

RECLAMAÇÃO 43.007 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
RECLTE.(S) : LUIZ INACIO LULA DA SILVA
ADV.(A/S) : CRISTIANO ZANIN MARTINS E OUTRO(A/S)
RECLDO.(A/S) : JUIZ FEDERAL DA 13ª VARA FEDERAL DA SEÇÃO
JUDICIÁRIA DE CURITIBA
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
BENEF.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Trata-se de petição apresentada pela defesa do reclamante, Luiz Inácio Lula da Silva, informando, preambularmente, o seguinte:

“Aos **29.06.2021**, em r. decisão irretorquível, foi concedida ordem de habeas corpus incidental para ‘declarar a **imprestabilidade**, quanto ao reclamante, dos elementos de prova obtidos a partir do Acordo de Leniência 5020175-34.2017.4.04.7000, celebrado pela Odebrecht, bem assim de todos os demais que dele decorrem, relativamente à Ação Penal 5063130-17.2016.4.04.7000’.

2. Aos **14.09.2021**, por sua vez, esse e. Ministro Relator consignou que: ‘(...) salta à vista que, quando o Supremo Tribunal Federal declarou a **incompetência do ex-juiz Sérgio Moro** para o julgamento de Luiz Inácio Lula da Silva, reconheceu também, implicitamente, a **incompetência dos integrantes da força-tarefa Lava Jato** responsáveis pelas investigações e, ao final, pela apresentação da denúncia’. Assim, foi determinado naquela assentada: ‘(...) a suspensão da Ação Penal 1033115-77.2021.4.01.3400/DF (Caso ‘Sede do Instituto Lula’) e Ação Penal 1017822- 67.2021.4.01.3400 (Caso ‘Doações ao Instituto Lula’), ambas em tramitação na 10ª Vara Federal Criminal de Brasília, com relação ao reclamante Luiz Inácio Lula da Silva, **até ulterior deliberação sobre o’ pedido de trancamento formulado**.

3. Aos **21.02.2022**, no que toca à nulidade das investigações conduzidas pela extinta força-tarefa contra o aqui **Reclamante**, cumpre recordar que a Colenda Segunda Turma ratificou a

decisão que declarou a imprestabilidade da utilização do Acordo de Leniência 5020175-34.2017.4.04.7000, celebrado pela Odebrecht, como meio de prova, bem como de todos os elementos de convicção que dele decorrem, relativamente à Ação Penal 5063130-17.2016.4.047000 (Caso 'Sede do Instituto Lula' – atualmente: Ação Penal 1033115-77.2021.4.01.3400/DF).

[...]

5. **Mas não é só!** Finalmente, em 02.03.2022 foi deferido o '(...) pedido formulado pela defesa para suspender cautelarmente a tramitação da Ação Penal 1016027-94.2019.4.01.3400/DF ('Caso Caças Gripen'), até o julgamento definitivo do mérito do presente pleito' **sobre o pedido de trancamento formulado**. Na mesma esteira das decisões anteriores, assinalou esse e. Ministro Relator: [...]' (doc. eletrônico 1.254, fls. 1-3, grifos no original).

Na sequência, aduz que:

“No último dia **19.12.2022**, por ocasião da **Trigésima Segunda Extensão nesta Reclamação Constitucional 43.007/DF**, acolhendo pedido final nos mesmos moldes formulados pelo aqui **Reclamante 10.09.2021 e 21.02.2022** (trancamento dos Casos 'Sede do Instituto Lula' e 'Doações ao Instituto Lula') e 21.02.2022 (trancamento do Caso 'Caças Gripen'), esse e. Ministro Relator determinou o **trancamento** da 'Ação Penal 0600110-17.2020.6.26.0001, em trâmite na 1ª Zona Eleitoral de São Paulo, em relação a Geraldo José Rodrigues Alckmin Filho'. Para tanto, considerou-se como razão de decidir as decisões proferidas em favor do aqui Reclamante. Veja-se:

[...]

