

EXCELENTÍSSIMO DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL
REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

“Ora – digo eu agora – a prevalecerem razões contra o texto da Constituição melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebrandando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete!”

Ministro Eros Grau em voto condutor no HC 84.078-7/MG

“Nenhum órgão jurisdicional, portanto, 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.”

Ministro Dias Toffoli em voto condutor na QO no INQ 4130/PR

Ref.: Apelação Criminal nº. 5046512-94.2016.4.04.7000

PAULO TARCISO OKAMOTTO, já qualificado nos autos do *writ* em epígrafe, por seus advogados, vem à elevada presença de V. Exa., com amparo no artigo 102, inciso III, “a”, da CRFB, artigo 994, inciso VII, 1.029 e ss., todos do Código de Processo Civil, interpor

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

contra o v. acórdão proferido pela proferido pela col. Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que conheceu em parte do apelo do Recorrente e, nessa extensão, negou-lhe provimento.

Requer dê-se vista ao Ministério Público Federal para contrarrazões, admita-se o recurso e remetam-se os autos ao excelso Supremo Tribunal Federal.

Pede deferimento.

Do Rio de Janeiro/RJ para Curitiba/PR, em 16 de maio de 2018.



FERNANDO AUGUSTO FERNANDES
OAB/RJ 108.329

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Excelso Supremo Tribunal Federal,

Nobres Ministros,

Cuida-se de Recurso Extraordinário que se interpõe em face do v. acórdão da col. Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que conheceu em parte do apelo do Recorrente que objetivava o reconhecimento de atipicidade da conduta que lhe foi imputada e, nessa extensão, negou-lhe provimento. Nestas razões, demonstrar-se-á que houve grave afronta aos *princípios do juiz natural* (artigo 5º, inciso LIII, da CRFB/88), *do devido processo legal* (art. 5º, LIV, da CRFB), *da presunção de inocência* (artigo 5º, inciso LVII, da CRFB), *da reserva legal* (artigo 5º, inciso XXXIX, da CRFB), *da ampla defesa e contraditório* (artigo 5º, LV, CRFB) e ao interesse público sobre o patrimônio cultural brasileiro (artigo 216, §1º, da CRFB).

Conforme a estrutura orientada pelo artigo 1.029, incisos I a III, do Código de Processo Civil, passa-se a expor os fatos para, em seguida, abordar-se o cabimento deste Recurso Extraordinário e, ao final, tratar-se das razões do pedido de “*invalidação da decisão recorrida*” (v. inciso III).

INTRODUÇÃO

Em síntese, o Ministério Público Federal (MPF) imputa ao ora Recorrente a conduta de ter *dissimulado* a origem, a movimentação e a disposição de R\$ 1.343.747,24 (um milhão trezentos e quarenta e três mil setecentos e quarenta e sete reais e vinte e quatro centavos), provenientes dos crimes de cartel, fraude à licitação e corrupção praticados pelos executivos da Construtora OAS (OAS), em detrimento da Administração Pública Federal, mais especificamente a Petrobras, através da celebração de contrato ideologicamente falso entre a OAS e a Granero Transportes Ltda. (GRANERO) para armazenagem de objetos, os quais compunham o acervo presidencial do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva (LULA).

Parágrafo único. Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão.

A respeito do tema, Guilherme de Souza Nucci (Código de Processo Penal comentado - 10ª edição - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 988) leciona:

22. Interesse recursal: trata-se de um dos pressupostos subjetivos (ver nota 26 ao art. 578, § 3º, CPP) para a admissibilidade dos recursos. É natural que a parte somente poderá provocar o reexame da matéria já decidida por determinado órgão, remetendo o feito à instância superior, quando eventual modificação da decisão lhe trouxer algum tipo de benefício. Recorrer por recorrer é algo inútil, constitutivo de obstáculo à economia processual, além do que o Judiciário é voltado à solução de conflitos e não simplesmente a proferir consultas ou esclarecer questões puramente acadêmicas.

23. Interesse na modificação da fundamentação da sentença: como regra, não se reconhece interesse para a parte que deseje, apenas, alterar os fundamentos tomados pelo julgador para proferir determinada decisão. Nesse caso, seria completamente inútil reavaliar-se a questão, se o dispositivo da sentença permanecer inalterado. Entretanto, caso a fundamentação produza efeito consequencial concreto no direito da parte, é possível o recurso.

Vale citar, ainda, o escólio de Júlio Fabbrini Mirabete (Código Penal Interpretado. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1412):

'Pressuposto lógico do recurso é a existência de uma decisão, objetivando sua reforma. Assim, em princípio, o exercício do direito de recorrer está subordinado à existência de um interesse direto na reforma ou modificação do despacho ou sentença. Tem interesse apenas aquele que teve seu direito lesado pela decisão, mas é facultativo e denominado recurso voluntário. É um ônus processual que, desatendido, pode acarretar consequências desfavoráveis. É do interesse do recurso que nasce a sucumbência, que se caracteriza como a desconformidade entre o que a parte pediu e o que ficou decidido. Esse prejuízo deve ser resultante da parte dispositiva da decisão, da conclusão da sentença impugnada e não de seus motivos ou fundamentos. Também não há interesse quando a decisão impugnada não é suscetível de ocasionar prejuízo ao acusado, isto é, quando não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão (art. 577, parágrafo único).

O art. 66 do Código de Processo Penal traz orientação fundamental para o deslinde da questão. Confira-se:

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Em outra medida, dispõe o art. 935 do Código Civil que a decisão no juízo criminal sobre a existência do fato ou sobre quem seja seu autor é inquestionável

ressalvar que estes fatos não afetam a imparcialidade deste Juízo.

150. Cabe decidir a responsabilidade dos acusados somente com base na lei e nas provas, sendo irrelevante o comportamento processual de seus defensores.

151. Ilustrativamente, o juízo é absolutório em relação a Paulo Tarciso Okamoto e isso apesar do comportamento inadequado do defensor.

152. Em qualquer caso, em relação a essas medidas processuais questionáveis e ao comportamento processual inadequado, vale a regra prevista no art. 256 do CPP ('a suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la').

Não passa despercebido que a controvérsia diz respeito à eventual suspeição do julgador. Nesse aspecto, o requerimento é silente, pois deixa de contextualizar o fato. De qualquer maneira, posteriormente à publicação da sentença, não houve qualquer insurgência ou pedido de esclarecimento pela via dos embargos de declaração perante a própria autoridade competente, pelo que inviável o seu enfrentamento em sede recursal.

Advinda a apelação, portanto, o recurso foi admitido somente em parte e, no mérito, desprovido.

A Defesa interpôs Embargos de Declaração visando sanear as claras obscuridades e contradições constantes do v. acórdão, igualmente não conhecidos pelo Egrégio TRF da 4ª região por suposta ausência de interesse recursal.

A seguir será exposto que, em verdade, o Recorrente segue buscando o reconhecimento de atipicidade da conduta imputada a si pelo *Parquet* Federal, sem prejuízo do entendimento de “*falta de provas*” cunhado pelo magistrado de piso e o Tribunal *a quo*.

Feita a sucinta introdução, passa-se às preliminares processuais de cabimento do presente Recurso Extraordinário.

CAPÍTULO I – DA PRELIMINAR DE INTERESSE RECURSAL

Para não conhecer da maior parte da Apelação e da integralidade dos Embargos de Declaração, o e. Desembargador Relator afirma em seu voto que não haveria interesse recursal na alteração do fundamento absolutório, pois inexisteriam repercussões na esfera cível, o que somente seria possível nos casos de

reconhecimento de inexistência do fato ou de negativa de autoria.

No entanto, é evidente o interesse recursal do Recorrente, uma vez que, além dos efeitos no âmbito da responsabilidade civil, há a repercussão no aspecto moral.

Trata-se do ex-Presidente do Instituto Lula, em um caso midiático que culminou na prisão de um ex-Presidente da República. É evidente haver distinção entre a repercussão de uma absolvição por atipicidade da conduta (art. 386, III) de uma absolvição por insuficiência de provas (art. 386, VII).

Neste sentido, inúmeras decisões dos Tribunais Regionais Federais:

PENAL. APELAÇÃO. ESTELIONATO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA NOS TERMOS DO ART. 386, VII, CPP. INTERESSE RECURSAL DA DEFESA. COMPROVAÇÃO DA AUSÊNCIA DE DOLO NAS CONDUTAS DESCRITAS. ATIPICIDADE. PROVA UMENTAL. ALTERAÇÃO DO FUNDAMENTO LEGAL DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. ART. 386, III, CPP.

1 - Os réus foram denunciados por atos que, em tese, caracterizariam o delito de estelionato, consistentes em patrocinar os interesses de autores falecidos em ação de matéria previdenciária, sem informar ao Juízo os óbitos de seus clientes, ocorridos no curso da ação.

2 - A r. sentença recorrida os absolveu por insuficiência de provas para a condenação, com fulcro no art. 386, VII, do CPP, motivo pelo qual interpuseram a presente apelação, pleiteando a alteração do fundamento legal do decreto absolutório.

3 - É patente o interesse recursal dos réus, pois a absolvição por comprovação da atipicidade da conduta ou da inexistência do fato lhes resulta mais benéfica tanto no aspecto da responsabilidade civil quanto no âmbito moral, conferindo a certeza quanto ao não cometimento do crime.

4 - Embora os causídicos tenham efetivamente praticado as irregularidades processuais descritas na denúncia, o que denota censurável desídia profissional, o conjunto probatório revela que agiram com lisura com relação aos réus falecidos e seus herdeiros, o que restou comprovado pela menção ao processo pendente nas últimas declarações e no auto de inventário de um dos clientes, bem como pelos recibos assinados pelos herdeiros quanto ao levantamento efetuado após a sua morte.

5 - Ante a comprovação de que os réus não agiram com dolo de alcançar o duplo resultado característico do estelionato (obtenção de vantagem ilícita e prejuízo alheio), sendo evidente a atipicidade da conduta, é de rigor que se dê provimento à apelação para alterar o

fundamento legal do decreto absolutório, devendo se basear nos termos do art. 386, III, do CPP.

6 - Apelação provida.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 39364 - 0001736-06.2006.4.03.6117, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, julgado em 15/02/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/02/2011 PÁGINA: 340)

PENAL. CONCUSSÃO. ABSOLVIÇÃO. FUNDAMENTO. DISPOSITIVO. FALTA DE PROVAS PARA CONDENAÇÃO. ALTERAÇÃO. INTERESSE RECURSAL. REPERCUSSÃO NA ORDEM SOCIAL. FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE PROVAS DA EXISTÊNCIA DO FATO TÍPICO. 1. Não se pode afastar o interesse quando a absolvição ocorrer por insuficiência de provas e, por outro lado, pretenderem os Recorrentes a proclamação da decisão no sentido de não haver prova acerca da existência do fato criminoso. 2. A teor do artigo 935 do Código Civil, vez que, caso fique enfaticamente decidida, no processo penal, a questão relacionada à existência ou inexistência do fato ou sobre quem seja o autor da infração penal, referida decisão poderá influenciar a esfera civil. 3. Além do interesse jurídico, o fato de os RECORRENTES exercerem o cargo de policial rodoviário federal ressoa também na ordem social, e, principalmente, na esfera moral dos mesmos, porquanto é evidentemente distinta a repercussão de uma absolvição por não haver prova da existência do fato (art. 386, II, do CPP) e uma absolvição fundada na insuficiência de provas para a condenação (art. 386, VII, do CPP). (...) 5. Apelações providas.

