do *quid pro quo* pode ser observada, ainda, no salto lógico presente nos acórdãos recorridos. Busca-se vincular um bem imóvel a supostos atos que teriam sido praticados para beneficiar a Construtora OAS S/A. No entanto, esse imóvel — que teria sido “*atribuído*” ao recorrente, segundo o Tribunal de apelação, jamais foi da titularidade da Construtora OAS S/A, mas sim da OAS Empreendimentos S/A, que jamais manteve qualquer contrato com a Petrobras.

263. Aliás, o Tribunal local reconheceu expressamente que a titularidade do imóvel era — e continua sendo — da referida empresa OAS Empreendimentos S/A, tudo a corroborar a ausência das elementares do crime de corrupção passiva no caso dos autos.

264. Assim, também sob a essa ótica os arestos recorridos contrariaram o artigo 317 do CP diante da manifesta inexistência de vantagem indevida direcionada ao recorrente.

¹⁴¹ Em 2011, a OAS Empreendimentos, agindo com um dos atributos da propriedade, envolveu o triplex, dentre outros imóveis, em operação financeira com um fundo da Caixa Econômica Federal. Em razão disso, para que a OAS Empreendimentos pudesse dispor desse imóvel, seria necessário o depósito do valor correspondente em uma conta específica da CEF (cessão fiduciária dos direitos creditórios).

Falta absoluta de provas

265. Malgrado já se tenha evidenciado que o elemento fundamental da condenação foi a palavra do corréu – não corroborada, no que importa, por outros depoimentos –, o recorrente passará a demonstrar detidamente que o aresto não se apoia em qualquer prova sólida que sugira ter o ex-Presidente aceito, solicitado ou recebido vantagem indevida.

266. Com efeito, apesar de menções genéricas, pelo acórdão recorrido, ao *caderno processual* e a elementos *documentais* de prova, é certo que a conclusão de que o recorrente teria se corrompido pelo tal *tríplex* não possui respaldo probatório idôneo.¹⁴²

¹⁴² O voto do revisor, Desembargador *Leandro Paulsen*, assim resume os motivos da condenação:

Portanto, tenho que a prova dos autos, nesse episódio do triplex, demonstra, claramente, o cometimento do crime de corrupção passiva. Em síntese:

a) a esposa do Presidente firmou contrato para a aquisição de uma unidade tipo no Edifício Navia, da BANCOOP, em 2005, mas foram apreendidos documentos que demonstram que, já naquela época, havia interesse na cobertura, porquanto também foi apreendido termo de adesão praticamente em branco, mas com referência ao número do então duplex, posteriormente transformado em triplex, bem como proposta de adesão anterior à assinatura do contrato em que consta rasura no número do apartamento e está escrita a palavra triplex.

b) enquanto o apartamento tipo tem cerca de 80 metros quadrados, o triplex tem três vezes essa área, sendo que seu preço é proporcionalmente superior;

c) reportagem na imprensa, publicada em 2010, já noticiava que a obra do edifício em que o Presidente teria um triplex estava há muito paralisada (AP, Evento 03, Comp230);

d) havendo dificuldades financeiras e paralisação no empreendimento da BANCOOP em que se situava o triplex, foi buscado junto à OAS, na pessoa de JOSÉ ADELMÁRIO PINHEIRO FILHO, que assumisse o empreendimento, tendo-se utilizado do argumento de que se tratava de imóvel do Presidente, o que foi decisivo para a ulitimação do contrato.

e) quando da migração do empreendimento da BANCOOP para a OAS EMPREENDIMENTOS, foi determinado, no Acordo para finalização da construção e transferência de direitos e obrigações, que os cooperados teriam de se manifestar em 30 dias para aderirem à migração ou requererem a devolução dos valores pagos, sob pena de eliminação do grupo e da BANCOOP. MARISA LETÍCIA LULA DA SILVA não exerceu nenhuma das opções, omitindo-se, sem, no entanto, ser eliminada do grupo;

f) foi comunicado a JOSÉ ADELMÁRIO PINHEIRO FILHO, já por ocasião da assunção do empreendimento, que o imóvel do Presidente era a cobertura biplex, depois convertida no triplex de 240 metros quadrados, e que não deveria ser vendida, o que foi observado, rigorosamente, pela OAS EMPREENDIMENTOS que, efetivamente, jamais o colocou à venda;

g) o triplex permaneceu sob a titularidade formal da OAS, sendo que foi orientada a não transferir formalmente ao Presidente o imóvel;

h) a OAS EMPREENDIMENTOS, em 2014, comercializou a unidade tipo, de 80 metros quadrados, que formalmente seria de titularidade de MARISA LETÍCIA;

267. O voto condutor do acórdão reconhece, a propósito, que os documentos colhidos em buscas e apreensões trazem *poucas luzes para esclarecimento dos fatos*¹⁴³.

268. Certo, o acórdão apresenta transcrições de vários depoimentos, de notórios *colaboradores* da Operação Lava-Jato (pp. 127/148).

269. Mas, como se percebe dos trechos transcritos, esses *informantes* – cujas declarações, como prova, valem pouco, ou nada –, narraram ao juízo apenas a suposta influência do ex-Presidente no Partido dos Trabalhadores e na

i) nas Declarações do Imposto de Renda Pessoa Física conjunta de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA E MARIA LETÍCIA LULA DA SILVA, continuou constando, da relação de bens, a unidade tipo, até ano base de 2015;

j) o ex-Presidente esteve presente pessoalmente no triplex pelo menos uma vez, sendo que sua esposa pelo menos duas vezes, numa delas acompanhada do seu filho;

k) era do conhecimento geral no âmbito da OAS, tratada em reunião de diretoria, que o triplex era do presidente, além do que, no condomínio do edifício Solaris era sabido que esse apartamento lhe pertencia;

l) foi solicitada reforma bastante significativa, com instalação de elevador, modificação nos ambientes, construção de escada e alteração do local da piscina, obra esta que, após aprovação do projeto, restou executada pela OAS EMPREENDIMENTOS com o envolvimento pessoal e direto de Diretores e engenheiros dos mais qualificados apenas por se tratar de imóvel do ex-Presidente;

m) também foram solicitados, projetados, aprovados pela família do Presidente, adquiridos e instalados móveis sob medida, notadamente uma cozinha de mais de cento e cinqüenta mil reais.

n) foram providenciados eletrodomésticos;

o) MARISA LETÍCIA solicitou a JOSÉ ADELMÁRIO PINHEIRO FILHO que tudo ficasse pronto antes do final de 2014 para que a família lá passasse as festas de fim de ano;

p) as obras foram, efetivamente, concluídas em tempo;

q) jamais houve o pagamento de qualquer montante pelo Presidente ou por sua esposa a título de diferença entre a unidade tipo e o triplex, pela reforma ou pelos móveis e eletrodomésticos;

r) JOSÉ ADELMÁRIO PINHEIRO FILHO acordou com VACCARI que o respectivo valor seria debitado da conta geral de propina destinada ao Partido dos Trabalhadores;

s) houve a prisão preventiva de JOSÉ ADELMÁRIO PINHEIRO;

t) no exercício de 2016 é que a unidade tipo não constou mais da relação de bens do Presidente na DIRPF e que foi ajuizada ação por MARISA LETÍCIA LULA DA SILVA pleiteando a restituição dos valores pagos pela unidade tipo.

Tenho, assim, por comprovados não apenas a solicitação e o recebimento de vantagens indevidas consistentes em propina decorrente das obras da RNEST em favor do Partido dos Trabalhadores e de outros partidos, como o recebimento pessoal e direto de vantagem indevida pelo ex-Presidente da República consistente no triplex e nas suas beneficiarias.” (p. 35/36).

¹⁴³ “Em razão de busca e apreensões, foram apreendidos documentos relativos a termos de ‘demissão’ do empreendimento (autos nº 5061744-83.2015.4.04.7000 - evento 9) na BANCOOP, juntados no Inquérito nº 5003496-90.2016.4.04.7000. Todavia, tais documentos são imprestáveis para demonstrar a correta data de sua confecção, trazendo poucas luzes para esclarecimento dos fatos.” (p. 155).

Petrobras¹⁴⁴; questão que *não caracteriza sua corrupção passiva*, porquanto não confirma o *recebimento* da vantagem indevida.

270. No que diz respeito ao tal *triplex*, não há, de fato, uma única prova direta e insuspeita de que o ora recorrente o tenha recebido, aceito ou solicitado. Essa situação não demanda qualquer reexame de fatos, mas emerge da própria base em empírica dos arestos recorridos.