No mesmo sentido, no bojo da **Trigésima Primeira Extensão nesta Reclamação Constitucional 43.007/DF**, também foi determinado o trancamento da 'Ação Penal 0600025-31.2020.6.26.0001, em trâmite na 1ª Zona Eleitoral de São Paulo, em relação a Paulo Antônio Skaf'.

10. Como se vê, o cenário crônico de ilegalidades e de

manifesto constrangimento ilegal decorrente do contumaz descumprimento das ordens desse Pretório Excelso - os quais culminaram na suspensão de 3 ações movidas contra o **Reclamante** -, foram recentemente invocados para, em igualdades de condições, fundamentar o **trancamento** de dois feitos distintos.

11. Obtempere-se, aliás, que na data de hoje (22.12.2022), o ilustre membro da Procuradoria-Geral da República deu ciência nos autos dos respectivos trancamentos retro citados, sem a apresentação de qualquer recurso (Peça 1252). **Portanto, trata-se de causa finita** – cuja *ratio decidendi* deve ser igualmente aplicada ao **Reclamante**” (doc. eletrônico 1.254, fls. 4-5, grifos no original).

Ao final, formula os seguintes pleitos:

“12. Desta feita, pois, encontrando-se o feito maduro para julgamento, respaldado por uma miríade de decisões transitadas em julgado, pede-se, em definitivo, que seja determinado o **trancamento** da Ação Penal n.º 5063130-17.2016.4.04.7000/PR (Caso ‘Sede do Instituto Lula’ - Autos n.º 1033115- 77.2021.4.01.3400/DF), da Ação Penal n.º 5044305-83.2020.4.04.7000/PR (Caso ‘doações ao Instituto Lula’ - Autos n.º 1017822-67.2021.4.01.3400/DF) e da Ação Penal 1016027-94.2019.4.01.3400/DF (Caso ‘Caças Gripen’).” (doc. eletrônico 1.254, fl. 6, grifo no original).

Por decisão de minha lavra, lançada nos presentes autos, determinei a suspensão, relativamente ao reclamante, das Ações Penais 1033115-77.2021.4.01.3400/DF (“Caso Sede do Instituto Lula”) e 1017822-67.2021.4.01.3400 (“Caso Doações ao Instituto Lula”), conforme doc. eletrônico 812. Posteriormente, por meio da decisão eletrônica 1019, a mesma medida foi adotada em relação à Ação Penal 1016027-94.2019.4.01.3400/DF (Caso “Caças Gripen”).

Após, foram prestadas as devidas informações pelo Juízo de Primeira Instância e pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (docs. eletrônicos 831, 832, 1023, 1034).

É o relatório.

Bem examinados os pleitos formulados pelo reclamante, rememoro que, na ação penal sob exame, o reclamante e outras quatro pessoas são acusados da prática dos delitos de tráfico de influência, lavagem de capitais e organização criminosa, em decorrência da aquisição, pela Força Aérea Brasileira, de 36 caças suecos Saab-Gripen, como também por motivo da edição da Medida Provisória 627/2013, em conexão com a denominada “Operação Zelotes”.

A referida Medida Provisória foi convertida na Lei 12.973, de 13 de maio de 2014, ou seja, restou aprovada pelas duas Casas do Congresso Nacional e sancionada pela Presidenta da República Dilma Vana Roussef, tendo alterado a legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, à Contribuição para o PIS/Pasep e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, dentre outras medidas.

Relembro, mais, que o procedimento de compra das aeronaves em questão foi iniciado ainda no Governo Fernando Henrique Cardoso, no âmbito do projeto FX, que previa, como uma das condições para a sua aquisição, a transferência de tecnologia do fabricante para a FAB. A assinatura do respectivo contrato seria realizada até o final de 2004, quando expiraria a validade da proposta de venda. A decisão, contudo, foi adiada pelo Governo Luiz Inácio Lula da Silva, o qual, em lugar do FX, lançou o programa FX-2, em 2008, que contemplava a compra de 36 aeronaves de combate, incluindo o domínio do sistema de armas, a parceria com empresas brasileiras, a transferência de tecnologia e a celebração de acordos de cooperação operacional.