(TRF2, Segunda Turma Especializada, ACR 7773, Relator Desembargador Federal Marcelo Leonardo Tavares, DJ 06/09/10 - por unanimidade - grifos nossos)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INCISO I, DA LEI 8.137/90. ALTERAÇÃO DE INCISO DA ABSOLVIÇÃO. INTERESSE RECURSAL. FATOS QUE NÃO CONSTITUEM CRIME. APELO PROVIDO. 1. Na hipótese dos autos, vislumbra-se o interesse na pretensão recursal de alteração do fundamento da decisão absolutória na medida em que se mostra mais benéfico ao réu que conste, em suas folhas de antecedentes, o registro de sua absolvição em função da atipicidade do fato que lhe foi imputado (artigo 386, inciso III, do CPP), em vez da mera absolvição por falta de provas (artigo 386, inciso VII, do CPP), que se baseia no princípio do in dubio pro reo. (...) 5. Recurso de apelação provido.

(TRF3, Segunda Turma, ACR 37932, Relator Desembargador Federal Cotrim Guimarães, DJ 06/05/10 - por unanimidade - grifos nossos).

Sem que se adentre no mérito das provas produzidas nos autos, de

plano constata-se que, em verdade, a contribuição feita pela OAS para a manutenção do acervo presidencial não constitui vantagem indevida, ou seja, o tipo penal carece de um de seus elementos objetivos.

Isso porque, os acervos documentais do Presidente da República integram o patrimônio cultural do brasileiro e é expressamente permitida a participação de empresas privadas na manutenção e detenção desses acervos. Vejamos o que diz o artigo 5º da Lei nº 8.394/91:

Art. 5º O sistema dos acervos documentais privados dos presidentes da República terá participação do Arquivo Nacional, Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural (IBPC), Museu da República, Biblioteca Nacional, Secretaria de documentação Histórica do Presidente da República e, mediante acordo, de outras entidades públicas e pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que detenham ou tratem de acervos documentais presidenciais.

Ou seja, a atipicidade da conduta imputada ao Recorrente é patente e não há como se argumentar que não haveria interesse recursal, na medida em que **claramente é mais benéfico ao réu** que conste, em suas folhas de antecedentes, o registro de sua absolvição em função da atipicidade do fato que lhe foi imputado (artigo 386, inciso III, do CPP), em vez da mera absolvição por falta de provas (artigo 386, inciso VII, do CPP), que se baseia no basilar princípio do *in dubio pro reo*.

A possibilidade de reconhecimento da atipicidade material da conduta é **concreta** e apta a refletir reais reflexos na condição jurídica do Recorrente, de modo que de forma alguma deve ser obstado o presente apelo, única via possível para tal discussão.

CAPÍTULO II – DA PRELIMINAR DE COMPETÊNCIA

Justifica-se o presente tópico para evitar imbróglis na distribuição do presente recurso, eis que, conforme se expõe a seguir, em razão de modificação de competência, a relatoria do caso compete ao Min. DIAS TOFFOLI.

Vejamos.

Em fevereiro de 2017, o Ministro EDSON FACHIN, por sorteio, passou a ser o relator dos feitos originários da *Operação Lava Jato* nesse Supremo Tribunal Federal.

Em razão disso, os processos foram redistribuídos por ordem da Presidência da Corte.

Em 25 de abril de 2017, a Colenda Segunda Turma concedeu a ordem no *Habeas Corpus* 140.312, impetrado em favor de João Claudio Genu, condenado pela 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba nos autos da Ação Penal 5030424-78.2016.4.04.7000/PR. Conforme ficou assentado na Certidão de Julgamento, a ordem foi concedida por maioria nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli. Ficaram vencidos o Ministro Celso de Mello e o Ministro EDSON FACHIN, o relator.

Ainda em 25 de abril de 2017, a Colenda Segunda Turma concedeu a ordem no *Habeas Corpus* 136.223, impetrado em favor de José Carlos Costa Marques Bumlai, condenado pela 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba nos autos da Ação Penal 5061578-51.2015.4.04.7000/PR. Conforme ficou assentado na Certidão de Julgamento, a ordem foi concedida por maioria nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli. Ficaram vencidos o Ministro Ricardo Lewandowski e o Ministro EDSON FACHIN, relator.

Em 2 de maio, a Segunda Turma concedeu *Habeas Corpus* para revogar a prisão preventiva de José Dirceu, condenado no âmbito da *Operação Lava Jato* (v. HC 137.728). No julgamento, votaram pela concessão da ordem os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes; foram vencidos o Ministro Celso de Mello e o Ministro EDSON FACHIN, relator.

O voto condutor da maioria foi proferido pelo Ministro Dias Toffoli, que divergiu do relator quanto à questão central do mérito do *writ*: “os pressupostos que autorizam uma medida cautelar devem estar presentes não apenas no momento da sua imposição, como também necessitam se protrair no tempo para legitimar sua subsistência”. Para o Ministro Dias Toffoli, “não há atualidade” – isso foi determinante para a concessão da ordem.

Já o Ministro EDSON FACHIN, novamente vencido, sustentou que “não se está diante de cenário processual ordinário” e que “a imensa lucratividade de condutas desta natureza fortalece, ao menos em tese, a necessidade do emprego de medida cautelar idônea”, pois “enfrentamento diverso [...] seria insuficiente à tutela da ordem pública” (. 12).

Constata-se, então, que o Ministro EDSON FACHIN foi vencido nos julgamentos de três *Habeas Corpus* no âmbito da denominada *Operação Lava Jato*, o que determina a aplicação da regra do artigo 38, inciso II, do Regimento

Interno desse Supremo Tribunal Federal:

“Art. 38. O Relator é substituído:

[...]

II – pelo Ministro designado para lavrar o acórdão, quando vencido no julgamento”

Portanto, **operou-se uma modificação** na relatoria dos casos oriundos da denominada *Operação Lava Jato*, de tal sorte que a competência para este procedimento não é mais atribuível ao Ministro EDSON FACHIN – em função da (repetida) incidência do artigo 38, inciso II, do RISTF –, e sim ao Exmo. Ministro DIAS TOFFOLI, designado para lavrar os acórdãos nos *Habeas Corpus* 137.728, 136.223 e 140.312.

Por isso, é a preliminar para que seja distribuído este Recurso Extraordinário ao Ministro DIAS TOFFOLI, a quem compete a relatoria dos feitos originários da *Operação Lava Jato*, em razão da incidência do artigo 38, inciso II, do RISTF.

Passa-se, assim, à preliminar de repercussão geral, conforme determina o artigo 1.035 do Código de Processo Civil.

CAPÍTULO III – DA PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL

Há três pontos indicados nestas razões que ensejam o acesso a esse Supremo Tribunal Federal pela via extraordinária: a afronta ao *princípio do juiz natural* (artigo 5º, inciso LIII, da CRFB), a inobservância da determinação constitucional de interesse público sobre o patrimônio cultural brasileiro (artigo 216, §1º, da CRFB) e a manifesta violação do *princípio da presunção de inocência* (artigo 5º, inciso LVII, da CRFB).

Nos três pontos controvertidos, há aspecto constitucional ínsito e os interesses transcendem os limites subjetivos deste Recurso Extraordinário.

É o que se passa a demonstrar.

Quanto ao *princípio do juiz natural* (artigo 5º, inciso LIII, da CRFB), viu-se que não foram atendidas as regras objetivas de determinação da competência.

De largada, cumpre que seja desmascarada uma **mentira repetida** mil vezes pelas instâncias originárias.

De modo sistemático, em cada nova fase da denominada *Operação Lava Jato*, a d. Autoridade Coatora justifica sua competência em virtude de suposta *conexão* dos feitos com uma apuração de crime de lavagem consumado em Londrina/PR, sujeito, portanto, à jurisdição daquela Vara Federal. No presente caso não foi diferente.

Contudo, a referida apuração de lavagem consumado em Londrina/PR jamais teve qualquer relação com os desvios relacionados à empresa Petrobras.

Basta que seja realizada uma breve leitura do relatório da ação penal nº. 5047229-77.2014.404.7000 – fundamento utilizado pelo Juízo de piso como sendo a apuração de lavagem consumada em Londrina – para verificar que, em verdade, os recursos utilizados na referida lavagem de dinheiro tinham por origem propina recebida pelo ex-Deputado Federal José Janene, relacionada aos fatos da ação penal nº. 470 do Supremo Tribunal Federal.

Como visto acima, os valores utilizados pelo ex-Deputado Federal José Janene na lavagem de dinheiro operada em Londrina/PR tinham como origem propina relacionada aos fatos apurados na ação penal nº. 470 do Supremo Tribunal Federal!

Jamais houve prova de que o montante utilizado pelo ex-Deputado Federal para investir na empresa Dunel Indústria, localizada em Londrina/PR, tivesse relação com o recebimento de vantagem indevida de contratos de empreiteiras com a Petrobras.

A própria denúncia da ação penal nº. 504722977.2014.404.7000 relaciona tais vantagens indevidas com os fatos apurados na ação penal nº. 470 do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, a realidade é que o d. Juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR sempre teve plena consciência de que não é competente para processar e julgar qualquer das centenas de feitos relacionadas à denominada *Operação Lava Jato*. No entanto, era preciso “criar” algum fundamento para justificar sua competência. Daí, foi pincelado um fato ocorrido em Londrina/PR e, sem maiores preocupações, menciona-se que tal fato tem a

capacidade de gerar uma infinita competência por *conexão*, sem qualquer explicação acerca de sua subsunção às hipóteses do art. 76, incisos I a III, do Código de Processo Penal.

Exa., tal artimanha solapa por completo a garantia que todo cidadão tem de ser julgado pelo *juiz natural* do fato, relativo ao vício de competência da primeira instância de julgamento.

Noutra monta, é importante discernir acerca da própria prevenção para julgamento perante as cortes superiores. Nos autos, há indicação de que, em Conflito de Competência, teria sido estabelecida a prevenção do Ministro FELIX FISCHER para todos os feitos relativos à *Operação Lava Jato*.

Ocorre que essa modificação da relatoria se deu exclusivamente em razão de aspecto regimental, já que o Ministro RIBEIRO DANTAS, que antecedeu o Ministro FELIX FISCHER, foi voto vencido em diversos julgamentos e, por isso, ele mesmo suscitou o Conflito de Competência.

Isto é, não houve, no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 80.087/RS, apreciação da questão central, verdadeiramente relevante: a distribuição por prevenção em razão de dependência de feitos. O Tribunal *a quo* manteve seu foco na questão de prevenção, quando, de fato, o que os RECORRENTES afirmaram foi a inexistência de dependência que justificasse a distribuição por prevenção.

Outrossim, em reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça, manifestou-se que esse Supremo Tribunal Federal ainda não havia decidido a respeito das distribuições por dependência. Trata-se, certamente, de questão de repercussão geral, determinar como se garante o *princípio do juiz natural* em um cenário de complexa atuação jurisdicional, com elevado número de feitos.

Quanto ao *princípio da presunção de inocência* (artigo 5º, inciso LVII, da CRFB), é absolutamente inadmissível a sua franca violação, consubstanciada no brocardo *in dubio pro societate*, que se apresenta como um contrafeito princípio para fundamentar decisões de recebimento de denúncia.

É fundamental discernir o escopo de cognição do Juízo em recebimento de denúncia da regra de valoração de prova. Isto é, dizer que não é verticalmente exauriente a análise de provas no recebimento de denúncia não se confunde com a afirmação de que em tal fase, “vigora” o *in dubio pro societate*.

Aliás, o falso princípio *in dubio pro societate* é eivado de contradição ínsita, pois se baseia na premissa de que o interesse da sociedade é lançar ao processo penal *a qualquer custo*. Todavia, em verdade, o interesse é justamente o de preservar as garantias processuais, entre as quais está o *princípio da presunção de inocência* (artigo 5º, inciso LVII, da CRFB).