271. O aresto que julgou a apelação afirma que o “*conjunto probatório existente nos autos corrobora a versão acusatória*”, e recorre a trechos da sentença para embasar essa afirmação, mas, como se vê das referidas passagens do decreto condenatório transcritas, o juízo originário assentou que a prova oral colhida não foi uníssona, nem definitiva.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Diz o voto condutor do acórdão recorrido:

“*Não passa despercebida, portanto, a capacidade de influência do ex-Presidente no processo de nomeação dos agentes políticos da Petrobras e sua ciência a respeito do esquema criminoso. Apesar da sua negativa, há singular delineação dos bastidores de indicações e os movimentos de agremiações partidárias na tarefa de manter pessoas de 'confiança' que pudessem levar adiante o projeto de financiamento político.*

Há prova acima de dúvida razoável de que o ex-Presidente foi um dos articuladores - senão o principal - do amplo esquema de corrupção. As provas aqui colhidas levam à conclusão de que, no mínimo, tinha ciência e dava suporte àquilo que ocorria no seio da Petrobras, destacadamente a destinação de boa parte da propina ao Partido dos Trabalhadores para financiamento de campanhas políticas.

(...)

Por tudo isso e todo o mais que consta nos autos e foi anotado na sentença recorrida, há prova documental e testemunhal a respeito da participação do Grupo OAS, representado por seus principais dirigentes, no esquema de corrupção para direcionamento de contratações na Petrobras e pagamento de propinas a agentes públicos e políticos, no caso especial dos autos, a dirigentes do Partido dos Trabalhadores; e com o ex- Presidente como mantenedor/fiador desse esquema de corrupção.” (pp. 140/148).

¹⁴⁵ “593. Assim, há depoimentos no sentido de que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e sua esposa Marisa Leticia Lula da Silva eram os proprietários ou eram tratados como proprietários do apartamento 164-A, triplex, do Condomínio Solaris, e há depoimentos no sentido de que eram potenciais compradores.

594. No primeiro sentido, encontram-se os depoimentos de Mariuza Aparecida da Silva Marques, José Afonso Pinheiro, JOSÉ ADELMÁRIO PINHEIRO FILHO, Paulo Roberto Valente Gordilho, Roberto Moreira Ferreira e Agenor Franklin Magalhães Medeiros. Em certa medida, também o de Rosivane Soares Cândido, embora ela tenha ouvido comentários de terceiros a esse respeito.

595. No segundo sentido, encontram-se os depoimentos de Luiz Inácio Lula da Silva, Igor Ramos Pontes, Genésio da Silva Paraíso, Valmir Soares da Silva, Fábio Hori Yonamine e Paulo Tarciso Okamoto. Ressalve-se, porém, que mesmo Igor Ramos Pontes, Genésio da Silva Paraíso e Fábio Hori Yonamine reconhecem, utilizando as palavras do último, que as reformas do apartamento eram atípicas.

596. Há outros depoimentos que não são conclusivos em um sentido ou no outro, uma vez que o depoente teria somente um conhecimento limitado dos fatos ou afirmou que não conheceria detalhes deles. Nessa linha, os depoimentos de Ricardo Marques Imbassy, Carmine de Siervi Neto, Rodrigo Garcia da Silva,

272. Não se perca mais tempo com o óbvio: são imprestáveis para lastrear a condenação as afirmações, categóricas ou não, relativas à suposta influência do recorrente na Petrobras¹⁴⁶: esses fatos são objeto de apuração em processo em trâmite no Supremo Tribunal Federal, e nada têm a ver com o *triplex do Guarujá*, como confirma o próprio acórdão: “os crimes de cartel e de fraude às licitações não são ora apurados, sendo imputados apenas os delitos de corrupção ativa, corrupção passiva e lavagem de dinheiro” (p. 124).

273. Fica evidente, então, que não há depoimento que funcione como prova idônea da suposta corrupção do recorrente.

274. Primeiro, o acórdão registra o depoimento dos *colaboradores* Delcídio do Amaral Gomez, Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, Dalton dos Santos Avancini e Eduardo Hermelino Leite; e Pedro da Silva Correa de Oliveira Andrade Neto (p. 127). Desses, **nenhum** menciona o *triplex*.

275. Na sequência o acórdão se apoia nos depoimentos dos também *colaboradores* Paulo Roberto Costa, Pedro José Barusco Filho, Nestor Cuñat Cerveró, Alberto Youssef, Fernando Antônio Falcão Soares e Milton Pascowitch (p. 131). Ali também não se faz menção ao apartamento no Guarujá.

Mario da Silva Amaro, Arthus Hermógenes Sampaio Neto, Armando Dagne Magri, Hernani Guimarães Júnior, Alberto Ratola de Azevedo, e daqueles relacionados no item 509.” (p.155)

¹⁴⁶ “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 INACIO 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 subreptício o financiamento de partidos, pelo que agia nos bastidores para nomeações e manutenções de agentes públicos em cargos chaves para a empreitada criminosa.

(...)

No que interessa no ponto, há prova acima de dúvida razoável de que a empresa OAS pagava propina para dirigentes da PETROBRAS, bem como destinava parte desses recursos para o Partido dos Trabalhadores (PT), utilizando-se, para tanto, de conta corrente informal dos valores que seriam destinados para aquela agremiação política, segundo a orientação de seus dirigentes.” (pp. 117 e 122).

276. Volta, então, aos interrogatórios dos corréus *Léo Pinheiro* e *Agenor Medeiros* (p. 139). Ainda aqui, para a inadmissível certeza dos fatos em apuração no Supremo Tribunal¹⁴⁷. Menciona-se mais delatores e depoimentos nesse sentido: Paulo Roberto Costa (p. 142); Nestor Cerveró (p. 143); e Fernando Baiano (p. 144).

277. Ao enfim tratar do *triplex* – isto é, no que importa – o acórdão menciona, primeiro, depoimento do corréu *Agenor Medeiros* (p. 149).¹⁴⁸

278. O voto condutor aborda novamente o depoimento do corréu *Léo Pinheiro* (p. 152). E apresenta depoimentos de prepostos ou prestadores de serviços da OAS, os quais convergem no sentido de que nenhum deles teve contato com o recorrente, nem conhecimento direto de que este teria aceito ou recebido vantagem indevida.

279. A testemunha *Mariuza Aparecida da Silva Marques*, que diz ter acompanhado visita da saudosa ex-Primeira Dama ao edifício, confirma claramente que nunca esteve com o ex-Presidente (p. 155). Para a autoproclamada *convicta* acusação, entretanto, o que importa é que ela *supõe* que

¹⁴⁷ “Há prova acima de dúvida razoável de que o ex-Presidente foi um dos articuladores - senão o principal - do amplo esquema de corrupção. As provas aqui colhidas levam à conclusão de que, no mínimo, tinha ciência e dava suporte àquilo que ocorria no seio da Petrobras, destacadamente a destinação de boa parte da propina ao Partido dos Trabalhadores para financiamento de campanhas políticas.” (p. 140).

¹⁴⁸ Nesse ponto, reconhece, aliás, o acórdão:

“De logo consigno que, do ponto de vista formal, o imóvel esteve e está averbado no cartório de registro de imóveis em nome da OAS Empreendimentos S/A (evento 3, comp228), inclusive na unidade especificada (apto 164-A, Edifício Salinas, Condomínio Solaris). E isso se dá porque, além de não ter havido a transferência formal para nenhum outro proprietário até a expedição do habite-se, o regime jurídico das incorporações imobiliárias exige que o empreendedor mantenha o imóvel registrado em seu nome, até que a transferência se ultime na forma do art. 32 da Lei nº 4.591/64.” (p. 151).

os ajustes que vinham sendo realizados no imóvel ocorriam a pedido da família do recorrente¹⁴⁹.

280. A testemunha mencionada na sequência, *Armando Drage Magri*, também não confirmou a imputação: disse apenas que prestou serviço à OAS e que esteve presente na visita da D. Marisa Leticia e de seu filho Fábio ao apartamento (p. 157).

281. *Igor Ramos Pontes*, funcionário da OAS Empreendimentos desde julho de 2013, afirmou ter sido contratado para administrar a obra de reforma do *triplex*, mas não teve contato com o recorrente, de modo que seu depoimento também não se presta a afirmar que aquela unidade teria sido aceita ou recebida por ele (p. 158).

282. O acórdão menciona, ainda, as testemunhas *Arthur Hermógenes Sampaio Neto* e *Mário da Silva Amaro*, representantes da empresa Kitchens, que confirmaram a aquisição de cozinha e armários para a unidade *triplex*, mas que foram claros em dizer que a contratação e o pagamento ocorreram por meio da empresa OAS (p. 161). Tampouco eles tiveram contato com o recorrente ou conhecimento de negociação espúria.