Após minuciosos estudos de viabilidade técnica e econômica, e depois de intensas negociações com distintos fornecedores, que incluíram, na etapa final, a empresa estadunidense Boeing, a francesa Dassault e a sueca Saab AB, a Força Aérea Brasileira, em 5/1/2010, optou pelos caças Gripen NG, fabricados por esta última, por entender que tais aeronaves melhor atendiam às especificidades das missões por ela desempenhadas. O processo de compra, no entanto, somente foi concluído em 18/12/2013, já na gestão da Presidenta Dilma Vana Rousseff. O contrato com a firma sueca SAAB previu a aquisição de 36 aeronaves Gripen NG, sendo 28 unidades *monoplaces* (para um piloto) e 8 unidades *biplaces* (para dois pilotos), com um investimento previsto à época de 13 bilhões de reais, ou 5,4 bilhões de dólares. Segundo consta da página oficial da FAB na internet, datada de 27/10/2014, o modelo vencedor **“foi selecionado após análises de aspectos operacionais, técnicos, logísticos, de custos e de transferência de tecnologia”**, lendo-se, ainda, que **“[o] relatório elaborado pela COPAC teve 33 mil páginas e incluiu análises das indústrias, dos projetos e de uma equipe formada por pilotos, engenheiros, oficiais de logística e de outras especialidades”** (< <https://www.fab.mil.br/noticias/mostra/20483/REAPARELHAMENTO-Brasilassina-contrato-para-aquisição-de-36-caças-Gripen-NG>>. Acesso em 24/02/2021, grifei).

A assinatura do contrato foi comemorada pelo Brigadeiro do Ar José Augusto Crepaldi Affonso, presidente da Comissão Coordenadora do Programa Aeronave de Combate (COPAC), com as seguintes palavras: “Nós atualizamos a proposta. Trouxemos os requisitos para um cenário mais moderno” (idem).

Como se percebe, **o processo de escolha dos caças adquiridos pelo País estendeu-se por mais de quinze anos, passando por três administrações federais distintas, sempre sob o atento crivo de militares da FAB e de integrantes do Ministério de Defesa, além de ter**

sido atentamente acompanhado por algumas das mais importantes empresas aeronáuticas do mundo, a saber, a Boeing, a Dassault e a Saab AB. Visto isso, não há como deixar de levar em conta a incontornável presunção de que a compra das referidas aeronaves ocorreu, rigorosamente, dentro dos parâmetros constitucionais de legalidade, legitimidade e economicidade (art. 70 da CF), mesmo porque, até o presente momento, **passada quase uma década da assinatura do respectivo contrato, não existe nenhuma notícia de ter sido ele objeto de contestação por parte dos órgãos de fiscalização**, a exemplo da Controladoria-Geral da União, do Ministério Público Federal ou do Tribunal de Contas da União.

Mais do que isso, as referidas aeronaves já foram entregues às autoridades aeronáuticas e se encontram em plena operação. A cerimônia de entrega da primeira unidade, aliás, ocorreu em 23/10/2020, quando o desfecho de todo o processo de aquisição foi, inclusive, elogiado com entusiasmo pelo ex-Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, conforme as seguintes declarações que trago à colação:

"[...] 2020 será um ano marcante da Força Aérea Brasileira, fomos capazes de colocar no ar dois vetores que podem transformar de forma irreversível nossa operacionalidade e nossa capacidade logística e de afirmar nossa superioridade nos 22 milhões de km² de espaço aéreo, indispensável à nossa soberania. Incorporamos duas aeronaves estratégicas, KC-390, e o Gripen. É uma demonstração cabal que, com liberdade e comprometimento, o sonho de nosso povo está ao alcance de todos" (https://economia.uol.com.br/noticias/redação/2020/10/23/com-Bolsonaro - fab-apresenta-1-caca-sueco-encomendado-no-governo-dila .htm?cmpid=copiaecola, acesso em 26/1/2023)

O então Ministro da Defesa, Fernando Azevedo, na mesma ocasião, complementou que "[o] Gripen aumenta a capacidade operacional da

Força Aérea Brasileira e impulsiona uma parceria que fomenta a pesquisa e o desenvolvimento industrial dos dois países [Brasil e Suécia]" (idem). Há informações, inclusive, no sentido de que, ainda na gestão de Jair Messias Bolsonaro, foi autorizado o aumento da frota para 40 caças (<https://www.Aeroflap.com.br/gripen-fab-recebe-autorizacao-de-bolsonaro-para-comprar-mais-quatro-cacas> , acesso em 26/1/2023).