Com efeito, *data venia*, já passou do momento desse Supremo Tribunal Federal se debruçar sobre a questão, para rechaçar esse falso princípio que contradiz o *princípio da presunção de inocência*, verdadeiro vetor axiológico de todo o sistema processual penal brasileiro.

Igualmente, há repercussão geral em relação à afronta do v. acórdão recorrido ao artigo 216, §1º, da CRFB, que determina interesse público sobre o patrimônio cultural brasileiro, que é integrado pelos acervos presidenciais. A denúncia contra o RECORRENTE se baseia na versão acusatória de que teria havido vantagem indevida, consistente em pagamento pela armazenagem e preservação de objetos do acervo presidencial de LULA.

A tese central de defesa é pela atipicidade do crime de lavagem de capitais, pois não existiu o crime antecedente de corrupção. Isso porque não é indevida a vantagem consistente em pagamento por manutenção de patrimônio cultural brasileiro, de interesse público por força da Constituição da República.

Assim, transcende os limites subjetivos deste Recurso Extraordinário a necessidade de se determinar quais são os limites do interesse público sobre o patrimônio cultural composto por bens de acervo presidencial. Quais são os parâmetros para as doações de terceiros com o fim de preservar e manter tais acervos?

Certamente, eventual decisão desse Supremo Tribunal Federal a respeito desse ponto garantirá segurança jurídica aos titulares de tais acervos – que, muito embora sejam bens privados, são onerados por limitações ao direito de propriedade, justamente em decorrência da determinação constitucional de interesse público.

Enfrentada, portanto, a preliminar de repercussão geral, passa-se ao mérito.

CAPÍTULO IV – DO MÉRITO. RAZÕES DO PEDIDO.

4.1 - DA FLAGRANTE ATIPICIDADE MATERIAL. NECESSIDADE DE ABSOLVIÇÃO PELO ART. 386, III.

➤ *Afronta ao artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.*

Os acervos privados presidenciais “*integram o patrimônio cultural brasileiro e são declarados de interesse público para os fins de aplicação do § 1º do art. 216 da Constituição Federal*” (art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.394/91), pois constituem “*referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira*” (art. 216, *caput*, da Constituição da República).

De fato, os bens do “*acervo presidencial privado são na sua origem, de propriedade do Presidente da República, inclusive para fins de herança, doação ou venda*” (art. 2º da Lei nº 8.394/91), contudo, a Lei impõe um “*conjunto de medidas e providências a serem levadas a efeito por entidades públicas e privadas, coordenadas entre si, para a **preservação, conservação e acesso** aos acervos documentais privados dos presidentes da República*” (art. 4º da Lei nº 8.394/91). É necessário aclarar que, apesar de a Lei nº 8.394/91 falar em acervo documental, o Decreto nº 4.344/02, que a regulamentou, foi categórico ao estabelecer que não só documentos em sentido estrito compõem os acervos. *In verbis*:

“Art. 3º. Os acervos documentais privados dos presidentes da República são os conjuntos de documentos, em qualquer suporte, de natureza arquivística, bibliográfica e **museológica**, produzidos sob as formas textual (manuscrita, datilografada ou impressa), eletromagnética, **fotográfica, filmográfica, videográfica, cartográfica, sonora, iconográfica, de livros e periódicos, de obras de arte e de objetos tridimensionais.**”

(Decreto nº 4.344, de 26 de agosto de 2002) (grifamos)

Logo, é amplo o “*interesse público*” (art. 3º da Lei nº 8.394/91) sobre os acervos presidenciais, pois esses constituem “*patrimônio cultural brasileiro*” (art. 216, §1º da CRFB).

Ao longo de seus dois mandatos na Presidência da República, Lula recebeu, presentes, doações, prêmios e comendas que acabaram por ocupar dez contêineres. Em janeiro de 2011 deixou a presidência e, naturalmente, procurou preservar o inestimável patrimônio cultural. Diante da grandeza do acervo,

contou com o presidente do Instituto Lula, ora Recorrente, que enviou os bens à empresa GRANERO, onde foram depositados em instalações apropriadas. Passado o primeiro momento, o Recorrente solicitou à OAS que contribuísse com as elevadas despesas de preservação do colossal acervo. Daí, os pagamentos realizados pela OAS ao depositário, a GRANERO.

O Recorrente foi denunciado pelo MPF pela suposta prática do crime de lavagem de capitais (art. 1º c/c art. 1º §4º, da Lei nº 9.613/98), que teria sido cometido em continuidade delitiva entre 01/01/2011 e 16/01/2016. A acusação aduziu que o Presidente Lula, Léo Pinheiro e o Recorrente “*dissimularam a origem, a movimentação e a disposição de R\$ 1.313.747,24 provenientes dos crimes [...] praticados pelos executivos da CONSTRUTORA OAS, em detrimento da Administração Pública Federal [...], por meio de contrato ideologicamente falso de armazenagem [...] o qual se destinava na verdade a armazenar bens pessoais de LULA, firmado com a empresa GRANERO TRANSPORTES LTDA*”.

Apesar do que dispõem o art. 216 da CRFB, a Lei nº 8.394/91 e o Decreto nº 4.344/02, o MPF não hesitou em afirmar que “[...] PAULO OKAMOTTO, agindo **no interesse do ex-Presidente da República**, recorreu àquela empresa [OAS] para pagar a armazenagem dos referidos bens” (fl. 133. Grifamos). Isto é, preferiu ignorar que a preservação do acervo é de interesse público e atende aos interesses da Administração Pública Federal, ao contrário do que se afirmou.

A acusação insistiu que “LULA, com a participação de PAULO OKAMOTTO e de LÉO PINHEIRO, entre 01/01/2106 e 16/01/2016, recebeu indiretamente do Grupo OAS aquele valor, por meio do pagamento, por esse grupo, mediante a assinatura de um contrato fraudulento, da armazenagem de bens no interesse do ex-Presidente da República” (sic in fl. 08). Para fundamentar a autoria, alegou que “isso aconteceu por meio da atuação de PAULO OKAMOTTO, então presidente do INSTITUTO LULA [...]” (fl. 132).

Por fim, a denúncia é até mesmo contraditória, pois ora afirma que o Recorrente concorreu para “*dissimul[ar] a natureza, origem, localização, disposição e movimentação de R\$1.313.747,24, bem como ocult[ar] o real beneficiário dessa quantia*” (fl. 137 – . 02); ora que “*recebeu indiretamente do Grupo OAS aquele valor*” (fl. 08) e que “*a OAS também repassava vantagens indevidas a LULA*” (fl. 132).

Direto ao ponto: não se está a debater a tresloucada proposição da acusação, que sugeriu ter existido um *megaesquema* de corrupção em que o Presidente Lula seria o *comandante máximo* de uma *propinocracia* (sic). Só há uma questão a ser apreciada no julgamento do presente *writ*: a **inexistência vantagem**

indevida no pagamento das despesas de preservação de acervo presidencial, por empresa privada, que afasta o crime de lavagem.

De início, é necessário ter claro que não procede a alegação de que os bens teriam sido “armazenados em benefício de LULA [...]” (fl. 136). Isso porque, apesar de serem bens do Presidente Lula, “*integram o patrimônio cultural brasileiro e são declarados de interesse público*” (art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.394/91), pois constituem “*referência à identidade [...] da sociedade brasileira*” (art. 216, *caput*, da CRFB).

Portanto, a ausência de vantagem em favor de Lula “*por meio de pagamento de contrato de armazenagem de bens junto à GRANERO*” (fl. 132) faz cair por terra a versão acusatória de que “*recebeu indiretamente do Grupo OAS*” (fl. 08). Noutras palavras: o benefício que houve foi em favor da Administração Pública Federal, pois é seu o interesse na preservação do acervo.

O crime antecedente ao de lavagem, imputado ao Recorrente, seria o de corrupção passiva do art. 317 do CP, que ostenta a *vantagem indevida* como inarredável elemento objetivo do tipo. Para o MPF, a vantagem indevida teria sido tão somente a **preservação do acervo** e isso, como se viu, **não é vantagem indevida e tampouco se deu em favor de Lula, já que os bens “integram o patrimônio cultural brasileiro e são declarados de interesse público” (art. 3º, caput, da Lei nº 8.394/91)**. Disso, decorre que a imputação do crime de lavagem de capitais ao Recorrente não subsiste, pois lhe falta o elemento objetivo da infração penal antecedente.

Para chegar a tal conclusão, o MPF considerou que os pagamentos das parcelas relativas ao depósito do acervo presidencial à GRANERO pela OAS implicariam na ocorrência do delito de lavagem de capitais, com o fim de branquear valores originados em crime anterior de corrupção.

Neste particular, salienta-se que não há indícios consistentes da existência de um caixa geral de propina e, menos ainda, do conhecimento do RECORRENTE acerca desse suposto esquema de corrupção, por hipótese concretizado quando Lula ainda era Presidente.

Sucedede que, mesmo admitindo-se o contrário, apenas por amor ao debate, ainda assim o delito anterior não subsistiria e, conseqüentemente, o mesmo ocorre com o de lavagem de capitais.

Vejamos.

O art. 317, do Código Penal, ao tipificar o delito de corrupção passiva, exige que o funcionário público solicite ou receba (sendo este último o verbo típico incidente no caso) **vantagem indevida**:

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.

Ora, ocorre que, no presente processo, a contribuição feita pela OAS para a manutenção do acervo presidencial não constitui vantagem indevida, ou seja, o tipo penal carece de um de seus elementos objetivos.

Isso porque, conforme o art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.394/91, apesar de serem propriedade do Presidente, os acervos documentais “*integram o patrimônio cultural brasileiro e são declarados de interesse público*”, pois constituem “*referência à identidade [...] da sociedade brasileira*” (art. 216, *caput*, da CRFB).

E mais: tanto o art. 1º, parágrafo único, quanto o art. 5º, da Lei, permitem, mediante acordo, a participação de empresas privadas na manutenção e detenção desses acervos, acordo esse intermediado, justamente, pelo RECORRENTE.

Alegou o MPF, em seus memoriais, que

“Não se pretende discutir a natureza dos bens pertencentes ao acervo documental privado do ex-Presidente Lula. Essa questão, em verdade, pouco importa para a análise dos atos perpetrados pelos denunciados e para o enquadramento típico de suas condutas”. (fls. 313)

Pois não só importa, sim, a natureza do acervo presidencial, como ela é extrema relevância para o caso em análise. O caráter histórico, cultural e documental do acervo é a exata razão pela qual ele é considerado patrimônio cultural brasileiro, dotado, conseqüentemente, de interesse público. E, assim sendo, permite-se a atuação de entidades privadas no sentido de preservá-lo, conforme dispõe a lei.

A afirmação ministerial de que “*pouco importa*” essa natureza parece querer ignorar as disposições legais apenas para criar, a qualquer custo, uma justificativa que torne ilícito o apoio institucional realizado pela OAS.

Contudo, considerando o texto legal, não só não é indevida a suposta vantagem, tendo em vista que a própria lei autoriza a contribuição de entidades privadas ao acervo presidencial, como também é ausente a vantagem em favor do ex-Presidente. Diz-se isso, pois, sendo de interesse público e integrante do patrimônio cultural brasileiro, o acervo e sua preservação são de interesse da própria Administração Pública Federal. A contribuição da OAS, portanto, acaba por constituir benefício, em última análise, em favor da própria União.

Dessa forma, não tendo sido a vantagem revertida a Lula, mas sim à própria Administração, e não sendo ela indevida, já que expressamente permitida pela lei, não há que se falar no delito de corrupção, por ausência, como dito, de um de seus elementos objetivos.