283. Depois o acórdão cita depoimento de *José Afonso Pinheiro*, zelador do edifício, contraditado pela defesa, o qual afirmou que teria conhecimento, por *ouvir dizer*, que a unidade seria destinada ao ex-Presidente. Segundo o acórdão, “o ponto mais relevante no seu depoimento foi narrar ter sido pressionado para não mencionar a ninguém que a unidade pertenceria ao ex-Presidente” (p. 162). Mas, como acentua a própria testemunha – e isso consta do acórdão –, essa

¹⁴⁹ “ (...) a única coisa que eu ouvi ela falando, eu fiquei bem pouco perto deles, foi que 'Ah, está ficando bom', aí dá-se a entender que foi o que eles pediram.” (p. 157)

suposta *pressão* não teria sido realizada pelo ex-Presidente, nem por preposto ou familiar deste, mas, sim, pelo funcionário Igor Ramos, da OAS, que, como se disse, nunca teve contato com ele.

284. O acórdão retorna a depoimentos de corréus, funcionários da OAS, que também não confirmam a aceitação ou recebimento de vantagem indevida pelo recorrente (p. 161 e seguintes).

285. A testemunha *Rosivane Soares Cândido*, empregada da Construtora Tallento – cuja relevância, segundo o acórdão recorrido, seria demonstrar que “*as pessoas em geral tinham ciência de que a unidade era do ex-Presidente*” –, de sua vez, confirmou que, conforme consta do próprio aresto, não sabia “*dos fatos por conhecimento próprio, mas por boatos*” (p. 161).

286. Embora o acórdão remeta a um suposto “*arcabouço probatório bastante sedimentado*” ao indeferir a contradita ao testemunho do zelador, (p. 212), não há, pois, uma única prova de que o ex-Presidente teria se corrompido; o único indício – a narrativa de *Léo Pinheiro* – é, de tudo, **inútil**, já que se trata de corréu, interessado em benefícios processuais concedidos pelo juiz sentenciante em troca da “*confissão*”.

287. Isso revela que a *presunção de inocência* do recorrente também não foi respeitada em seu conteúdo *processual*, isto é, no que diz ao ônus da prova da acusação.

288. Ao exigir da defesa que tivesse “*buscado produzir contraprova para descaracterizar o depoimento do corréu*”, atribuindo o ônus diabólico da prova negativa, o acórdão frontalmente violou o artigo 156 do Código de Processo Penal, segundo o qual “*a prova da alegação incumbirá a quem a fizer*”.

Bis in idem: lavagem de quê?

289. Com relação ao delito de lavagem de dinheiro, a conduta considerada típica pelo Tribunal Regional, se tivesse ocorrido, quando muito, caracterizaria exaurimento da imputada de corrupção.

290. Nesse ponto, o acórdão condenatório recorre à fundamentação da sentença, como se vê do seguinte excerto do voto-condutor:

“893. A atribuição a ele de um imóvel, sem o pagamento do preço correspondente e com fraudes documentais nos documentos de aquisição, configuram condutas de ocultação e dissimulação aptas a caracterizar crimes de lavagem de dinheiro.

894. A manutenção do imóvel em nome da OAS Empreendimentos, entre 2009 até pelo menos o final de 2014, ocultando o proprietário de fato, também configura conduta de ocultação apta a caracterizar o crime de lavagem de dinheiro.

895. A agregação de valor ao apartamento, mediante a realização de reformas dispendiosas, mantendo-se o mesmo tempo oculta a titularidade de fato do imóvel e o beneficiário das reformas, configura igualmente conduta de ocultação apta a caracterizar o crime de lavagem de dinheiro.

(...)

898. O imóvel foi atribuído de fato ao ex-Presidente desde a transferência do empreendimento imobiliário da BANCOOP para a OAS Empreendimentos em 08/10/2009, com ratificação em 27/10/2009. Repetindo o que disse JOSÉ ADELMÁRIO PINHEIRO FILHO, 'o apartamento era do Presidente Lula desde o dia que me passaram para estudar os empreendimentos da BANCOOP, já foi me dito que era do Presidente Lula e de sua família, que eu não comercializasse e tratasse aquilo como uma coisa de propriedade do Presidente'. A partir de então, através de condutas de dissimulação e ocultação, a real titularidade do imóvel foi mantida oculta até pelo menos o final de 2014 ou mais propriamente até a presente data.” (p. 235)

291. Recorde-se que, àquela altura do acórdão, já se impusera ao recorrente a condenação por corrupção passiva, por ter, em tese, *recebido* informalmente vantagem consistente no bem imóvel, muito embora – reconhece o acórdão – ele nunca tenha assumido a posse ou a propriedade do *triplex*¹⁵⁰.

292. A despeito disso, como visto, o acórdão condenatório sustenta que o recorrente teria praticado *lavagem de dinheiro*, consistente especificamente na *atribuição*, sem transferência de propriedade, do imóvel a ele.

293. É explícita, assim, a violação do acórdão recorrido à basilar vedação ao *bis in idem*¹⁵¹. Ora, se o recorrente teria se corrompido em troca do *recebimento* de um bem imóvel que – registra o acórdão – nunca ingressou em sua esfera dominial, a falta de transferência formal da propriedade caracterizaria exaurimento do delito principal, mas, nunca, ato de lavagem.

294. Aliás, o próprio acórdão reconhece a “*profusão de elementos comuns entre os crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro*”, mas, como se isso justificasse a dupla punição pelo mesmo fato, recorre, novamente, ao inócuo caderno probatório, que, insista-se: aborda muitos fatos, mas não corrobora a versão do corréu – de que o recorrente teria solicitado, aceito ou recebido o imóvel.

295. Portanto, ao considerar caracterizado o crime de lavagem de capitais pela “*propositada intenção de ocultar o patrimônio que pertencia de*

¹⁵⁰ “As provas são seguras quanto à 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” (p. 180).

¹⁵¹ Segundo o contraditório acórdão, “não deve prevalecer a tese da defesa de que o crime de lavagem configura mero exaurimento do delito de corrupção”, porque o imóvel permaneceu indefinidamente em nome da OAS Empreendimentos, sem que tenha sido colocado à venda e, durante longo período, tratado como se fosse efetivamente destinado ao apelante LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA.” (p. 244).

fato ao ex-Presidente”, o acórdão puniu duas vezes o recorrente pela mesma conduta, e violou o artigo 1º da Lei 9.613/1998¹⁵².

296. Ainda que essa única conduta pudesse caracterizar duas infrações penais autônomas, o certo é que o acórdão contrariou o dispositivo legal que prevê o delito de lavagem, porque trata como consumado um delito virtual.

297. *Cezar Roberto Bittencourt e Luciana de Oliveira Monteiro* conceituam a *lavagem de dinheiro* como “*um processo complexo, integrado por uma série de condutas dirigidas à conversão de bens e valores de origem criminosa, em ativos aparentemente lícitos, para possibilitar sua ampla disponibilidade e integração no circuito econômico*”¹⁵³.

298. O acórdão contrariou o artigo 1º da Lei 9.613/1998 porque considerou *prescindível* perquirir a origem dos recursos que *Léo Pinheiro* teria empregado no *triplex*, supostamente em benefício do recorrente: ou seja, julgou desnecessário avaliar se essa quantia de fato tinha *origem criminosa*.¹⁵⁴

299. O dispositivo legal foi agredido, ainda, porque o aresto reputou o crime consumado, embora reconheça que não houve *disponibilidade* do bem *no circuito econômico*, já que, insista-se, é incontroverso que o recorrente nunca teve a posse ou a propriedade do imóvel.

¹⁵² **Lei 9.613/1998**

“Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.”

¹⁵³ *Lavagem de dinheiro segundo a legislação atual*. RBCCrim 102/163 – maio/2013.

¹⁵⁴ “(...) a origem dos recursos utilizados pela OAS para pagamento de propina não é imprescindível para a identificação dos crimes imputados” (p.69 do voto condutor).

300. Ora, ainda conforme a lição de *Bittencourt* e *Luciana Monteiro*, há “*amplo consenso acerca da existência de, pelo menos, três etapas fundamentais na lavagem de dinheiro*”:

- (i) a primeira fase, *da colocação*, também referida como *ocultação ou conversão*, “*que consiste na introdução no sistema econômico dos valores obtidos ilegalmente*”;
- (ii) a segunda fase, *da dissimulação, estratificação ou transformação*, *que tem como finalidade desvincular o máximo possível o dinheiro de sua origem ilícita, dificultando seu rastreamento*”; e
- (iii) a terceira fase, “*conhecida como a etapa da integração*”; que “*se desenvolve uma vez que os bens e valores de origem ilícita adquirem a aparência de capital lícito*”.¹⁵⁵

301. Acontece que o acórdão considera prescindível a origem criminosa dos valores, o que impede a caracterização das duas primeiras etapas; e reconhece que o recorrente nunca exerceu qualquer modalidade de domínio sobre o bem – isto é, não gozou, fruiu, nem dele pode dispor, muito menos poderia reavê-lo.