Volvendo os olhos, agora, à ação penal sob exame, destaco, como já havia feito na decisão anterior, que a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região absolveu os nove réus mencionados na “Operação Zelotes” – que deu origem à ação penal aqui discutida - quanto à acusação de associação criminosa, extorsão, corrupção ativa e passiva e, ainda, lavagem de dinheiro, desclassificando as imputações irrogadas a um dos acusados para o ilícito de advocacia administrativa (art. 321, *caput*, do CP), em coautoria com outros quatro, impondo-lhe a pena de um ano e quatorze dias de detenção, substituída pelo pagamento de multa.

Reproduzo, também como já havia feito quando determinei a suspensão do feito, trecho do acórdão de 154 páginas, resultante de julgamento unânime daquele colegiado, no qual constam as seguintes e significativas afirmações:

“Não se vê nem se provou, ao final, no âmbito dos fatos envolvidos na suposta compra de Medida Provisória, qualquer delito como tal demonstrado. Na verdade, apesar de implicar o principal fato que suportaria a acusação de associação criminosa, não se demonstrou no caso em que, ao final, consistiria na ilicitude pressuposta. Fala-se de lobby, é verdade. Mas não se aponta, na espécie, em que teria se conformado a ilicitude pressuposta na atividade" (Apelação Criminal 0070091-13.2015.4.01.3400/DF, relator Desembargador Federal Néviton Guedes, sem os grifos do original).

Todo esse quadro já indica, por si só, os graves vícios que maculam as investigações conduzidas contra o reclamante pela extinta força-tarefa “Lava Jato” de Curitiba no tocante à aquisição dos referidos caças.

Vale lembrar que, quando a Segunda Turma do STF confirmou a mácula incurável que recaía sobre a prova arrecadada contra o reclamante, no julgamento acima mencionado, formulei algumas considerações acerca das dúvidas e perplexidades que assolaram esta Suprema Corte, quanto à atuação da força-tarefa “Lava Jato”, que levaram ao reconhecimento da imprestabilidade dos elementos de convicção que eram, e continuam sendo, utilizados contra o reclamante. Eles seriam, segundo palavras do próprio Procurador-Geral da República - proferidas na sabatina à qual foi submetido perante a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, transcritas textualmente em meu voto – oriundos da “pessoalização” das atividades persecutórias dos Procuradores da República que atuavam em Curitiba.

No caso concreto, constato que a parcialidade imputada aos Procuradores da República Frederico de Carvalho Paiva e Herbert Reis Mesquita, subscritores da denúncia que deu origem à Ação Penal 1016027-94.2019.4.01.3400/DF (“Caso Caças Gripen”), em trâmite na 10ª Vara Federal Criminal do DF (doc. eletrônico 1014), consiste, basicamente, na sua atuação, de forma concertada e esconsa, com os membros da “Lava Jato” curitibana, objetivando criar acusações contra o reclamante, já de antemão tidas como insubsistentes.

De fato, agora em sede de cognição exauriente, salta à vista a ausência de suporte idôneo para deflagrar a ação criminal aqui atacada, porquanto desde a sua fase embrionária, iniciada pelos integrantes da extinta “Lava Jato”, os participantes dos grupos de mensagens integrados por Procuradores da República, dentre eles - segundo comprovam os diálogos transcritos pela defesa, os quais jamais foram impugnados de forma pontual e específica por seus interlocutores - os mencionados

procuradores, identificados como “Fred” e “Herbert”, jamais deixaram de reconhecer a fragilidade das imputações que pretendiam assacar contra o reclamante.