Recorda-se, no mais, que a afirmação de que o contrato firmado entre a OAS e a GRANERO seria ideologicamente falso também não deve prosperar. Em fase de instrução, a testemunha Emerson Granero esclareceu as circunstâncias do contrato de depósito dos objetos que compõem o acervo presidencial de Lula e afastou a insistente compreensão da acusação no sentido de que teria envolvido intenções ilícitas:

[ADVOGADO DO RECORRENTE] “O Paulo Okamoto comentou com o senhor ou com alguém da Granero que estava procurando apoiadores, financiadores de alguma forma algum apoio, para manter esse acervo lá?”

[TESTEMUNHA EMERSON GRANERO] “Ao longo do mês janeiro de 2011, já com os serviços contratados inicialmente pelo primeiro contrato, ele me procurou e disse que não tinha verbas para arcar; para o instituto arcar com todo valor do contrato e que estava procurando apoiadores; se poderia contar com nossa paciência e então dentro de algumas semanas, ele achava alguma empresa apoiadora. (0:07:53)

Eu disse que tudo bem, que aguardaria o contato e alertei que caso isso acontecesse nós precisaríamos fazer um novo contrato. Apenas isso. E foi o que aconteceu. Passadas algumas semanas – não me lembro exatamente quantas semanas, mas algumas semanas – ele voltou a entrar em contato e disse: ‘Olha, já identifiquei uma empresa apoiadora. Entrará em contato com vocês algum executivo da Empresa OAS.’” (0:08:18)

[...]

[ADVOGADO DO RECORRENTE] “O senhor disse que o Paulo Okamoto mencionou que alguém entraria em contato para pagar a estocagem...”

[TESTEMUNHA EMERSON GRANERO] “Posso elucidar esse ponto?”

[ADVOGADO DO REQUERENTE] “Pode.” (0:10:05)

[TESTEMUNHA EMERSON GRANERO] “Muito bem: o senhor Paulo Okamoto nos comunicou, acho que foi no final de janeiro, começo de fevereiro, não me recordo exatamente – ele voltou a mim: ‘Olha, identifiquei uma empresa, que será apoiadora – a empresa OAS – e vai lhe procurar um executivo da empresa’.
(0:10:27)

Ele me deu o nome na época...acho – ‘acho’ não, tenho certeza. Era o Mateus Coutinho – passados um ou dois dias ele entrou em contato comigo, o Mateus Coutinho, foi visitar a empresa; a sede da Granero; eu o recebi na Granero, conversamos sobre o contrato, mostrei para ele a área, tudo, onde estavam as coisas e tal. (0:10:48)

Agradei, mostrei os termos já negociados anteriormente com o Sr. Paulo Okamoto, já tínhamos feito ali alguma concessão e ele concordou, ele ratificou que era uma empresa apoiadora do Instituto Lula.(0:11:03)

Passados alguns dias, acionei uma área interna nossa, que elabora os contratos, passei os dados cadastrais que ele me mandou, da OAS, para aquele contrato, – ‘Pessoa de Contato’ – que no caso seria ele, o responsável pelo pagamento e pelo recebimento da fatura e do documento fiscal. (0:11:24)

E mandei redigir o contrato. Sobre o contrato é padrão que nós temos, pré-cadastrado no sistema. Então, nós lhe demos um contrato para pessoa jurídica, só colocamos os dados cadastrais, eu assinei e mandei colher a assinatura dele.”
(0:11:40)

[ADVOGADO DO REQUERENTE] “Então, o que está escrito ali, ‘material de escritório’ e etc, era o contrato padrão da Granero.”

[TESTEMUNHA EMERSON GRANERO] “Para pessoa jurídica sim.”

Ou seja, a menção a “materiais de escritório” constante no contrato refere-se a redação padrão utilizada pela empresa GRANERO quando da

estipulação de contratos com pessoa jurídica. Fica evidente, com isso, que não houve qualquer intenção de encobrir o real objeto do acordo, até porque sem motivos, já que lícita a contribuição de empresas privadas à manutenção do acervo.

Além disso, é preciso recordar que, para a ocorrência do delito de falsidade ideológica “*é mister que a declaração falsa constitua elemento substancial do ato ou documento (...) uma simples mentira, (...), etc., não constituirão.*”¹

Em outras palavras, mera irregularidade - caso assim seja interpretada a redação modelo utilizada pela GRANERO - na descrição do objeto do contrato não é capaz de alterar seu teor, de criar obrigação indevida ou de encobrir atitude ilícita, tendo em vista que esse tipo de doação é legalmente autorizada. É, portanto, “um dado supérfluo, inócuo, indiferente.”²

Afirma, ainda, a acusação que o pagamento das parcelas do depósito não poderia ser considerado doação, na medida em que não declarado.

Ora, em primeiro lugar, temos que tal pagamento foi feito diretamente da OAS à GRANERO, através de boletos, de forma que não foram valores que, em algum momento, adentraram o caixa do Instituto Lula, razão pela qual seria inviável sua declaração nos livros contábeis do Instituto.

Por outro lado, ainda que se falasse em necessidade de declaração fiscal da doação, fato é que os valores mensais pagos pela OAS encontravam-se dentro do montante abarcado pela isenção do ITCMD, conforme Lei nº. 10.705/00.

De qualquer forma, a testemunha Emerson Granero, naquele mesmo depoimento, afirma serem extremamente comuns situações em que empresas privadas fazem pagamentos diretamente à GRANERO em favor de ONGs e instituições.

Nesse mesmo teor foi o interrogatório de José Adelmário Pinheiro Filho (Léo Pinheiro), segundo o qual o pagamento se deu como doação ao Instituto Lula, sem qualquer relação à suposta conta de Vaccari, mencionada em outras investigações, ou qualquer contrapartida por parte do ex-Presidente;

¹ NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**, 1995, v. IV, p. 163.

² REALE JUNIOR, Miguel. **RT 667/250**.

O corréu foi categórico ao afirmar que **não foi solicitada qualquer contrapartida ou benefício** à OAS em razão desse pagamento à GRANERO, correspondente às despesas de armazenagem do acervo presidencial. No mais, a respeito de intenção ulterior que o réu Léo Pinheiro pudesse vir a ter, essa era pessoal e não verbalizada, não podendo ser imputada ao RECORRENTE, portanto.

Assegurou o interrogado, ainda, que **não achou e que continua não achando que houve ilicitude ou vantagem indevida nesse pagamento.**

Fica evidente, com isso, o caráter lícito das contribuições prestadas pela OAS em favor do Instituto Lula, não sendo as alegações ministeriais a respeito de suposta falsidade ideológica do contrato e da ausência de declaração dos valores argumentação suficiente a contrariar tal caráter.

Nesse sentido versa o preciso entendimento do Exmo. Des. Leandro Paulsen, que exarou voto-vencido nos autos do HC 5042023-62.2016.4.04.0000, reconhecendo a carência de justa causa para o exercício da ação penal:

“Mas a configuração desse depósito como pagamento de propina e mesmo a sua interpretação como fruição de propina se choca com o regime jurídico aplicável ao acervo presidencial. A Lei 8.394/91 assim dispõe a respeito:

(...)

Tanto Ministério Público Federal como defesa afirmam em uníssono que os bens localizados no interior do depósito sub judice consiste em parcela do acervo documental e museológico privado do ex-Presidente da República, o que, segundo a lei acima reproduzida, integra o patrimônio cultural brasileiro e ostenta interesse público. Mais: **a Lei 8.394/91 autoriza expressamente que a manutenção do acervo seja subsidiada por recursos privados, inclusive assegurando a possibilidade de que a respectiva pessoa jurídica ou física solicite apoio público na forma de financiamento derivado de recursos oriundos do orçamento.**

Como se vê, o INSTITUTO LULA poderia ter buscado recursos diretamente dos cofres públicos para manutenção do depósito junto à GRANERO sem que tal fato consistisse em qualquer ilegalidade. Entretanto, os recursos em questão derivaram exclusivamente dos cofres da OAS, prestando-se a promover **fim lícito, notadamente**

a manutenção do acervo presidencial. Assim, não há ocultação ou dissimulação de patrimônio apta a configurar sequer em tese o crime de lavagem de capitais. Feitas tais ponderações acerca da licitude da conduta, resta averiguar o alegado vício na descrição do objeto entabulado entre OAS e GRANERO.

A Lei 8.394/91 por duas vezes afirma que a participação de entidades privadas na manutenção do acervo presidencial far-se-á mediante 'acordo'. O Decreto 4.344/02 nada dispõe acerca da forma pela qual tal acordo deve ser entabulado, mas apenas pontua que a adesão ao Sistema de Acervos Documentais Privados dos Presidentes da República far-se-á por meio de termo específico em que, além de vedar a alienação dos objetos reclamará compromisso da entidade em preservá-los e conservá-los (art. 6º). Pelo que consta nos autos e que foi declarado por todas as partes, inclusive pelo Ministério Público Federal, o acordo se deu entre INSTITUTO LULA, representado por PAULO OKAMOTTO, e construtora OAS, representada por LÉO PINHEIRO por intermédio de contatos pessoais e telefônicos. Não há indicativo de que o pacto tenha sido formalizado por intermédio de algum instrumento solene, mas, ainda assim, a existência do ajuste para manutenção do acervo é incontroversa entre os litigantes.

O único contrato formal estabelecido é o próprio contrato de depósito celebrado entre OAS e GRANERO, onde resta ajustada a locação do espaço para guarda de acervo da própria empreiteira. No contrato entabulado entre OAS e GRANERO (Evento 03, COMP269, da Ação Penal nº 50465129420164047000), consta: Armazenagem de Materiais de Escritório e Imobiliário Corporativo de Propriedade da Construtora OAS LTDA. O Ministério Público Federal afirma que a informação em questão é manifestamente falsa, porquanto os objetos guardados no local integravam o acervo do ex-Presidente LULA. A conclusão de que os bens guardados no local integravam o acervo do ex-Presidente LULA, como bem ponderou o Juízo de origem, é incontroversa. Desde a primeira oitiva de OKAMOTTO (Evento 03, COMP275, Ação Penal nº 50465129420164047000) e dos demais envolvidos na seara policial, as partes afirmam e reafirmam que no local estava armazenada parcela do acervo presidencial. A capacidade financeira do INSTITUTO LULA para arcar com tal despesa, sobre o que controvertem OKAMOTTO e o MINISTÉRIO PÚBLICO, é irrelevante.

Mas, ainda que o objeto contratual entabulado entre GRANERO e OAS não tenha feito referência expressa ao acervo presidencial, tal irregularidade, por si só, não evidencia crime de lavagem de dinheiro, considerando-se a legalidade da participação do setor privado na manutenção do

acervo presidencial.

De tudo que foi exposto acerca do objeto do contrato entabulado entre GRANERO e OAS concluo: (a) o acervo presidencial constitui patrimônio cultural e, por expressa determinação legal, é de interesse público; (b) a manutenção do acervo presidencial por entidade privada é legítima, porquanto encontra amparo legal; (c) o INSTITUTO LULA poderia ter buscado o custeio do depósito junto à própria União, o que infirma a assunção privada das respectivas despesas como vantagem indevida de objeto proveniente de crime; (d) a ausência de referência ao acervo presidencial no contrato entabulado entre a OAS e a GRANERO constitui mera irregularidade incapaz de fazer do seu objeto uma prática ilícita ou dissimuladora da origem do produto de crimes; (e) o objeto do contrato, guarda do acervo presidencial, nunca foi negado pelas partes, assim como é facilmente perceptível através da análise conjunta dos documentos que o antecederam por terem sido expressamente relacionados ao INSTITUTO LULA (requisição de orçamento, orçamento e aceite do depósito).