302. Como o imóvel continua em nome da OAS, resta indiscutível, pois, que não houve ocultação, dissimulação e, muito menos, integração.

303. É pertinente, neste ponto, acórdão proferido pelo Supremo Tribunal, da lavra do eminente Ministro *Roberto Barroso*, em embargos infringentes opostos na AP 470:

“Ementa: Embargos infringentes na AP 470. Lavagem de dinheiro. 1. Lavagem de valores oriundos de corrupção passiva praticada pelo próprio agente: 1.1. O recebimento de propina constitui o marco consumativo do delito de corrupção passiva, na forma

¹⁵⁵ Idem.

objetiva “receber”, sendo indiferente que seja praticada com elemento de dissimulação. 1.2. A autolavagem pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado), não verificados na hipótese. 1.3. Absolvição por atipicidade da conduta. 2. Lavagem de dinheiro oriundo de crimes contra a Administração Pública e o Sistema Financeiro Nacional. 2.1. A condenação pelo delito de lavagem de dinheiro depende da comprovação de que o acusado tinha ciência da origem ilícita dos valores. 2.2. Absolvição por falta de provas 3. Perda do objeto quanto à impugnação da perda automática do mandato parlamentar, tendo em vista a renúncia do embargante. 4. Embargos parcialmente conhecidos e, nessa extensão, acolhidos para absolver o embargante da imputação de lavagem de dinheiro.”¹⁵⁶

304. À fl. 31 desse acórdão, pontuou o douto Ministro Barroso:

“O recebimento por modo clandestino e capaz de ocultar o destinatário da propina, além de esperado, integra a própria materialidade da corrupção passiva, não constituindo, portanto, ação distinta e autônoma da lavagem de dinheiro. Para caracterizar esse crime autônomo seria necessário identificar atos posteriores, destinados a recolocar na economia formal a vantagem indevidamente recebida.”

305. Por tudo isso, as balizas fáticas delineadas pelo acórdão recorrido revelam, sem necessidade de reexame, que o Tribunal a quo violou o artigo 1º da Lei 9.613/1998, ao condenar o recorrente por lavagem de dinheiro com base em conduta virtual, atípica e que, ainda que fosse ilícita, seria mero exaurimento do delito de corrupção a ele imputado.

¹⁵⁶ AP 470 EI-sexto, rel. Min. Luiz Fux, rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 20.8.14.

Dosimetria da pena

306. No julgamento da apelação, a pena-base do crime de corrupção passiva foi majorada com a única finalidade de evitar a prescrição dos delitos, em tese, ocorridos em 2009. Aplicou-se ao cálculo várias vezes os mesmos elementos e circunstâncias, em flagrante *bis in idem*; além disso, a Corte Regional decidiu exasperar a punição recorrendo ao retórico “*contexto muito mais amplo e, assim, de efeitos perversos e difusos*”, quando, na verdade, deveria se ater aos crimes aqui discutidos: um único ato de corrupção, e outro, de lavagem.

307. Verifica-se, aliás, a fixação da pena em “bloco”, ou seja, não a partir da análise das circunstâncias judiciais do caso concreto e consagrando o princípio da individualização da pena, mas sim tendo como parâmetros condenações ocorridas em outros casos, com pessoas que nada têm a ver com o recorrente.

308. Da leitura do acórdão, em especial do voto-Relator, depreende-se que não foram avaliados, para a fixação da pena-base, quaisquer elementos objetivos concernentes ao Recorrente e aos fatos de que tratou a persecução penal, mas sim, critérios genéricos e abstratos, realizando-se “comparações” com outros casos e utilizando-se das penas lá aplicadas para efetuar a dosagem da reprimenda nestes autos.

309. Muito embora o Tribunal *a quo* tenha afirmado que “*não cabe à instância recursal rever a pena quando fixada em parâmetros legais, razoáveis e adequados pelo primeiro grau de jurisdição, substituindo a discricionariedade do juiz pela do Tribunal*” (p. 257), este majorou as penas-base aplicadas aos dois delitos.

310. Inexiste qualquer elemento concreto no acórdão vergastado – vício que tampouco foi suprido quando da oposição dos embargos declaratórios – capaz de fundamentar a exasperação indevida, muito menos no grau em que foi realizada.

311. Agindo assim, a Corte Regional contrariou o artigo 59 do Código Penal¹⁵⁷, em primeiro lugar, ao apoiar-se no *contexto* criminoso e na função ocupada pelo recorrente.¹⁵⁸

¹⁵⁷ **Código Penal**

“Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

¹⁵⁸ “Se, até o presente julgamento, para praticamente nenhum dos condenados a pena foi fixada sequer em seu grau médio (no caso, 7 anos), tenho que no presente caso esse limite deve ser no mínimo atingido (o que, aliás, ainda é uma aplicação bastante tímida das vetoriais do art. 59 do CP). Certamente a maior reprovabilidade da conduta sobressai da alta posição que o réu ocupava no sistema republicano.

Ademais, a sofisticação do esquema criminoso, o longo e articulado iter criminis, os diversos mecanismos utilizados para alcance dos seus desideratos, o engenhoso procedimento para que os recursos fossem desviados rumo aos cofres de partidos políticos e de diversos agentes que davam sustentação ao esquema, estão a justificar um incremento na pena-base. A consciência da ilicitude de sua conduta, sua condição pessoal de, então, Presidente da República, afora o elevado domínio sobre toda a cadeia delitiva, optando em dela fazer parte no lugar de atuar para debelá-la, como lhe exigia o cargo, são condições que importam em especial e elevadíssima reprovabilidade.

As conseqüências dos delitos também devem ser negativas, uma vez que boa parte dos valores foram utilizados para deturpar o processo político eleitoral e, nessa perspectiva, vulnerar o próprio estado democrático de direito, pois milhões de reais foram objeto de doações eleitorais ilícitas, fragilizando o equilíbrio na disputa eleitoral.

Corroboram esta assertiva, portanto, a negatização da vetorial culpabilidade, somada à negatização da vetorial, conseqüências do delito, dado o elevado valor milionário recebido para aquisição de unidade residencial em balneário do litoral, com os seus implementos de reformas, instalação de elevador, mobiliário e utensílios, bem como do gigantesco prejuízo causado pelo esquema de corrupção sistêmica instaurado na Petrobras. As circunstâncias, como destacado na sentença e nas afirmativas anteriores, igualmente merecem ser negativas.

Por essas razões, devem ser computadas como negativas a culpabilidade, as circunstâncias, os motivos e as conseqüências do crime, majorando-se a pena-base para 7 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão.” (p.262)

312. O Tribunal de origem considerou negativas a culpabilidade, as circunstâncias, os motivos e as consequências do crime.

313. No que diz à *culpabilidade*, o acórdão se apoia em aventado “*sofisticado esquema de fraude a licitações da Petrobras*”; sobre as circunstâncias nada diz expressamente, mas remete à sentença, que, de sua vez, se apega a suposto “*esquema criminoso mais amplo*”; para reprovar os motivos, exagera ao afirmar a “*colocação em xeque da própria estabilidade democrática em razão de um sistema eleitoral severamente comprometido*”; e, quanto às consequências, repete que “*boa parte dos valores foram utilizados para deturpar o processo político eleitoral*”.

314. É certo, porém, que nenhuma dessas justificativas tem lugar no caso concreto ou foram devidamente aferidas durante a instrução processual. Como dito à exaustão, a suposta participação do recorrente em esquema de corrupção na Petrobras é objeto de apuração perante o *Supremo Tribunal Federal* e, assim como não serve de fundamento para a condenação e tampouco é critério válido para a exasperação da pena — seja a pretexto de culpabilidade, circunstâncias, motivos ou consequências.

315. A função pública ocupada pelo recorrente, por outro lado, consiste em circunstância *elementar* do tipo penal.

316. Com efeito, todos os argumentos empregados pela sentença e pelo acórdão para aumentar a pena do recorrente são inválidos e infundados. Ainda que assim não fossem, caracterizariam evidente *bis in idem*.

317. Ora, é indiscutível que o recorrente é primário, de bons antecedentes e conduta social exemplar, e essas circunstâncias favoráveis, preponderantes, sugerem a fixação da pena-base no mínimo legal.