A título de exemplo, outra vez ressalto uma passagem na qual o próprio Hebert admite que não havia “nada de anormal na escolha” [dos caças suecos] (doc. eletrônico 1013, p. 29). Não obstante a opinião reiterada e unanimemente esposada pelos participantes desses grupos de mensagens no sentido da inconsistência dos elementos de convicção que estavam a engendrar, os integrantes da extinta “Lava Jato” resolveram dar continuidade às investigações - levadas a cabo, ressalte-se, ao arrepio do “princípio do promotor natural”, dada a flagrante a incompetência de seus condutores - as quais acabaram resultando na formulação da denúncia ora impugnada.

Para dar sequência aos seus desígnios, compreendidos no contexto daquilo que chamavam de “Plano Lula” (doc. eletrônico 1013, p. 14), os Procuradores da República constituíram, em 19/9/2016, um grupo específico de troca de mensagens no aplicativo Telegram, denominado “Chat Caças Zelotes – LJ”, integrado por diversos membros da “Lava Jato” curitibana e também, segundo consta, pelos Procuradores da República Frederico de Carvalho Paiva e Herbert Reis Mesquita inquinados de parciais pelo reclamante (doc. eletrônico 1013, p. 25).

Corroborando essa tese, a defesa transcreve diversos diálogos, devidamente periciados pela Polícia Federal, colhidos no bojo da “Operação *Spoofing*”, mediante autorização do STF, os quais indicam que os indigitados membros do Ministério Público Federal, mesmo tendo procurado obter - de forma patentemente ilegal, e sem lograr qualquer êxito - informações incriminadoras junto a funcionários da Receita Federal, com destaque para o já assaz conhecido “Leonel”, persistiram em sua empreitada persecutória contra o reclamante.

Prosseguindo, consta que o próprio Procurador da República Frederico Paiva, um dos subscritores da denúncia contra o reclamante, em determinada conversa, revelou, sem reboços, o seu ceticismo quanto às imputações ainda em gestação, ao assentar que, “[e]m suma, não vejo correlação com os caças” (doc. eletrônico 1015, p. 27), referindo-se à Medida Provisória 627, que os investigadores curitibanos procuravam relacionar à compra dos caças suecos, com o intuito de emprestarem maior consistência à acusação.

Nessa mesma linha, consta também que o Procurador da República Herbert Reis Mesquita, outro subscritor da exordial acusatória, manifestou, textualmente, no referido grupo de mensagens, a sua opinião quanto à inconsistência da imputação a ser formulada contra o reclamante, aduzindo que via “uma fragilidade da denúncia mais pela discussão jurídica do que fática (provas)”. (doc. eletrônico 1013, p. 28).

Interessantemente, o Procurador da República Frederico de Carvalho Paiva, embora concordasse em dar continuidade à confecção do enredo acusatório, chegou a assentar o seguinte: “É praticamente impossível achar o agente público neste caso” (doc. eletrônico 1013, p. 26). Em outras palavras, reconhecia ser impraticável a configuração do crime de corrupção, que, de acordo com a legislação pátria, deve, necessariamente, envolver a atuação de um servidor estatal.

Quanto à inequívoca incompetência da força-tarefa de Curitiba para investigar a compra dos caças, vale registrar a sintomática dúvida manifestada pela Procuradora da República Jerusa Vicilli, quando assenta que, “sobre a competência, achei melhor não falar muito, pq quanto mais falar, piora” (doc. eletrônico 1013, fl. 24).

Neste momento, para melhor compreensão do que aqui se está tratando, peço vênha para reproduzir trechos da decisão na qual determinei a suspensão da ação ora sob exame, quando então externada

toda a minha perplexidade frente ao cenário que se avizinhava. Veja-se:

“Não bastasse isso, como já assentei na decisão cautelar, é possível verificar que os integrantes da ‘Lava Jato’ de Curitiba não apenas idealizaram, desde os seus primórdios, a acusação contra o reclamante objeto da presente contestação - possivelmente movidos pelos mesmos interesses heterodoxos apurados em outras ações que tramitaram no Supremo Tribunal Federal - como também, pasme-se, revisaram a minuta da denúncia elaborada pelos Procuradores do Distrito Federal (doc. eletrônico 1015, fl. 33).