Ademais, especificamente quanto ao paciente OKAMOTTO, deve-se observar que, na qualidade de Presidente do INSTITUTO LULA, e com a responsabilidade de zelar pela manutenção do acervo do Presidente, o fato de recorrer ao apoio privado para tanto, quando a legitimidade dessa participação era expressamente prevista em lei, não traz elemento indiciário da sua adesão à prática de lavagem de dinheiro.

De tudo que foi exposto, chego à conclusão de que a denúncia não traz elementos indiciários da prática de lavagem de capitais.

Desse modo, ante a **ausência de justa causa** para a persecução criminal por lavagem de capitais quanto ao armazenamento de bens do acervo do ex-Presidente da República, a ação criminal deve ser trancada quanto PAULO OKAMOTTO e, forte no art. 580 do CPP, também em relação aos réus LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA e JOSÉ ADELMÁRIO PINHEIRO FILHO.”

(Voto-vencido do Des. Federal Leandro Paulsen no acórdão Habeas Corpus nº. 5042023-62.2016.4.04.0000/PR do TRF4.)

É também nesse sentido o parecer do Ministério Público Federal, que opinou pelo provimento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 80.087 do STJ, cujo objeto era exatamente o reconhecimento de atipicidade da conduta imputada ao Recorrente. *Ipsis litteris*:

“Pela atipicidade da conduta – ausência de preenchimento do tipo ‘vantagem indevida’, havendo expressa previsão legal da possibilidade de que pessoas físicas/ empresas privadas possam se interessar na preservação da memória relativa ao período do Estado Brasileiro – passível de avaliação o aspecto sendo determinante para a análise da figura típica.

Considerando ser o acervo documental e museológico de ex-Presidente da República de propriedade privada com possibilidade de sucessão, doação ou venda (Lei nº 8.394/91 – art. 2º), no último caso, com direito de preferência da União (Lei nº 8.394/91 – art. 3º); podendo ser criada instituição mantenedora “privada” que poderá arcar com os custos necessários à manutenção do acervo (Lei nº 8.394/91 – art. 14); extinta a instituição mantenedora, os documentos serão transferidos para a guarda da União (Lei nº 8.394/91 – art. 16); não havendo indicação que tal acervo de bens possa se referir àqueles bens a que se refere o Decreto nº 4.344/2002 (art. 3º, Parágrafo único) – há de prevalecer o interesse público para justificar a participação de empresa privada para colaborar na sua manutenção.

(...)

Nessa medida, se incontroversa a propriedade privada dos bens, **não se há de falar por exemplo em falsidade do contrato** (contrato com a GRANERO firmado com a OAS por dizer respeito expressamente a “ARMAZENAGEM DE MATERIAIS DE ESCRITÓRIO MOBILIÁRIO CORPORATIVO DE PROPRIEDADE DA CONSTRUTORA OAS LTDA.”).

Incontroverso tratar-se de contrato de depósito tendo por referência Orçamento nº 14.895 (e- fl. 163- Item 258 da Denúncia). Previamente existente solicitação por PAULO OKAMOTO de orçamento (e- fl. 162 – Item 257 da Denúncia).

Considerando a não existência no País do chamado Decreto “Autônomo” e que não poder haver determinação fora da lei em sentido estrito para criação de obrigação – possível admitir, como feito no Voto Vencido, que na finalidade da Lei nº. 8.394/91, sem questionamento de natureza penal, poderia haver o depósito dos bens enquanto mero contrato de depósito.

São amplas, como se vê, as provas carreadas aos autos que permitem demonstrar a licitude das contribuições feitas pela OAS ao Instituto Lula, por meio do pagamento das parcelas de depósito de parte do acervo presidencial à GRANERO.

Repita-se, pois, que, sendo o acervo patrimônio cultural e contando com interesse público, sua manutenção é de interesse da própria Administração Pública e, tanto é assim que a lei permite que entidades privadas contribuam para a conservação desse acervo. Foi exatamente o que ocorreu no caso, em que, por meio de doações, acordadas entre Léo Pinheiro e o RECORRENTE, a OAS contribuiu com os custos de seu depósito.

A licitude da prática pode ser auferida, inclusive, do depoimento em juízo do ex-Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, no dia 09 de fevereiro de 2017. Neste, a testemunha relata a exata forma com a qual ex-Presidentes conservam acervos presidenciais.

Veja-se:

O SR. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO – Existe uma lei que determina isso – e uma regulamentação que eu fiz. Quem é a autora real da lei vai ser inquirida aqui, é a Danielle Ardaillon. Essa senhora trabalhou comigo não sei quanto tempo. Eu não vou dizer porque ela não vai gostar muito, mas uns 40 anos. Eu era amigo do marido dela. (0:06:42)

Bem, ela que pode dizer com mais propriedade.

Pela lei, aquilo que o presidente recebe pertence ao seu acervo pessoal e tem interesse público. É uma lei um pouco ambígua, porque inclusive dispõe que o presidente pode eventualmente vender os objetos, mas eles são de interesse público. (0:07:06)

[...]

Lá era feita a separação. Por exemplo, cartas de populares são centenas de milhares. E isso, aliás, era um problema a ser resolvido. **Pela lei, o acervo era público de interesse pessoal, só que não tem apoio financeiro nenhum.** (0:07:48)

O presidente que sai, ele não tem aposentadoria, não tem nada; e tem quatro assessores; quatro seguranças – (TRECHO ININTELIGÍVEL) – você não tem um local para por e você tem que cuidar desse acervo. (0:07:58)

O que tem resolvido isso mais facilmente é a Lei Rouanet. **E como o acervo é de interesse público, você apela a (TRECHO ININTELIGÍVEL) para que possa mantê-lo; é obrigado a mantê-lo mas não tem os meios para mantê-lo.** (0:08:13)

Essa é a situação.

(Depoimento em juízo do ex-Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, no dia 09 de fevereiro de 2017.)

De forma ainda mais clarividente, o ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso relatou ao Juízo todo o procedimento relativo à conservação do acervo recebido pela Presidência. É de se fazer ressaltar a exatidão de termos entre o relatado pela testemunha e o *modus operandi* que o Ministério Público Federal faz uso para imputar os delitos da denúncia ao defendente.

Vejamos:

O SR. CRISTIANO ZANIN – Presidente, respondendo à pergunta do defensor do Paulo Okamoto, o Senhor descreveu o procedimento da coleta desses bens que vão integrar o acervo e posteriormente a entrega desse acervo quando o presidente deixa o cargo. (0:00:35)

Pelo que entendi, o senhor descreveu que ao longo do mandato o **senhor recebia cartas, recebia objetos, enfim, documentos e isso ia para um setor de um órgão público e fazia o armazenamento, depois a catalogação e só ao final do mandato é que o senhor recebeu todo esse acervo. É isso, Sr. Presidente?** (0:01:06)

O SR. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO – **É isso, sim senhor. Exatamente isso.**

(Depoimento em juízo do ex-Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, no dia 09 de fevereiro de 2017.)

Com isso, não configurado o delito anterior de corrupção, já que ausente a “vantagem indevida” exigida pelo tipo como um de seus elementos constitutivos, também não subsiste o delito de lavagem de capitais, o qual depende especificamente do primeiro.

Não há que se falar que não se exige prova concreta do delito anterior, como pretendeu a acusação, para que se condene pela lavagem de dinheiro. Se este último crime ocorre, justamente, com o fim de branquear capitais provenientes de outro ilícito, então este último deve estar cabalmente comprovado. Do contrário, presumir-se-ia a culpa do acusado, o que viola

frontalmente o princípio da presunção de inocência, tema já discorrido no início das presentes alegações.

De toda forma, não há qualquer demonstrativo nos autos de que esse pagamento específico realizado pela OAS à GRANERO em favor do Instituto Lula teria sido proveniente da corrupção anterior que se alega.

Já se expôs que não existiu qualquer tipo de falsidade a macular o contrato firmado entre as empresas, bem como ser comum esse tipo de doação por empresas privadas. Sendo assim, não há qualquer afirmação ministerial que faça prosperar a tese de que esse pagamento seria fruto de corrupção.

Entretanto, na remota hipótese de que o exposto seja interpretado de maneira diversa, é de se notar que o delito de lavagem de dinheiro carece de outro elemento essencial à sua configuração, conforme se demonstrará a seguir.

O tipo penal em referência estabelece:

“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.”

Apesar de não estar expresso na redação do dispositivo, doutrina e jurisprudência convergem ao reconhecer que, **para a configuração desse tipo penal, é preciso que haja o intuito específico de reintroduzir os valores na economia com a aparência de licitude.**

É cristalina a lição de PIERPAOLO CRUZ BOTTINI e de GUSTAVO BADARÓ:

“(…) ainda que o delito esteja consumado desde a fase inicial de ocultação, há um elemento subjetivo que permeia todas as etapas do crime em tela: a vontade de lavar o capital, de reinseri-lo na economia formal com aparência de licitude. Em outras palavras, ainda que no plano objetivo seja suficiente a mera ocultação dos bens para a caracterização da lavagem de dinheiro, na esfera subjetiva sempre será necessária a intenção de reciclar os bens, o desejo de completar o ciclo da lavagem”³.

³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 25.

Ora, não foi o que ocorreu no caso em apreço. Ainda que se considere que houve corrupção anterior – o que já foi demonstrado não existir – o pagamento das parcelas referentes ao depósito do acervo presidencial não tem o condão de branquear valores supostamente advindos dessa corrupção.

Isso porque houve a utilização direta do dinheiro, sem que esse passasse por um processo de reciclagem, a fim de reintroduzi-lo na economia com aparência de licitude. Se, em tese, os valores pagos pela OAS advinham de vantagem indevida, então sua destinação à GRANERO em favor do ex-Presidente representaria mero exaurimento da corrupção.

Em outras palavras, para que o delito de lavagem ficasse configurado, seria necessário que tais valores fossem investidos em negócio distinto, apto a conferir-lhes aspecto lícito. Havendo, ao contrário, apenas o uso do proveito econômico proveniente do alegado esquema de propinas, não há a ocorrência de novo delito, mas tão somente se exaure, como dito, a corrupção.

Assim, inexistindo esse elemento subjetivo que condiciona a configuração do crime de lavagem de capitais, a conduta, mais uma vez, é atípica.

Finalmente, em alegações finais, a acusação apontou para a ocorrência de dolo eventual do Requerente por não ter aplicado políticas de *Know your Customer* no tocante à OAS, de modo que teria assumido o risco de produzir o resultado delitivo.

Tal argumento beira o incrível.

A ideia de técnicas de *Know your Customer* apenas adentrou o ordenamento brasileiro quando da entrada em vigor da Lei n. 12.683/12. O acerto da doação com a OAS para a manutenção do acervo na GRANERO, contudo, deu-se em final de 2010 e início de 2011, ou seja, antes da promulgação da referida lei. Assim, não se pode fazer retroagir norma em prejuízo do acusado, sob pena de violação da legislação penal, razão pela qual não há que se falar em dolo eventual por esse motivo.

Ante o demonstrado, percebe-se a necessidade de absolvição do RECORRENTE pela atipicidade material da conduta imputada, a uma, pois o pagamento realizado pela OAS não constitui vantagem indevida – ao contrário, é permitido pela lei –, fazendo inexistir o crime anterior de corrupção e, conseqüentemente, como condição objetiva do tipo, também o de lavagem de capitais. A duas, pois este último delito carece também de elemento subjetivo, qual seja, a intenção de reinserir os valores na economia com aparência de licitude, o que aponta, novamente, para a atipicidade da conduta. **É dizer, a manutenção da decisão é afrontar o princípio da reserva legal, desrespeitando a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXIX.**

4.2 DA ABSOLVIÇÃO POR NÃO CONSTITUIR O FATO INFRAÇÃO PENAL (ART. 386, III, DO CPP).

➤ *Afronta ao artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal*

A imputação penal ao Recorrente não tem razão de existir.