318. Quando muito, a pena deveria ser majorada em, no máximo, 1/6 por circunstância judicial pretensamente desfavorável, na esteira do melhor entendimento jurisprudencial:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. TRÊS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS ANTERIORES. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA DECORRENTE DO AUMENTO NO PATAMAR DE 1/4, EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA, SEM MOTIVAÇÃO.

1. Não é cabível a utilização do habeas corpus como substitutivo do recurso adequado. Precedentes.

2. A revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias pela via do habeas corpus é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, reconhecíveis de plano, atinentes a questões objetivas, sem que haja necessidade de incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

3. É possível o aumento da reprimenda-base pelos maus antecedentes, bem como a aplicação da reincidência, se houver mais de uma condenação com trânsito em julgado, por fatos pretéritos.

4. Embora a lei não preveja percentuais mínimo e máximo de aumento de pena em razão da reincidência, a jurisprudência desta Corte tem-se inclinado no sentido de que, em observância aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e à prevenção do crime, o incremento da pena em fração superior a 1/6 pela aplicação da agravante genérica em questão deve ser devida e concretamente fundamentado, o que não se observa na espécie.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reduzir a fração de aumento de pena decorrente da agravante da reincidência ao patamar de 1/6.”¹⁵⁹

¹⁵⁹ HC 237.145/RJ, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 14.6.13.

319. Certo é que “a aplicação da pena, em face do sistema normativo brasileiro, não pode converter-se em instrumento de opressão judicial nem traduzir exercício arbitrário de poder, eis que o magistrado sentenciante, em seu processo decisório, está necessariamente vinculado aos fatores e aos critérios, que, em matéria de dosimetria penal, limitam-lhe a prerrogativa de definir a pena aplicável ao condenado”.¹⁶⁰

320. Bem se sabe que o art. 59 do Código Penal determina que cabe ao juiz estabelecer a reprimenda “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, entretanto, é cediço que a discricionariedade do magistrado é vinculada juridicamente e deve, sempre, ser devidamente fundamentada, seguindo os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, evitando-se, dessa maneira, o aumento desarrazoado da pena, como se verifica no presente caso, inexistindo qualquer mínima indicação acerca do quantum aplicado para cada uma das vetoriais negativadas.

321. O acórdão violou o §1º do artigo 317 do Código Penal¹⁶¹, ao aplicar a causa especial de aumento de pena com base em ato de ofício fictício: segundo o Tribunal *a quo*, para corromper-se, o recorrente teria influenciado na nomeação e manutenção de diretores da Petrobras, mas esse ato, assim como a representação da Estatal nas licitações e contratos, não integra as atribuições do Presidente da República.

322. Admitir-se a prática de corrupção passiva sem ato de ofício específico já é controverso, mas o aumento de pena com base em atos de ofício

¹⁶⁰ HC 101.118 Extn, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 26.8.2010.

¹⁶¹ “§1º. A pena é aumentada de um terço, se, **em consequência** da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.”

indeterminados ou com base na influência do Presidente da República é de todo absurdo.

323. Da simples leitura do dispositivo supra indicado, se depreende que a pena é aumentada se: *(i)* de fato há omissão ou retardamento de ato de ofício ou quando há prática de ato de ofício com infração a dever funcional; e *(ii)* esse ato de ofício é **consequência** da vantagem ou promessa.

324. Ocorre que o v. acórdão aplicou referida causa de aumento porque o réu teria dado “*suporte ao esquema de corrupção com a indicação e nomeação de agentes públicos*”.

325. Sabe-se que o Recurso Especial não se destina à valoração de provas, e nem se pretende aqui fazê-la, entretanto, nunca é demais destacar que Diretores da Petrobras são nomeados pelo Conselho de Administração da companhia, conforme disposto na Lei das Sociedades Anônimas e no Estatuto da Companhia, não podendo, portanto, a nomeação dos Diretores configurar ato de ofício do recorrente, vez que “o ato” sequer está no âmbito de suas atribuições funcionais.

326. Ademais, mesmo que se considerasse, então, as indicações de Renato Duque e Paulo Roberto Costa como atos de ofício praticados pelo recorrente em razão de vantagem ou promessa indevida, tampouco se poderia vincular tais atos ao suposto delito de corrupção ora apurado.

327. Com efeito, conforme estabelecido, as nomeações desses diretores se deram em 2003 e 2004, enquanto a OAS ingressou na lista de empresas participantes das licitações da Petrobras somente em 2006 e 2007.

328. Assim, não há o nexo de causalidade entre o delito de corrupção imputado e os afirmados atos de nomeação — que, repise-se, sequer são da atribuição do Presidente da República —, tornando impossível a incidência da causa de aumento em questão, vez que a pena é aumentada se, **em consequência da vantagem ou promessa**, o funcionário pratica ato de ofício infringindo dever funcional. *Exige-se, então, para que incida a qualificadora, que o retardamento, a omissão ou a prática irregular do ato ocorra após a solicitação, recebimento ou aceitação da promessa de vantagem.*¹⁶²

329. Trata-se de questão temporal simples: a OAS, se não participava das licitações da Petrobras à época da indicação dos diretores, não poderia ter prometido ou pago vantagem indevida por esse ato de ofício, e o recorrente não poderia ter recebido da OAS vantagem (ou promessa de vantagem) indevida para praticar esse ato de ofício.

330. Além disso, também nesse ponto o acórdão recorre ao amplo contexto da Lava-Jato¹⁶³. Lamentavelmente, e aderindo ao excesso da acusação, o acórdão chega a mencionar *bilhões de reais*¹⁶⁴, quando, insista-se, aqui se

¹⁶² FRANCO. Alberto Silva. STOCO. Rui. **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1.475,

¹⁶³ “Apesar de o lucro fácil ser inerente aos crimes de patrimônio, não se pode ignorar, com o que se colheu neste processo e nas mais de duas dezenas de conexos já julgados por esta Corte, o sofisticado esquema de fraude a licitações da Petrobras, perpetrados por empresas que agiam de modo cartelizado, escolhendo obras em detrimento do processo licitatório, na forma de 'clube', com o pagamento de propinas a vários diretores e gerentes da estatal petrolífera, além de recursos carreados a partidos políticos e agentes políticos. Tais fatos não se deram ao arrepio da vontade do governante maior, mas, com maior gravosidade, pela nomeação do Conselho de Administração e demais dirigentes da Petrobras, como se deu no episódio da indicação de Paulo Roberto Costa.

Incide a causa especial de aumento de pena prevista no art. 317, § 1º, do Código Penal, vez que o crime fora cometido com infração a dever funcional, na medida em que o réu dava suporte ao esquema de corrupção com a indicação e nomeação de agentes públicos, devendo a pena ser exasperada em um terço, elevando-a para 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.” (p. 271).

¹⁶⁴ “Este mecanismo - de similaridade com o chamado caso do Mensalão - acabou por fragilizar não apenas o funcionamento hígido da Petrobras, mas todo o processo político brasileiro. E aqui, a motivação do crime extrapola os reflexos pessoais. A par de vantagens em benefício próprio, censuráveis e graves não somente os bilhões de reais desviados, mas também a colocação em xeque da própria estabilidade democrática em razão de um sistema eleitoral severamente comprometido. Tais aspectos não podem ser ignorados.” (p. 261)

apura a suposta substituição de um apartamento adquirido licitamente pela esposa do recorrente, por um melhor.

331. Mais uma vez contrariando a vedação ao *bis in idem*, o acórdão recorrido dedicou os mesmos argumentos inválidos à majoração da pena pelo crime de lavagem, razão pela qual, desnecessário demonstrar novamente a insubsistência dos fundamentos adotados.¹⁶⁵

332. As violações a dispositivos legais na dosimetria fizeram com que a pena fosse artificialmente aumentada em quase quatro vezes acima do mínimo, evidenciando que o rigor do Tribunal Regional se deu para evitar a prescrição da pretensão punitiva, em desacordo com a reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁶⁶, que melhor prestigia a intelecção do princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

¹⁶⁵ “Reporto-me aqui, no que coincidente, aos fundamentos para a majoração da pena-base para o crime de corrupção. Postula o Ministério Público Federal a majoração da pena-base pela negativação das circunstâncias e conseqüências. Dentre as razões, porque os envolvidos se utilizaram de vários estratagemas para branqueamento, em um esquema de lavagem que perdurou por anos.

(...)