Essa percepção, segundo a qual os membros do Ministério Público acima nominados vulneraram os mais comezinhos ditames constitucionais disciplinadores da ação dos agentes públicos, em especial o princípio da impessoalidade (art. 37, *caput*, da CF), acaba sendo reforçada pelo fato de que buscaram valer-se de delatores - quaisquer que estivessem à mão -, segundo o já conhecido *modus operandi* da ‘Lava Jato’, cujos integrantes não hesitavam em empregar tal expediente com o intuito de corroborar narrativas incriminadoras contra alvos pré-definidos.

Tal propósito pode ser deduzido a partir da tentativa do Procurador da República Herbert Reis Mesquita de procurar amparo em eventual delação do ex-Ministro Antônio Palocci, para ‘ele dizer que sabe algo sobre dinheiro da CAO A e da MMC para LULECO na conversão dessa MP 627’ (doc. eletrônico 1015, fl. 34).

[...]

Antes, contudo, de continuar na análise das alegações supra, convém rechaçar uma possível alegação de que as mensagens apresentadas pela defesa resultaram da ação de *hackers* e, portanto, não poderiam ser aproveitados pela defesa. Isso porque a doutrina e a jurisprudência brasileiras, sabidamente, são unânimes em afirmar que, embora provas ilícitas não possam ser empregadas pela acusação, é permitido aos acusados lançar mão delas para tentarem provar a sua

inocência.

Esse entendimento, de acordo com Guilherme de Souza Nucci, repousa no fundamento abaixo explicitado:

[...] havendo prova ilícita, demonstrativa da inocência do réu, deve-se utilizá-la, em nome do interesse maior de preservação da Justiça criminal equilibrada, que não privilegia o meio, em detrimento do resultado, ao cuidar da vida de um inocente' (*Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 327)

[...]

Cumpre lembrar, a propósito, que, nos autos da Rcl 36.542-Extn Oitava/PR, o Ministro Gilmar Mendes, ao deparar-se com uma situação de patente constrangimento ilegal, determinou o trancamento do Inquérito Policial 5054008-14.2015.4.04.7000/PR (IPL nº 2255/2015 – SR/PF/PR), que tinha como principal lastro probatório a delação de Antonio Palocci, considerada imprestável pelo próprio Ministério Público Federal.

Não é possível ignorar, pois, que os Procuradores República responsáveis pela denúncia referente à compra dos caças suecos agiam de forma concertada com os integrantes da 'Lava Jato' de Curitiba, por meio do aplicativo Telegram, para urdirem, ao que tudo indica, de forma artificiosa, a acusação contra o reclamante, valendo lembrar que investigações do mesmo jaez, relativas aos casos 'Triplex do Guarujá' e 'Sítio de Atibaia', foram consideradas inaproveitáveis pelo Supremo Tribunal Federal, por afronta, dentre outros, aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Registro, ainda, outro fato de extrema relevância para o deslinde da questão aqui examinada, qual seja: diante da reconhecida gravidade dos fatos veiculados na exceção de suspeição articulada pela defesa do reclamante perante a 10ª Vara Federal Criminal do DF, o magistrado por ela responsável, já antevendo a possível ausência de justa causa da exordial

acusatória, determinou a suspensão da regular tramitação do feito, a começar pelos interrogatórios já designados, consignando em sua decisão o quanto segue:

‘Destaque-se, neste ponto, os graves fatos que, segundo os Excipientes denotariam irregularidades na condução dos trabalhos que ensejaram a denúncia nos autos principais, e que são imputados a membros do Ministério Público que sequer atuaram na ação principal. Nessa senda, para melhor discussão sobre os pontos apresentados nesta Exceção, necessária dilação probatória e contraditório, o que deve ser feito na Ação Penal 1016027- 94.2019.4.01.3400, mas não sob o enfoque da suspeição e sim sob a ótica da justa causa’ (doc. eletrônico 1017, p. 4)

Visto isso, convém tecer algumas considerações sobre o dever de imparcialidade dos integrantes do Ministério Público. Nesse diapasão, anoto que constitui obrigação do *Parquet* - mesmo nos casos em que atue como parte no processo - postular medidas que possam proteger os direitos fundamentais dos réus e condenados em geral, ainda que seus membros possam ocupar posições processuais distintas, pois incumbe-lhes o dever de agir com a máxima lealdade (*fairness*) em sua atuação institucional.