Isso porque, em que pesem os argumentos lançados pelo *Parquet*, que busca convalidar a íntegra da exordial acusatória cujo mérito foi recusado pelo d. Juízo de piso, a realidade é que a instrução processual demonstrou a improcedência das acusações que recaíam sobre o ora Recorrente.

De fato, apesar das muitas laudas dedicadas (novamente) a acusar Paulo Okamoto, sua absolvição deve prevalecer como medida de Justiça – **no mínimo**, como colocou o Sr. Juiz Federal Sérgio Moro, pelo fato de que “*não há prova de que ele envolveu um crime de corrupção ou de lavagem, motivo pelo qual devem ser absolvidos desta imputação*” (evento 948, p. 167).

Mais a mais, alternativamente, há a necessidade de se alterar a fundamentação legal para tanto, da hipótese prevista no art. 386, VII, do CPP, para absolver o RECORRENTE por não constituir o fato infração penal, nos termos do art. 386, III, do CPP.

A alteração não é meramente simbólica.

Como se demonstrou, o fato é atípico, bem como, todas as provas testemunhas produzidas em juízo corroboram a inocência do RECORRENTE, **em que pese diversas provas tenham sido requeridas e indeferidas pelo d. Juízo de piso.**

Conforme a lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

“Com efeito, na absolvição por falta de provas (*in dubio pro reo*), a opção é dada pela própria lei, em face de não ter o juiz - e a acusação - produzido provas capazes de fundar um juízo condenatório. E tanto é vero o acerto que a sentença absolutória, na hipótese, passa em julgado materialmente. Destarte, a regra é que a atividade jurisdicional de acerto dos casos penais é indeclinável.”⁴

Destarte, o dispositivo do inciso VII, do art. 386 do CPP é inconstitucional, pois subverte o princípio da inocência.

Ora, se a solução é *in dubio pro reo*, não pode sobre ele pesar a eterna dúvida sobre a sua inocência.

É dizer que a ausência como falta ou insuficiência, bem como provas no sentido contrário, produzidas em favor da defesa, não devem ser interpretadas como um favor para o acusado e sim como consequência da improcedência da acusação, a qual detinha o ônus probatório.

De tal sorte, o r. fundamento legal é resquício de legislação ultrapassada, incompatível com o sistema acusatório introduzido com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, razão pela qual se deve afirmar que não foi recepcionado pela ordem constitucional vigente, pois não está dirigida à tutela do estado de inocência, e sim à repressão do delito.

Portanto, o fundamento legal empregado na sentença pelo d. Juízo de piso ofende o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CRFB/1988).

A doutrina processualista se posiciona no sentido de atestar que a absolvição por falta de prova não é *favor rei*:

“VI – não existir prova suficiente para a condenação. Aqui não se trata de um favor rei. Que favor estaria o Juiz fazendo ao réu absolvendo-o por falta de prova? Para que o juiz possa proferir um Decreto condenatório é preciso haja prova da materialidade delitiva e da autoria. Não havendo, a absolvição se impõe. Evidente que a prova deve ser séria, ao menos sensata. Mais ainda: prova séria é aquela colhida sob o crivo do contraditório. Na hipótese de na instrução não ter sido feita

⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução Aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba, n. 28, p. 109-138, 1999.

nenhuma prova a respeito da autoria, não pode o Juiz louvar-se no apurado na fase inquisitorial presidida pela Autoridade Policial. Não que o inquérito não apresente valor probatório; este, contudo, somente poderá ser levado em conta se na instrução surgir alguma prova, quando, então, é lícito ao Juiz considerar tanto as provas do inquérito quanto aquelas por ele colhidas, mesmo porque, não fosse assim, estaria proferindo um decreto condenatório sem permitir ao réu o direito constitucional do contraditório. Idem se as únicas provas colhidas forem as palavras de co-réus. É possível até tenham eles razão, mas nem por isso deverão suas palavras se sobrepor ao preceito constitucional que exige regular contraditório. [...] Uma condenação é coisa séria; deixa vestígios indelévels na pessoa do condenado, que os carregará pelo resto da vida como um anátema. Conscientizados os Juízes desse fato, não podem eles, ainda que, intimamente, consideram o réu culpado, condená-lo, sem a presença de uma prova séria, seja a respeito da autoria, seja sobre a materialidade delitiva.”⁵

Até a mais retrógrada doutrina em matéria criminal reconhece tal fato, como se demonstra:

“Princípio do estado de inocência e a insuficiência de provas. Cremos que o art. 5º, LVII, da CF, que instituiu o princípio segundo o qual o réu, enquanto não transitada em julgado a sentença condenatória, deve ser considerado inocente, revogou o inc. VI do art. 386 do CPP. Se a acusação se propõe a provar um fato e, ao término da instrução, paira ‘dúvida razoável’ sobre a sua existência, ‘não pode ser tido como provado’, *i. e.*, deve ser considerado inexistente, não provado [...] Da forma como consta do inciso, porém, dá o texto a entender que há prova no sentido da ocorrência do fato, só que insuficiente para a condenação.”⁶

Por conseguinte, de rigor a alteração do fundamento legal para absolver o RECORRENTE **por não constituir o fato infração penal (art. 386, III, do CPP)**, sob pena de afronta ao princípio constitucional da reserva legal (art. 5º, XXXIX, CRFB/88).

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 846-847.

⁶ JESUS. Damásio E. de. **Código de Processo Penal Anotado**. 8ª ed., atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 225.

4.2 - DA OFENSA AO JUIZ NATURAL: INEXISTÊNCIA/NULIDADE DO PROCESSO

➤ *Afronta ao artigo 5º, LIII e XXXVII, da Constituição Federal*

O princípio do Juiz Natural é um princípio universal, fundante do Estado Democrático de Direito. Consiste no direito que cada cidadão tem de saber, de antemão, a autoridade que irá processá-lo e qual o juiz ou tribunal que irá julgá-lo, caso pratique uma conduta definida como crime no ordenamento jurídico-penal.

A Constituição da República, em seu artigo 5º, XXXVII, assegura que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, vedando a criação de um juízo ou tribunal para processar e julgar um caso penal específico.

Segundo AURY CELSO LOPES JUNIOR⁷:

“O nascimento da garantia do juiz natural dá-se no momento da prática do delito, e não no início do processo. Não podem manipular os critérios de competência e tampouco definir posteriormente ao fato qual será o juiz da causa. Elementar que essa definição posterior afetaria, também, a garantia da imparcialidade do julgado”.

O art. 14.1 do PIDCP também prevê “todas as pessoas terão direito a que sua causa seja ouvida equitativa e publicamente, por um tribunal competente...”. Dispositivo com idêntico conteúdo está contido no art. 8.1. da CADH, quando estabelece que “toda pessoa tem o direito de ser ouvida [...] por um juiz ou tribunal estabelecido anteriormente por lei.

Também, garante o art. 5º, LIII, da CF que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Neste sentido, o Desembargador Nereu José Giacomolli afirma:

O juízo processante e julgador há de ser previsto em lei ordinária, não por medidas provisórias ou provimentos administrativos, satisfeito o processo legislativo, inclusive de competência constitucionais. Os juízos

⁷ LOPES, Aury Celso Lopes Junior. Direito Processual Penal – 9. Ed. rev e atual – São Paulo:Saraiva. 2012, Fl. 260

criados por dispositivos infralegais ou sem aderência constitucional são de exceção e, portanto, inconstitucionais”⁸.

Outro aspecto importante da garantia do art. 5º, *caput*, inciso LIII, da Constituição, diz respeito à alteração dos critérios de competência por ato normativo dos tribunais. Ainda que se admita constitucionalmente tal veículo normativo, não se pode deixar de questionar a menor legitimidade da “escolha política” de um órgão interno do Poder Judiciário para editar um ato normativo que terá a mesma repercussão que uma lei em sentido estrito.

“Ou seja, o ideal em termos de respeito à garantia do juiz natural, enquanto juiz competente predeterminado por lei, é que no plano da fonte, a competência seja definida por lei em sentido estrito, e no plano temporal, que a lei definidora da competência seja a lei vigente no momento do crime, não se aplicando em matéria de competência, o princípio *tempus regit actum*”⁹.

Nereu Giacomoli também afirma:

Também, no que tange ao processo legislativo, não se admite a criação de juízos ad hoc, ou seja, para processar e julgar um determinado caso ou conjunto de casos, em qualquer grau jurisdicional. Ocorrendo isso, haverá quebra da unidade abstrata e geral da lei e da garantia do juízo ordinário, predeterminado pela lei, instituindo-se um juízo de exceção¹⁰.

A finalidade da garantia do juiz natural é assegurar a imparcialidade do julgador, ou melhor, o direito de todo e qualquer acusado ser julgado por um juiz imparcial.

“A imparcialidade do juiz, mais do que simples atributo da função jurisdicional, é vista hodiernamente como seu caráter essencial, sendo o princípio do juiz natural erigido em núcleo essencial do exercício da função. Mais do que direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, o princípio do juiz natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem o juiz natural, não há função jurisdicional possível”¹¹.

⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica, p. 258.

⁹ BADARÓ, Gustavo. *A Garantia do Juiz Natural*, a 13ª Vara Federal de Curitiba e o Juiz Sérgio Moro. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/07/07/a-garantia-do-juiz-natural-a-13-vara-federal-de-curitiba-e-o-juiz-sergio-moro/> Acesso em 15/02/2018.

¹⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *Op. cit.*, p. 258.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 11ª Edição. São Paulo, p. 39.

É indiscutível que o Recorrente não foi julgado por um Juiz Imparcial. Ao contrário. Antes mesmo do oferecimento da denúncia, o magistrado de primeiro grau já tinha decidido pela culpa do Recorrente, quando este determinou a ilegal condução coercitiva do ex-presidente LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA para depor nas dependências do Aeroporto de Congonhas, sob o falso fundamento de manter a ordem pública.

Há, portanto, flagrante violação a este princípio, uma vez que a Ação Penal foi julgada e processada por juízo incompetente, cuja condenação foi não só ratificada como também a pena imposta majorada pela autoridade coatora. Sendo assim, encontra-se o presente apelo, bem como demais recursos cabíveis, na iminência de também serem julgados por relatores sem competência para os atos, devendo, portanto, ser declarada a nulidade de todo o processo.

Segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER, a ausência de juiz natural não seria mera nulidade da relação processual e sim um verdadeiro pressuposto da existência do processo¹².

“Mas, em se tratando de sentença inexistente (proferida por juiz constitucionalmente incompetente, em contraste com o art. 5º, LIII, da CF), está simplesmente não transitaria em julgado, sendo nenhuma sua eficácia”.

Assim, no caso de violação do Princípio Constitucional do Juiz Natural, não deveria ser declarada apenas a nulidade dos atos praticados pelo juiz incompetente, mas sim a inexistência.

Aury Lopes afirma que: “a competência em razão do lugar, ao compreendermos que a jurisdição é uma garantia, não pode ela ser esvaziada com a classificação civilista de que é ‘relativa’. **Ou seja, a eficácia da garantia do juiz natural não permite que se relativize a competência em razão do lugar. Assim, também consideramos a competência, em razão do lugar, absoluta**”¹³.

Trata-se, pois de incompetência absoluta, que acarreta nulidade absoluta de todo o processo, na medida em que estamos diante de um direito fundamental tutelado pela Constituição Federal.

12 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. As Nulidades no Processo Penal. 11ª Edição. São Paulo, p. 40.

13 LOPES JR, Aury. Direito processual penal – 13. Ed – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 262.

No entanto, mesmo que se entenda que a competência em razão do lugar do crime seja relativa, é importante salientar que o Impetrante arguiu a incompetência desde o primeiro momento em que se manifestou no processo, o que **impossibilita** a alegação de preclusão e prorrogação de competência do Juiz.