Portanto, merece provimento o recurso ministerial para considerar como negativas, além da culpabilidade, as circunstâncias e as conseqüências do delito, majorando a pena-base para 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão.” (p. 263)

¹⁶⁶ “HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO EXCESSIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. MATÉRIA ARGUIDA ORIGINARIAMENTE NESTA CORTE. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) III – No caso, a fixação do quantum da pena-base em 4 (quatro) anos – o dobro do mínimo abstratamente previsto para o furto qualificado – se fez de modo genérico, a partir de valores subjetivos abstratos, sem referir-se às circunstâncias do caso concreto, utilizando-se, até mesmo, do núcleo do tipo penal – e qualificadoras – imputado ao paciente para, assim, estabelecer as conseqüências e a circunstâncias do crime. Nulidade. IV – Não conhecimento do writ. Ordem concedida de ofício para determinar ao juízo de origem que proceda à nova dosimetria da pena, sem prejuízo da condenação imposta ao paciente” (STF. HC 117.001, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 24.9.13).

A pena de multa¹⁶⁷

333. Também na fixação da pena de multa agiu com arbítrio o Tribunal Regional: além do confisco da vantagem indevida que ele teria recebido – sem nunca ter de fato assumido a posse ou a propriedade do imóvel –, impôs ao recorrente astronômica multa de 280 dias-multa, estipulando cada dia-multa em cinco salários-mínimos.

334. Para a fixação de multa tão elevada, as instâncias ordinárias adotaram como parâmetro a renda do recorrente apenas no ano de 2016, enquanto deveria ter em conta sua renda média. Aliás, a multa é tão exagerada que supera em muito a quantia utilizada de parâmetro.

335. Mesmo considerando-se a referida renda declarada de R\$ 952.814,00, relativa ao ano de 2016, percebe-se que a condenação ainda assim é desproporcional. Como dito, a pena imposta de 280 dias-multa, a um valor de 5 salários mínimos de 2014 (R\$ 724,00) cada um, resultaria em R\$ 1.013.600,00, isso sem levar em consideração a atualização monetária (art. 49, §2º, do CP). Assim, a multa totalizou mais do que a renda do **Recorrente** durante um ano todo (2016).

¹⁶⁷ “No tocante à pena de multa, resultando a pena corporal em grau acima do médio, deve a sanção pecuniária, proporcionalmente, ficar em patamar superior à metade da previsão do art. 44 do CP (185 dias-multa), motivo pelo qual arbitro em 230 dias-multa, ao valor unitário de cinco salários mínimos, vigentes ao tempo do último ato criminoso (06/2014), como o fez o magistrado singular, atendendo ao disposto no art. 60 do Código Penal. Quanto às condições econômicas do réu, a declaração de imposto de renda do apenado (evento 3, comp227) revela ter recebido cerca de R\$ 952.814,00 em lucros e dividendos recebidos da LILS Palestras apenas no ano de 2016). (p. 263)

(...)

A multa é proporcional à pena corporal, ficando estabelecida em 50 (cinquenta) dias-multa. Considerando a dimensão dos crimes e especialmente a renda declarada de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA (evento 3, comp227, cerca de R\$ 952.814,00 em lucros e dividendos recebidos da LILS Palestras só no ano de 2016), fixo o dia multa em cinco salários mínimos vigentes ao tempo do último ato criminoso que fixo em 12/2014.

(...)

Diante do concurso material entre as condutas, as sanções resultam em 12 (doze) anos e 01 (um) mês de reclusão e 280 (duzentos e oitenta) dias-multa.” (p. 264)

336. Dessa forma, verifica-se a patente violação ao art. 60 do CP¹⁶⁸.

A extinção da punibilidade pela prescrição

337. Nas razões apelatórias, o recorrente requereu o necessário reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do delito de corrupção passiva. A fim de afastar a pretensão defensiva, o acórdão lançou mão de manobras retóricas e argumentativas, ao arrepio da dogmática penal, a fim de não reconhecer a causa de extinção de punibilidade apontada.

338. A edificação condenatória se lastreia na compreensão de que o recorrente, na condição de Presidente da República, tinha o papel de garantidor do esquema criminoso supostamente existente no seio da Petrobras. Sua função, segundo o acórdão, era indicar, nomear e garantir determinados diretores em seus respectivos cargos para favorecer empresas nas licitações da estatal e, em razão disso, angariar vantagens indevidas. Assim, teria ele indicado e nomeado Renato de Souza Duque (2003) e Paulo Roberto Costa (2004) às diretorias de serviço e abastecimento, respectivamente¹⁶⁹.

339. Relembre-se que para fins de majorar a pena, conforme demonstrado, decretou o acórdão a incidência da causa de aumento prevista no art. 317, § 1º, CP “**vez que o crime fora cometido com infração a dever**

¹⁶⁸ Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.

¹⁶⁹ Sobre o ponto, um trecho do voto-relator é bem elucidativo ao apontar o ato de ofício praticado: Quando se fala em competência para indicação de conselheiros e diretores da Petrobras, por certo não se está a fazer menção à competência formal, aquela de quem efetivamente expede o ato, até porque, em casos como este, o ato de ofício reside na esfera política de atuação do agente. Contudo, pelo que já foi apurado e inclusive admitido pelos servidores nomeados - alguns em acordo de colaboração premiada -, tinham eles total conhecimento das entranhas do esquema montado e nele exerciam papel fundamental. **Aliás, justamente em face da predisposição em aderir às práticas ilícitas é que foram nomeados** (grifamos).

funcional, na medida em que o réu dava suporte ao esquema de corrupção **com a indicação e nomeação de agentes públicos**”.

340. Logo, se a indicação e a nomeação dos diretores Renato Duque e Paulo Roberto Costa consubstancia a “*prática do ato com infração de dever funcional*” pelo recorrente, coerentemente deveria se sustentar que estas, tidas em 2003 e 2004, deram-se à luz da solicitação ou o aceite de promessa de vantagem indevida.

341. Assim, inconcebível considerar, como fez o acórdão que julgou a apelação, que a consumação do delito de corrupção teria se dado até o ano de 2014, quando teria perdurado a influência do recorrente sobre a Petrobras. **À margem da dogmática penal, atribui-se, à corrupção passiva, caráter de crime permanente.** Ademais, sequer se considerou que Renato Duque e Paulo Roberto Costa saíram da Petrobras em 2012, sendo completamente insubsistente atribuir qualquer ato de influência ou poder sobre estes após tal período.

342. Ainda que fosse possível ignorar e contrariar a lição doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, merece registro que a argumentação utilizada no acórdão para afastar a incidência da prescrição é manifestamente incoerente.

343. Forte no princípio da legalidade e no magistério sobre o tema, o recorrente requereu – consoante já elucidado –, fosse reconhecida a atipicidade de sua conduta, pois a acusação lançada não demonstrou, para fins de configuração da corrupção passiva, qual seria o ato inserido nas atribuições funcionais do recorrente que teria ensejado a solicitação, recebimento ou a aceitação de promessa de vantagem indevida.

344. Além de interpretar equivocadamente a tese defensiva, o aresto a afastou consignando que o crime de corrupção passiva possui natureza formal, sendo prescindível a prática do ato de ofício¹⁷⁰.

345. Em suma, para se escusar da demonstração do ato de ofício – conforme exigência doutrinária e jurisprudencial – consignou-se que o crime de corrupção passiva é formal e que a “corrupção” supostamente praticada pelo recorrente foge dos padrões já julgados, de modo a não ser exigível a realização de atos determinados. No entanto, para fins de aumento de pena, assoalha-se, *incongruentemente*, a prática de ato determinado com infração de dever funcional pelo recorrente, o qual seria a indicação e nomeação de Renato Duque e Paulo Roberto Costa às diretorias da Petrobras.

346. Além disso, objetivando repelir a clara operação da prescrição da pretensão punitiva, apontada pela Defesa, confere-se ao delito de corrupção passiva natureza permanente, cuja consumação teria “perdurado até o período em que o ex-presidente teve influência sobre a Petrobras”.

347. Impele-se, portanto, a declaração da extinção da punibilidade. A suposta consumação do crime de corrupção passiva teria se dado nos anos de 2003 e 2004 e, ante a idade do **Recorrente**, superior a 70 anos na data da sentença, o prazo prescricional é calculado pela metade, à luz do art. 115 do

¹⁷⁰ **3.3.2 – Do crime de corrupção e o ato de ofício.** Alega a defesa de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA que não foi indicado qual seria o ato de ofício praticado pelo ex-Presidente. Segundo entende, tal identificação seria imprescindível para a caracterização do crime do art. 317 do CP. Há equívoco na tese. O tipo penal, diversamente da prevaricação, dispensa a ocorrência de ato de ofício, exigindo-se somente a solicitação/recebimento de vantagem indevida em decorrência do cargo ou função. Trata-se de crime formal que se concretiza com a solicitação ou o recebimento da benesse, de modo que a prática efetiva de ato de ofício não consubstancia elementar do tipo penal, mas somente causa de aumento de pena (§ 1º do art. 317, CP). Igualmente responde pelo crime aquele que solicita/recebe vantagem antes mesmo de assumir o cargo ou após tê-lo deixado. Na correta acepção do termo ‘ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela’, o tipo penal não alcança exclusivamente aqueles que se encontram no exercício de cargos e funções, sendo certo que sobre estes deve recair maior censura (p. 119).