A propósito dessa obrigação de zelar pelos direitos fundamentais em qualquer situação que se encontrem os membros do Ministério Público, o Ministro Gilmar Mendes assim se manifestou no julgamento da ADPF 758/MG:

‘A instituição foi arquitetada, portanto, para atuar desinteressadamente no arrimo dos valores mais encarecidos da ordem constitucional, razão pela qual o legislador conferiu inclusive a atribuição para impetrar habeas corpus em favor de pessoas submetidas a restrições indevidas em sua liberdade de locomoção (art. 654 do CPP)’.

Quanto ao dever de imparcialidade, Aury Lopes Jr, por sua vez, leciona que ‘[o] agente do Ministério Público poderá

ser objeto de suspeição [...] Por se tratar de um órgão público, sua atuação está vinculada aos princípios de legalidade e impessoalidade' (*Direito Processual Penal*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 529). E mais do que apenas isso: de acordo com texto constitucional, 'incumbe-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis' (art. 127, caput, da CF). Explicando que a suspeição constitui causa de nulidade absoluta, Renato Brasileiro de Lima, de seu turno, assenta o seguinte:

'De acordo com o art. 564, inciso I, do CPP, a suspeição é causa de nulidade do processo, a contar do primeiro ato em que houve intervenção do juiz suspeito. Apesar de haver certa controvérsia quanto à natureza da nulidade – se absoluta ou relativa-, partilhamos do entendimento de que se trata de uma nulidade absoluta. Isso porque, ao se referir às nulidades que estarão sanadas em virtude do decurso do tempo, logo, sujeitas à preclusão, característica básica de toda e qualquer nulidade relativa, o art. 572 do CPP não faz menção ao art. 564, I, do CPP' (*Curso de Processo Penal*, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 1.607).

Não apenas a suspeição, mas também a incompetência dos membros do *Parquet* – tal como ocorre com os juízes – configura causa de nulidade absoluta. Essa é a opinião de Eugênio Pacelli, *verbis*:

'Então, podemos afirmar que o processo que se desenvolve perante juiz material ou absolutamente incompetente será irremediavelmente nulo, não desde o recebimento da denúncia, mas desde o seu oferecimento. E aqui já entraria em cena outro princípio, ligado às funções acusatórias do Estado: o princípio do promotor natural. Com efeito, tal como ocorre em relação ao juiz natural, a matéria penal é também repartida em atribuições aos diferentes órgãos do Ministério Público: crimes federais ao Ministério Público Federal, crimes estaduais ao Ministério Público dos Estados, crimes

militares federais ao Ministério Público Militar da união etc. Com isso, clareia-se sobremaneira o quadro de nulidades no processo penal, permitindo-se visualizar a nulidade da própria peça acusatória (por ilegitimidade ativa) quando oferecida por órgão do *parquet* que não seja titular das atribuições constitucionais acusatórias. Assim, quando o vício se referir à incompetência absoluta, não se poderá, a princípio, falar em ratificação de quaisquer atos processuais, ainda que não decisórios, tratando-se, na verdade, de processo nulo desde o início. Reconhecida a incompetência absoluta do juízo, os autos deverão ser encaminhados ao Ministério Público oficiante perante o juiz competente, para total reformulação da *opinio delicti*. O novo juiz não poderia, jamais, ratificar automaticamente o recebimento da denúncia, oferecida por órgão ministerial não legitimado, isto é, sem atribuições constitucionais para a causa' (*Curso de Processo Penal*, 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 870).