4.3 - DA OFENSA AO JUIZ NATURAL PELA FALTA DE CONHECIMENTO ORIGINÁRIO EM PRIMEIRA E SEGUNDA INSTÂNCIAS

➤ *Afronta ao artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal.*

Ao longo da denominada “Operação Lava Jato”, muito já se discorreu sobre a falta de conexão entre os processos que passaram a constituí-la. A despeito do disposto na regra do art. 79 do CPP, que define que os processos conexos devem ter julgamentos comuns, existe a possibilidade de separação por decisão fundamentada do Juiz, o que, no caso, nunca houve, uma vez que os processos foram simplesmente sendo remetidos de maneira automática ao juiz de primeiro grau e por esta Turma Colegiada, em um episódio ímpar de acúmulo de poderes que, *data venia*, extrapolaram os limites das devidas competências.

O que se demonstrará é que a manutenção de todos os processos da referida operação sob a responsabilidade do mesmo juízo ofende aos preceitos basilares da Constituição, ao passo que o julgamento subsequente de no mínimo 23 processos pelo mesmo juiz e mesma turma gerou, no caso concreto, um efeito que vai de encontro ao princípio do juiz natural e do devido processo legal, em razão dos efeitos psicológicos causados nos referidos princípios fundamentais, ocasionando, por final, uma ofensa ao Contraditório.

Na verdade, os julgamentos anteriores estabeleceram uma “verdade” pré-existente independente do processo em tela, gerando um “empréstimo informal” de provas no nível do convencimento do Órgão Julgador. A sentença e o acórdão representam uma transposição dos outros processos da Lava-Jato no nível do convencimento do juízo, afetando por completo a ideia de que o convencimento do juízo se faz através do processo e do embate das partes frente ao juiz.

Ao contrário, “a verdade” já estava pré-estabelecida.

O CPP veda ao juiz que possa se manifestar de fato ou de direito

(art. 252, III, CPP¹⁴) exatamente porque ele não terá a isenção e a imparcialidade necessária para o julgamento.

A Teoria da Dissonância Cognitiva, trazida por Schönemann, objetiva a compreensão dos problemas que envolvem a imparcialidade do juiz no processo penal. Aury Lopes aponta a “*originalidade do conhecimento*” como condição *sine qua non* para a manutenção das características elementares, que Geraldo Prado destaca como fundantes no princípio do juiz natural, e inerentes à imparcialidade.

Contudo, é de se fazer claro que não se está aqui tecendo ataques de atos dolosos praticados pela Turma. Em muitas vezes, os juízes sentem-se ofendidos quando são aventadas a incompetência e a imparcialidade. Na realidade, tanto a reação quanto a própria imparcialidade objetiva, decorrentes da psique humano do juiz, sustentam o fato de que a repetição dos julgamentos causou uma distorção na condição originária de julgar desta 8ª Turma, e do Juiz Sérgio Moro.

O princípio constitucional do juiz natural foi violado no caso concreto de uma maneira ímpar, por uma repetição sem precedente na história jurídica, de julgamento de casos “conexos”, realizando uma constante de resultado.

É cediço que a garantia do Juiz Natural se trata de uma questão constitucional de índole pública. O desrespeito a este princípio é uma violação não somente ao indivíduo afetado diretamente com uma condenação, ou a outro processado por autoridade incompetente, mas a todo o coletivo da sociedade, vez que afeta a legitimidade da própria ordem constitucional.

Salta aos olhos a quantidade de vezes que, conforme outros exemplos expostos, outros processos servem de fundamento da própria decisão. Vejamos:

2.2.9 Muitos outros casos já tiveram ampla divulgação. Talvez o de maior notoriedade, a Ação Penal 470/STF, conhecida como Mensalão, ganhou acompanhamento quase em tempo integral nas sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal.

(...) Esta Turma já se debruçou sobre o tema em processo em processo da Lava-Jato:

¹⁴ Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:
III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão.

confessaram ter feito doações em favor de partidos políticos, justificando suas condutas como sendo vítimas de concussão. Ainda, há outros réus que restaram condenados em face de doações ilícitas.

(...)

3.3.3.4. Cabe destacar, do julgamento anterior (Apelação Criminal no 5083376- 05.2014.4.04.7000/PR), as breves referências ao cartel formado por grandes empreiteiras, destinado a fraudar licitações na Petrobras. Segue no ponto o voto condutor, **aplicável inteiramente no presente feito:**

3.3.4.1. Como demonstrado, a existência de desvio de valores da Petrobras,

...

Há cristalina comprovação da capacidade de influência do ex-Presidente no processo de nomeação dos agentes políticos da Petrobras e sua ciência a respeito do esquema criminoso. Apesar de sua negativa com relação a isso, há clara 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. (...)

3.3.4.2. 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.

3.3.4.3. 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.

Des. Federal Victor Laus:

Não vejo necessidade de expender fundamentação aditiva àquela exposta pelo relator, e revisor, no que concerne às preliminares deduzidas nos recursos em apreciação, uma vez que tais questionamentos já foram objeto de análise, e rejeição, por parte do Colegiado nesses 3 (três) anos de julgamentos relacionados às controvérsias envolvendo a operação 'Lava Jato'. (pag 02/72)

(...)

Sobre o concerto existente entre o segmento político, administrativo, e empresarial envolvendo a Petrobras, confirmado em julgamentos já concluídos envolvendo casos análogos, o qual, segundo a acusação, também foi demonstrado nestes autos:

(...)

Com efeito, tais acordos escusos restaram plenamente comprovados no entender desta 8ª Turma. Transcrevo, a partir do inteiro teor dos acórdãos das mencionadas ações penais:

(...)

Des. Federal Victor Laus:

Porém, não satisfeitos com a corrupção ativa/passiva antecedente (oferta/recebimento de vantagem indevida), os acusados desse delito ocultaram/ dissimularam a cessão/transmissão ('atribuição') do imóvel, motivo pelo qual seus desígnios revelaram o propósito de transcender o do comércio da função pública para, também, alcançar o da ocultação/dissimulação patrimonial, assim entendida a origem e a propriedade do bem, haja vista que os atributos desta última não deixam de existir, senão ganham dimensão pública, com o registro imobiliário. **Pode-se exemplificar tal situação tomando-se outro caso julgado por esta própria Corte, a Apelação Criminal 5026212-82.2014.4.04.7000. Pag 41/72”.**

Dessa forma, não se trata somente de um “simples” fenômeno jurídico, mas de consequências psicológicas nefastas aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do juiz natural (Art. 5º, LV, XXXVII e LII, CRFB/88), merecendo ser imediatamente sanados com a anulação deste feito – e de todos os outros inerentes à *Operação Lava-Jato* – a partir da distribuição em segunda instância, sob pena de perpetuação da patente ofensa à Constituição da República.

4.4 - DA OFENSA AO JUIZ NATURAL PELA INEXISTÊNCIA DE PREVENÇÃO À 8ª TURMA E AO e. DESEMBARGADOR RELATOR

➤ *Afronta ao artigo 5º, incisos XXXVII, LIII e LIV, da Constituição Federal.*

A apelação interposta pelo Recorrente procurou demonstrar que, ainda que todos os feitos da *Operação Lava-Jato* assim tenham tramitado, *data maxima venia* os entendimentos em contrário, esta col. 8ª Turma e o e. Desembargador Federal João Paulo Gebran Neto **não são competentes para julgamento dos processos oriundos da Operação Lava-Jato.**

Sabe-se que a garantia do Juiz Natural reveste-se de uma questão constitucional de índole pública. O desrespeito a este princípio é uma violação

não somente ao indivíduo afetado diretamente com uma condenação, ou a outro processado por autoridade incompetente, mas a todo o coletivo da sociedade, vez que afeta a legitimidade da própria ordem constitucional.

A “Operação Lava Jato”, alegadamente oriunda de investigações cruzadas que tiveram o sr. Alberto Youssef como principal alvo, tem sua prevenção para julgamento vinculada à 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de Curitiba/PR e à 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Contudo, ao analisar-se com profundidade a origem desta alegada prevenção, tem-se que, em verdade, **não derivam de processos conexos**.

Pelo contrário. Explica-se.

O Mandado de Segurança nº. 50030054-55.2013.4.04.0000, impetrado em favor da empresa **Google Brasil Internet LTDA** foi distribuído em 26 de dezembro de 2013 a esta relatoria, e fundamentou a “prevenção” de inúmeros outros feitos, dentre os quais destaca-se outro Mandado de Segurança (nº. 5002526-12.2014.4.04.0000) que, por sua vez, serviu como justificativa para a distribuição ao Des. Fed. João Pedro Gebran Neto do *Habeas Corpus* nº. 5005653-55.2014.4.04.0000, cujo Recorrente era **Paulo Roberto Costa**.

Veja-se:

| Capa do Processo | | | | |
|---|------------------------|--|-------------------------------------|----------------------------|
| Nº do Processo: 5005653-55.2014.4.04.0000 | | Data de autuação: 20/03/2014 17:23:27 | Situação: BAIXADO | |
| Órgão Julgador: GAB. 82 (Des. Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO) | | Colegiado: 8ª Turma | Relator(a): JOÃO PEDRO GEBRAN NETO | |
| Competência: Penal (Turma) | | Classe da ação: Habeas Corpus | | |
| Processos relacionados: 5014901-94.2014.4.04.7000/PR Originário PEDIDO DE PRISÃO PREVENTIVA 5002526-12.2014.4.04.0000/TRF Relacionado no 2o. grau Mandado de Segurança (Turma) 5005768-76.2014.4.04.0000/TRF Relacionado no 2o. grau Habeas Corpus e outros | | | | |
| 2 | 21/03/2014 15:58:29 | Remessa Interna com despacho/decisão - GAB82 -> ST8 | MON | Evento não gerou documento |
| 1 | 20/03/2014 17:23:27 | Distribuição/Atribuição Por Prevenção Instantânea ao Magistrado (GAB82) - Número: 5002526-12.2014.4.04.0000/TRF | RJ108329 | ANEX01 ANEX02 ANEX03 |

Com efeito, o Mandado de Segurança relacionado à empresa *Google* havia sido distribuído por “dependência” ao *writ* nº. 0003460-89.2013.4.04.0000 (impetrante: **Itaí Estudos Projetos e Perfurações LTDA**), e tinha como objeto a tentativa de fazer cessar adjudicação de bens que pertenciam à empresa Ametista Administração e Participações LTDA, ou a transferência do valor obtido “*com a arrematação dos imóveis para pagamento de dívida inadimplida pela referida pessoa jurídica*”.

O feito, originalmente distribuído à Juíza Federal Convocada Salise Monteiro Sanchotene, foi remetido ao Des. Federal João Pedro Gebran Neto por conta de sua condição de sucessor do Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, relator das apelações criminais nº. 2006.70.00.020042-0 e 2006.70.00.26752-5, que confirmaram condenações dos acionistas da empresa por Lavagem de Dinheiro.

Colaciona-se o despacho, prolatado em 15 de agosto de 2013:

“Trata-se de Mandado de Segurança contra ato o MM. Juiz Federal da 2ª Vara Criminal de Curitiba/PR que indeferiu o **pedido da empresa impetrante de adjudicar bens pertencentes à empresa Ametista Administração e Participações Ltda. ou de transferir o valor obtido com a arrematação dos imóveis** para pagamento de dívida inadimplida pela referida pessoa jurídica.