CP¹⁷¹. Assim, em sendo de oito anos e quatro meses da reclusão a reprimenda imposta pelo acórdão, o prazo prescricional é de oito anos.

348. Necessário se faz ressaltar que os supostos fatos se deram antes do advento da Lei 12.334/2010, à luz da *irretroatividade da lei penal mais gravosa*, permite-se que o cálculo do prazo prescricional seja feito entre a data do fato e a data de recebimento da denúncia (20.09.2016).

349. Ademais, mesmo na inovadora tese depreendida do acórdão, *transmutando* a natureza do delito de corrupção passiva, concluindo-se que a consumação do crime teria perdurado até 2014, data em que supostamente teria cessado a influência do recorrente sobre a Petrobras, bem como das reformas havidas no apartamento *tríplex*, conforme explicitado, não há que se falar em lavagem de dinheiro, pois se o recebimento da vantagem indevida ocorreu em 2014 – *e o recebimento clandestino integra o tipo penal* – inexistente posterior conduta de ocultação e dissimulação.

350. Relativamente à prescrição do delito de lavagem de dinheiro, novamente o acórdão coartado tentou afastar a extinção da punibilidade por meio de manobras retóricas, alegando que este teria ocorrido somente em “meados de 2014”¹⁷². No entanto, da leitura do restante do acórdão, depreende-se que o suposto crime de lavagem de capitais teria ocorrido em 2009, quando se concluiu (sem nenhuma base) que a OAS Empreendimentos, ao assumir as obras do

¹⁷¹ Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

¹⁷² E a compensação entre valores subtraídos da Petrobras e de propinas ocorreu em meados de 2014, quase que concomitantemente, por derivação, com a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade do bem, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Talvez até se pudesse considerar data posterior, coincidente com a finalização da reforma.

Condomínio Solaris, teria reservado, de forma espúria, o apartamento em favor do recorrente¹⁷³.

351. A questão da prescrição passa, portanto, à natureza do crime que se cuida. Não se descarta que parte da jurisprudência concebe a lavagem de capitais como um delito de natureza permanente, ou seja, sua consumação se perdura até que seja descoberta a ocultação ou dissimulação imputada. De se ressaltar que tal controvérsia ainda não foi sedimentada pelos Tribunais Superiores.

352. Sob a ótica do bem jurídico tutelado pela norma penal – a administração da justiça – deve ser a lavagem de dinheiro entendida como um crime de natureza instantânea, com efeitos permanentes. Sua consumação, destarte, se dá no exato momento em que ocorre a ocultação do bem, propriedade ou valor. Tal concepção encontra guarida na mais abalizada doutrina¹⁷⁴, a qual salienta que, por sua **natureza instantânea**, a lavagem se consoma no instante da prática de *ocultar* ou *dissimular*.

¹⁷³ **Trechos do Voto-relator: Item 3.3.5** (...) Historiando os fatos, quando o empreendimento imobiliário pertencia à BANCOOP - Cooperativa Habitacional dos Bancários, LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA teria pago parte por um apartamento simples (nº 141-A), cerca de R\$ 209.119,73, **mas o Grupo OAS disponibilizou a ele, ainda em 2009, o apartamento 164-A, triplex, sem que fosse cobrado qualquer acréscimo.** (...) **Item 3.3.5.1** (...) Ocorre que, da assembleia realizada em **27/10/2009**, convocada pelo Diretor Presidente da BANCOOP (evento 3 - comp214) e na qual foi aprovado o acordo, não redundou nenhuma ação positiva por parte do apelante LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA e de sua esposa Marisa Letícia. Isto é, não requereram a 'demissão' como cooperados, como também não assinaram termo de adesão ao novo empreendimento. (...) **Equivale dizer, todas as unidades estavam vendidas, inclusive a implicitamente destinada ao ex-Presidente.** (...) **Item 3.3.5.4.** Tenho que o conjunto probatório permite um juízo afirmativo sobre a existência de prova acima de dúvida razoável de que o apartamento triplex, desde o início, inclusive antes mesmo da assunção das obras pela empreiteira OAS, foi reservado ao apelante LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA e assim permaneceu após a OAS assumir o empreendimento.

¹⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 135. *E, pelo prisma objetivo, nos parece que os crimes de lavagem de dinheiro, na forma do caput, têm caráter instantâneo. O ato de ocultar ou dissimular torna consumado o delito no instante de sua prática. A manutenção do bem mascarado é mera decorrência ou desdobramento do ato inicial. Trata-se de crime instantâneo de efeitos permanentes, no qual a consumação ocorre no instante do ato, mas seus efeitos perduram no tempo. (...) Da mesma forma, a lavagem de dinheiro se consoma imediatamente, no ato de encobrimento inicial. É nesse momento que o autor afeta a administração da justiça. Ainda que ele tenha o poder de interrupção durante todo o período de encobrimento, isso não torna o crime permanente, como ocorre com os demais crimes contra a administração da justiça citados. Fosse a capacidade de restituição do status a quo o elemento definidor dos*

353. Desse modo, também não se mostra adequado classificar o crime de lavagem como de caráter permanente sob a justificativa de que a ocultação e dissimulação se prolongam no tempo. Isso porque, para se considerar um crime como sendo de natureza permanente, é necessária a consumação permanente. **E a mera inércia do agente – mantendo o suposto bem ilícito oculto – não altera a natureza do delito.** Seria necessário um esforço contínuo do agente para o mascaramento do bem, o que em nenhum momento é ventilado na espécie.

354. Essa diferenciação é precisamente esclarecida pelo magistério de *Bittencourt*¹⁷⁵, no sentido de que “[...] o fato de o agente continuar beneficiando-se com o resultado, como no furto, não altera a sua qualidade de instantâneo. Permanente é aquele crime cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quanto este quiser (cárcere privado, sequestro). Crime permanente não pode ser confundido com crime instantâneo de efeitos permanentes (homicídio, furto), cuja permanência não depende da continuidade da ação do agente”.

355. Vale ressaltar, *ainda*, que a tese aqui trazida é agasalhada pelo eminente Ministro *Marco Aurélio*, conforme voto proferido na AP 863:

“A lavagem de capitais é crime de natureza instantânea, com efeitos permanentes. O ato de ocultar ou dissimular, tipificado no artigo 1º da Lei nº 9.613/1998, configura o delito no momento do cometimento. A manutenção do bem é decorrência ou desdobramento da conduta inicial.

crimes permanentes, delitos como o furto também teriam essa natureza, pois o autor pode a qualquer tempo devolver os bens e fazer cessar a lesão patrimonial.

¹⁷⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, p. 291.

A consumação ocorre no instante do ato, mas os efeitos perduram no tempo. Em outras palavras, o crime consuma-se imediatamente, com a ação de emprestar ao dinheiro a aparência própria da origem lícita, funcionando a manutenção e uso como mero efeito permanente da conduta inicial. Idêntica óptica deve ser adotada quanto ao delito de lavagem de dinheiro na modalidade do inciso I do § 1º do artigo 1º do mesmo diploma legal, cuja consumação se dá no momento em que ocorre a conversão do ativo ilícito em ativos aparentemente lícitos, sendo o ato praticado com a finalidade de ocultar ou dissimular a origem ilícita.

No mesmo sentido é o parecer da professora doutora Ada Pelegrini Grinover, anexado ao memorial apresentado pela defesa, para quem a lavagem de dinheiro, nas modalidades previstas na cabeça do artigo 1º da Lei nº 9.613/1988 é crime de estado ou, na linguagem tradicional, delito instantâneo de efeitos permanentes. Segundo a doutrinadora, a consumação se verifica na ocasião na qual cometida a conduta que faz surgir o estado novo – ainda que os efeitos, ou o novo estado, perdurem no tempo.

Então, traça paralelo levando em conta a aplicação da lei no tempo. A assim não se concluir, ter-se-á que, ante o fato de haver ocorrido elastecimento normativo quanto ao crime antecedente, poderá ser aplicada lei nova a prática que, anteriormente, presente a redação primitiva da Lei nº 9.613/1998, não era considerada tipo penal. Citando Roxin, aponta: ainda que o autor siga se aproveitando do estado criado pela conduta perpetrada, isso não pressupõe continuidade ou permanência delitiva. Em síntese, quando efetuado depósito em conta bancária no estrangeiro, quer em nome do réu, quer de terceiro – interposta pessoa –, procedeu-se à lavagem do dinheiro. Tanto é assim que certo banco questionou a aparência criminosa”.