Diante desse quadro, de invulgar gravidade e contaminação, a plausibilidade das alegações referentes ao cometimento de atos comissivos e omissivos, eivados pelos vícios da suspeição e incompetência, por parte dos Procuradores da República indigitados pela defesa – máculas, de resto, já identificadas neste e em outros feitos julgados por esta Suprema Corte – foram comprovadas pelos documentos juntados aos autos, somados às questões fáticas e jurídicas que a elas se somam, tudo a demonstrar desabrido desrespeito ao seu dever legal de velar pela dignidade das respectivas funções e da própria Justiça (art. 236, VI, da LC 75/1993), eis que evidenciam franca antipatia e, em consequência, manifesta parcialidade em relação à pessoa do reclamante (arts. 254, I, e 258, do CPP; arts. 145, I, e 148, I, do CPC)" (doc. eletrônico 1019, fls. 23-28)

Portanto, ao fim e ao cabo, examinado com verticalidade o mosaico fático-jurídico pormenorizadamente descrito acima, não concebo a

existência de denúncias temerárias, sem o mínimo de elementos probatórios hígidos, e, ainda, sabidamente desprovidas de correlação legítima entre elas e fase pré-processual. Sobre esse tema, o próprio art. 395 do Código de Processo Penal – CPP assenta que “a denúncia ou queixa será rejeitada quando: [...] III- faltar justa causa para o exercício da ação penal”.

Em tal contexto, não existirá justa causa à propositura – ou prosseguimento – da ação penal, se constatada a inexistência de suporte probatório mínimo apto a lastreá-la. Em outras palavras, à míngua de justa causa, desaparece também um dos pilares necessários ao regular exercício do *jus puniendi* estatal. Nesse cenário é que se apresenta a manifesta abusividade e o constrangimento ilegal imposto em desfavor do reclamante.

Nesse tema, afirma Gustavo Badaró que “a noção de justa causa evoluiu, então, de um conceito abstrato para uma ideia concreta, **exigindo a existência de elementos de convicção que demonstrem a viabilidade da ação penal**” (Processo Penal, 4ª ed., São Paulo: RT, 2016, p. 171, grifei).

Da mesma forma, na lição da Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura, em sede doutrinária, se não houver tipicidade ou nexo minimamente perceptível entre a imputação formulada pelo Ministério Público e a prova colhida, “haverá ilicitude e, mais do que isso, imoralidade. **E tanto a doutrina como a jurisprudência entendem que faltará, na hipótese, justa causa para a ação penal**”. (Justa Causa Para a Ação penal, Doutrina e jurisprudência. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, P2001, p. 222, grifei).

Assim, levando-se em conta a dicção do art. 395 do CPP, concluo não haver cabimento para continuidade dessa ação penal, pois, considerando a contaminação das provas utilizadas contra o reclamante,

RCL 43007 / DF

eivadas de manifesto interesse pessoal voltado à formulação de acusações sabidamente descabidas, e claramente desprovidas de lastro probatório mínimo, inexistente justa causa para que ela continue a tramitar no Juízo reclamado, sob pena de ilegalidade e constrangimento ilegal imposto ao reclamante.

Daí porque, mais uma vez, não se faculta, **mas se impõe**, a concessão de uma ordem de *habeas corpus* no bojo desta reclamação, conforme jurisprudência longeva e ainda firme desta Suprema Corte, nas hipóteses em que determinado ato se mostre flagrantemente ilegal ou abusivo, inclusive no bojo de ações reclamationárias. Relembro, por exemplo, a Rcl 36.542-Extn Oitava/PR, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, quando verificada situação de patente constrangimento ilegal, determinando-se o trancamento do Inquérito Policial 5054008-14.2015.4.04.7000/PR (IPL nº 2255/2015 SR/PF/PR) por meio do remédio heroico.

Assim, tendo em conta todo o exposto, **concedo**, incidentalmente, *habeas corpus de ofício*, com fundamento nos arts. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, e 193, II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, **para trancar a Ação Penal 1016027- 94.2019.4.01.3400/DF (Caso “Caças Gripen”)**.

Considerando o esgotamento do objeto desta ação reclamationária, uma vez transitada em julgado a presente decisão, arquivem-se os autos.

Comunique-se ao Juízo reclamado.

Publique-se.

Brasília, 17 de fevereiro de 2023.

Ministro Ricardo Lewandowski
Relator