356. Assim, tem-se que o suposto crime de lavagem, de natureza instantânea, está prescrito. Segundo o acórdão, sua consumação teria ocorrido no dia 28.10.2009 (data da assunção do empreendimento Solaris pela OAS Empreendimentos). Forte no art. 115 do CP, em sendo o Recorrente maior de 70 anos na data da sentença (12.07.2017), o prazo prescricional, reduzido pela metade, é de quatro anos.

357. Ressalte-se, novamente, que sendo o fato anterior ao advento da Lei 12.234/10, não há óbice para que a contagem do prazo prescricional se dê entre a data do fato (28.10.2009) e o recebimento da exordial acusatória (20.09.2016). Assim, com a pena que lhe fora imposta por tal delito (03 anos e 09 meses), resta o crime de lavagem prescrito.

Descabido valor dos danos

358. Conforme o voto condutor do aresto que julgou a apelação, “*No tocante ao valor a título de reparação de dano, deve ser mantida a sentença na íntegra*”. Ou seja, foi mantido o valor de R\$ 16 milhões a título de “*reparação de dano*”.

359. Segundo os acórdãos recorridos, “*na divisão de propinas foi destinado R\$ 16 milhões ao Partido dos Trabalhadores*” e “*O pagamento neste patamar foi admitido pelo próprio LÉO PINHEIRO*”.

360. Isso significa dizer, em primeiro lugar, que o valor do dano, assim como a própria condenação do recorrente, foi fixado exclusivamente com base na palavra do corréu Leo Pinheiro, sem a realização de qualquer prova pericial (CP, art. 158).

361. Não bastasse, mesmo que fosse possível dar à palavra desse corréu valor probatório *absoluto* como fizeram os acórdãos recorridos — o que se admite para desenvolver a argumentação — o valor do dano previsto no art. 387, IV, do Código de Processo Penal deve estar diretamente vinculado à *conduta* do agente e àquilo que foi a ele *imputado* no processo.

362. Na verdade, o que os arestos recorridos fizeram foi atribuir ao recorrente a responsabilidade de reparação pela **totalidade** dos valores indevidos que, segundo a — fantasiosa — versão de Agenor Medeiros, teriam sido dirigidos ao Partido dos Trabalhadores.

363. A denúncia imputou ao recorrente — como hipótese acusatória jamais confirmada — o recebimento de um apartamento reformado como suposta contrapartida a atos que ele teria praticado no cargo de Presidente da República. *Não há acusação contra o recorrente por supostos valores ilícitos destinados ao Partido dos Trabalhadores.*

364. Evidente, portanto, que hipotética manutenção da condenação lançada nestes autos — admitida *ad argumentandum tantum* — não pode gerar para o recorrente o dever de indenizar que ultrapasse os limites da vantagem cujo recebimento lhe foi imputado.

365. Na perspectiva dos acórdãos recorridos, “*Do total reservado ao partido, R\$ 3.738.738,00 teriam sido destinados especificamente ao ex-Presidente LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, representados pelo apartamento 164-A, triplex, do Condomínio Solaris (...)*”¹⁷⁶, sendo certo que esse apartamento foi alcançado por ordem de sequestro e atualmente está à venda por meio de leilão judicial.

366. Nesse diapasão, os arestos em questão contrariaram o artigo 387, IV do Código de Processo Penal ao fixar em R\$ 16 milhões os danos a serem reparados pelo recorrente.

¹⁷⁶ Importante sublinhar que mesmo esse valor foi afirmado pelo Tribunal local sem qualquer base técnica, uma vez que a prova pericial requerida pela defesa técnica para apurar o valor do imóvel e das eventuais melhorias foi indeferida.

Invasão da competência do juízo da execução

367. A sentença de primeiro grau estabeleceu que “*A progressão de regime fica, em princípio, condicionada à reparação do dano nos termos do art. 33, §4º, do CP*”. Os arestos recorridos, nos termos do voto condutor, mantiveram tal determinação *em relação ao recorrente*, assentando que “*A progressão fica condicionada à reparação dos danos, por força de determinação legal, prevista no § 4º do referido artigo*”.

368. No entanto, ao decidirem dessa forma, tanto o juiz de primeiro grau como o tribunal de apelação *invadiram a competência do juízo da execução penal*.

369. Com efeito, o art. 66, III, “b”, da Lei das Execuções Penais (Lei nº 7.210/1984) dispõe:

“*Art. 66. Compete ao Juiz da execução:*

(...)

III - decidir sobre:

(...)

b) progressão ou regressão nos regimes” (destacou-se);

370. Referido dispositivo de lei federal foi contrariado, portanto, pelos acórdãos recorridos.

371. Também foi contrariado o artigo 7º, item 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa (Decreto nº 678/1992), na medida em que, na prática, segundo os arestos impugnados, o recorrente poderá ser mantido preso por suposta dívida civil.

372. De rigor, pois, reconhecer-se a contrariedade a tais dispositivos de lei federal e, como corolário, subsidiariamente, declarar a nulidade da deliberação relativa à progressão de regime que constou nos arestos recorridos.

373. Por fim, de se salientar que a execução açodada da pena imposta ao recorrente contraria, frontalmente, o art. 283 do CPP¹⁷⁷, inobstante a recente inclinação jurisprudencial – que possivelmente será alterada – do STF nos julgamentos do HC 126.292/SP, MCs nas ADCs 43 e 44 e ARE 964.426.

Conclusões

374. Vê-se, por todo o exposto, que o recorrente foi vítima de excesso de acusação; foi, ainda, julgado por *juiz de exceção*, que conduziu o feito com parcialidade e, sempre em prejuízo da ampla defesa, desrespeitou os limites do devido processo legal.

375. Além disso tudo, no mérito, a condenação é absolutamente insubsistente, tendo sido violados as normas legais previstas nos dispositivos aqui apontados.

376. Como demonstrado à exaustão, os acórdãos recorridos contrariaram: (i) artigos 3º, 69, 70, 76, 77, 78, II, “a”, 155, 156, 158, 231,

¹⁷⁷ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

254, inciso I, 256, 257, 283, 387, inciso IV, 402, 616, 196 e 619 do **CPP**; **(ii)** artigos 1º, 13, *caput* e §1º, 17, 29, 33, § 4º, 49, §2º, 59, 60, 109, 110, § 1º, 231, 317, 332 do **CP**; o art. 66, III, “b”, da **Lei nº 7.210/1984**; **(iii)** o art. 7º, II, da **Lei nº 8.906/1994**; **(iv)** o artigo 54.1, “a”, do Estatuto de Roma (**Decreto nº 4.388/2002**); **(v)** o artigo 7º, item 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa – **Decreto nº 678/1992**); **(vi)** o artigo 145, inciso IV, 367, do **CPC**; **(vii)** art. 1º da **Lei nº 9.613/98**; **(viii)** art. 4º e 6º, V, da **LC 75/93**.

377. Confia o recorrente, portanto, em que será admitido, conhecido e provido este recurso especial, com a conseqüente anulação ou reforma da sentença, ***absolvendo-o da injusta condenação*** ou, ainda, para reconhecer a ***prescrição*** da pretensão punitiva ou, ainda, a ***nulidade*** do processo.

378. Subsidiariamente, mostra-se de rigor o reconhecimento à contrariedade aos dispositivos de lei federal acima invocados para ***rever*** o valor fixado a título de reparação de danos e, ainda, para afastar a indevida ***invasão da competência*** do juízo da execução penal.

379. Por fim, esclarece-se que, consoante a plausibilidade das teses aqui aventadas, o pedido de efeito suspensivo ao apelo extremo será feito, apartadamente, como determina o NCPC (arts. 294 e 1029, § 5º).

380. Não obstante, a fim de afastar qualquer alegação de preclusão, à luz do art. 26-C¹⁷⁸ da Lei Complementar 64/1990, pugna-se, desde já, o afastamento de eventual situação de inelegibilidade diante dos relevantes fundamentos acima apresentados que evidenciam o caráter ilegal da condenação imposta ao recorrente.

P. deferimento.

De São Paulo para Brasília, 23 de abril de 2018

José Paulo Sepúlveda Pertence
OAB/DF 578

Cristiano Zanin Martins
OAB/SP 172.730

José Roberto Batochio
OAB/SP 20.686

Valeska T. Z. Martins
OAB/SP 153.730

José Gerardo Grossi
OAB/DF 586

Evandro Pertence
OAB/DF 11.841

Luiz Carlos da Rocha
OAB/DF 52.051

Manoel Caetano Ferreira Filho
OAB/DF 8.749

Luis Carlos Sigmaringa Seixas
OAB/DF 814

¹⁷⁸ Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas d, e, h, j, l e n do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.