Tendo em vista que os sócios da empresa Ametista Administração e Participações Ltda. (Ernesto Plascencia San Vicente e Cíntia Assunção Plascencia - fl. 473) tiveram suas **condenações e o perdimento de bens mantidos nas apelações criminais nº 2006.70.00.020042-0 e 2006.70.00.26752-5 pela prática crime de lavagem de dinheiro, encaminhe-se este feito ao Gabinete do MM. Juiz Federal Convocado João Pedro Gebran Neto**, atual sucessor do Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, Relator dos aludidos recursos, para exame de eventual prevenção.

Porto Alegre, 15 de agosto de 2013”.

Depreende-se, da análise da cadeia de prevenção processual, que as primeiras ações que justificam a competência da 8ª Turma e do Des. Federal João Pedro Gebran Neto para relatoria da *Operação Lava-Jato* são advindas de feitos que, em verdade, **absolutamente nada** têm a ver com a operação.

Ou seja: uma ação garantidora (mandado de segurança), advinda de apelação criminal julgada anos antes, acaba por justificar a prevenção para outra ação garantidora de igual natureza que, por sua vez, “gera” vínculo processual a *habeas corpus* impetrados no curso das investigações, e termina legitimando esta relatoria como o juízo universal para processamento e julgamento de todos os feitos inerentes à Operação Lava-Jato.

Não há qualquer interligação – seja subjetiva, seja objetiva – entre as Apelações Criminais 2006.70.00.020042-0 e 2006.70.00.26752-5 e os feitos da “Operação Lava-Jato”, de modo que faz-se **incompreensível** a correlação de prevenção existente no caso concreto.

Fazer trilhar o mencionado caminho inverso faz com que cheguemos à conclusão de que, em verdade, a **Operação Lava-Jato não deveria estar vinculada a este órgão judiciário em segunda instância**. O primeiro feito que chegou a este Tribunal deveria, na verdade, ter sido livremente distribuído mediante sorteio entre **qualquer um** dos Desembargadores Federais que compõem a 7ª e a 8ª Turmas do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, e não diretamente ao Des. Federal João Pedro Gebran Neto, por conta de apelações criminais anteriores, de relatoria à época do Des. Paulo Afonso Brum Vaz.

E mais: à época da remessa para nova distribuição do Mandado de Segurança nº. 0003460-89.2013.4.04.0000, o ilustre João Pedro Gebran Neto ostentava a condição de Juiz Federal Convocado, no lugar do referido ilustre Desembargador.

Não há que se falar em prevenção.

Seja pela questão temporal – uma vez que são anteriores à deflagração da operação, que se deu em 2014 –, seja por razões temáticas, os feitos acima declinados em nada guardam correlação com os fatos hoje julgados, supostamente relativos a desvios de verbas da Petrobras.

Ainda que posteriormente – e como no caso em tela – outras ações que nada possuem vínculo com a Petrobras, tenham sido direcionadas a esta relatoria, a justificação de prevenção anterior com base em processos de qualquer natureza não pode subsistir.

Sobre o ponto, o v. acórdão embargado limita-se a citar uma série de decisões do Supremo Tribunal Federal sem que, no entendo, nenhuma tenha efetivamente decidido quanto à competência do juízo da 13ª Vara Criminal de Curitiba/PR ou desta col. 8ª Turma, mas tão somente determinado a “*remessa dos demais à primeira instância para processamento*”. (ref.: AP 871 QO, Relator TEORI ZAVASKY, Segunda Turma, Julgado 10/06/2014, Acórdão Eletrônico DJe 213, Divulg 29-10-2014. Public 30-10-215),

Neste, afirma que o feito deve “*ser remetido ao juízo de primeiro grau para que lá reassumam seu curso a partir do seu estado em que se encontram, o que não inibe, convém enfatizar, que a bigidez dos atos e provas nelas contidos venha a receber controle jurisdicional apropriado, se for o caso*”.

A verdade é que a presente apelação trouxe à baila pontos muito

específicos do processamento do feito. Ofensa ao **juiz natural** (art. 5º, XXXVII e LIII, da CRFB/1988) e ao **devido processo legal** (art. 5º, LIV, da CRFB/1988), em razão da incompetência do juízo da 13ª Vara Criminal de Curitiba e, conseqüentemente, do entendimento contraditório para fixação da prevenção nos Tribunais Superiores, no caso, da atribuição de relatoria para o Min. Felix Fischer no STJ e o Min. Edson Fachin no STF, por: **(i)** usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, pois na origem eram investigadas condutas relacionadas ao senhor José Mohamed Janene no curso de mandato de deputado federal; **(ii)** ausência de vínculo entre os contratos da Petrobras e o armazenamento do acervo presidencial no contrato com a GRANERO; **(iii)** incompetência territorial para apuração dos crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro, pois os fatos relativos ao acervo presidencial teriam ocorrido em São Paulo/SP; e **(iv)** incompetência para julgar crimes contra sociedade de economia mista.

Sobre o ex-Deputado Federal José Janene, limitou-se a divagar o v. acórdão de apelação:

“(…) Pedidos análogos já foram enfrentados pela 8ª Turma desta Casa nos julgamentos dos HC’s 5022894-43-2014.404.0000/PR, 5027273-89.2015.4.04.0000/PR e 5048957-70.2015.4.04.0000/PR. O nome de José Janene só veio a tona no ano de 2009, quando já não exercia mais o mandato parlamentar”.

A temática do Juiz Natural está diretamente correlacionada às próprias bases do conceito democrático de sociedade. A impossibilidade de escolha do juízo da causa é uma das garantias que separam o Estado de Direitos do estado de exceção.

E, como garantia básica que é, sinaliza questão de ordem pública, conceito determinado e que deve ser reconhecido a qualquer tempo, mediante qualquer provocação.

Dessa forma, não se trata somente de um “simples” fenômeno jurídico, mas de conseqüências psicológicas nefastas aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do juiz natural (Art. 5º, LV, XXXVII e LIII, CRFB/88), merecendo ser imediatamente sanados com a anulação deste feito – e de todos os outros inerentes à *Operação Lava-Jato* – a partir da distribuição em segunda instância, sob pena de perpetuação da patente ofensa à Constituição da República.

4.5 - DA NEGATIVA DO ACESSO PROVA E DO DIREITO DE PROVAR

➤ *Afronta ao artigo 5º, incisos LV da Constituição Federal.*

Em sede de Resposta à Acusação, o Recorrente requereu acesso ao telefone do corréu Leo Pinheiro e dos executivos da OAS, a fim de verificar a integralidade das mensagens trocadas entre os mesmos e com o Recorrente.

Tal pedido foi repetido como protesto no depoimento de Leo Pinheiro, e ainda em instrumento específico de *habeas corpus* (ref.: HC nº. 5051658-33.2017.4.04.0000).

Contudo, os pleitos foram todos indeferidos pelas duas instâncias de julgamento do feito, em atos caracterizadores de profunda ofensa ao amplo direito de defesa, exercido, no caso concreto, pelo direito à prova.

Transcreve-se a passagem relativa ao depoimento para interrogatório de Leo Pinheiro, que não se sabe tratar-se de corréu ou delator, cuja palavra foi fundamento quase que integral do juízo de condenação de alguns dos réus:

Juiz Federal: Está bom, doutor. Mais alguma pergunta pelos outros defensores?

Defesa: Sim, excelência. Fernando Fernandes, advogado do senhor Paulo Okamoto. Excelência, inicialmente vossa excelência exibiu a folha 34 com dados de mensagem ao depoente, folha 6, e também um documento da polícia federal, folha 17 e folha 11, me desculpe, é porque o senhor está de costas para mim, não sei se está escutando...

José Adelmário Pinheiro Filho: Falou comigo?

Defesa: Sim.

José Adelmário Pinheiro Filho: Eu estou escutando, mas não quis ser indelicado...

Defesa: O senhor lembra que ele exibiu esse...

José Adelmário Pinheiro Filho: Lembro, só não sabia do que se tratava.

Defesa: Não, não tem problema. A pergunta é o seguinte, o senhor sabe se essas mensagens passadas representam a integralidade de mensagens

que tinha no seu telefone ou existem mensagens no seus telefones que não foram exibidas hoje e não são citadas na denúncia?

José Adelmário Pinheiro Filho: Não sei dizer ao senhor, porque vai ser impossível para mim saber agora quais foram, eu usava muito mensagens.

Defesa: Então, mas o senhor pode saber que o que foi exibido, o que está na denúncia não são todas as mensagens que estavam no seu telefone?

José Adelmário Pinheiro Filho: Todas as mensagens...

Defesa: Exatamente.

José Adelmário Pinheiro Filho: De qualquer pessoa no meu telefone?

Defesa: Exatamente.

José Adelmário Pinheiro Filho: Não, claro que não, tem milhares...

Defesa: Da mesma maneira que é possível, o senhor consegue afirmar que os diálogos feitos com aqueles interlocutores, as mensagens estão integralmente citadas e exibidas ao senhor aqui hoje ou não?

José Adelmário Pinheiro Filho: Não sei lhe dizer, o senhor está se referindo especificamente ao Paulo Okamoto?

Defesa: Não, estou me referindo a qualquer mensagem que o senhor tenha trocado, porque aquelas mensagens exibidas ao senhor não foram com Paulo Okamoto, foram com outros interlocutores.

José Adelmário Pinheiro Filho: Não, é isso que eu não estou entendendo...

Defesa: É por isso, é porque...

Juiz Federal: Qual a pergunta, doutor, eu também não entendo essa pergunta.

Defesa: A pergunta é simples. É para entender...

Juiz Federal: Se aquelas mensagens 5, 6, são todas as mensagens do celular dele? Não são, doutor, essa pergunta é, desculpe, mas o material probatório está nos autos à disposição da defesa.

Defesa: O senhor confirma a interpretação do juízo...

Juiz Federal: Não, está indeferida a sua pergunta, doutor, está indeferida essa pergunta.

Defesa: É porque, o seguinte, excelência, o sentido é o seguinte, excelência...

Juiz Federal: A defesa está argumentando que está sendo ocultado material probatório dela, é isso?

Defesa: Não, excelência, a defesa requereu o acesso ao telefone e perícia no telefone, e o indeferimento foi com base em tudo o que está citado na denúncia é suficiente, a defesa vai requerer a vossa excelência, vai ratificar a vossa excelência e requerer com base no depoimento, e com base na utilização de vossa excelência e do Ministério Público, o deferimento da perícia, porque a defesa deseja ter acesso à integralidade das mensagens.

Juiz Federal: Não, a defesa requereu perícia na integralidade das mensagens, se tivesse requerido o direito o juízo teria providenciado.

Defesa: Então eu vou requerer inclusive em razão do depoimento realizado hoje, mas...

Juiz Federal: Tem alguma pergunta para o acusado?

Defesa: Excelência, enfim, a pergunta, vossa excelência respondeu a pergunta, por ser óbvia, me parece, pode deixar o interrogando responder se existem mensagens que não foram exibidas a ele?

Juiz Federal: O doutor está sugerindo na pergunta, de uma maneira não muito educada, que está sendo ocultado material probatório da defesa.

Defesa: **Eu não falei ocultado**, excelência.

Juiz Federal: É o que o doutor está sugerindo, então...

Defesa: Excelência...

Juiz Federal: Essa sua pergunta está indeferida, eu já esclareci a questão, o doutor pode requerer o acesso à integralidade, será disponibilizado, se não teve ainda é porque não requereu direito, então, próxima pergunta?

Defesa: Mas para vossa excelência entender, que vossa excelência atribuiu, enfim...

Juiz Federal: Próxima pergunta, doutor.

Nas razões de apelação, a defesa requereu a nulidade do processo, a fim de lograr pleno acesso à prova.

Da mesma forma, inviabilizou-se a expedição de ofício às operadoras de telefonia para que fornecessem as contas regressas dos números de telefone citados, bem como a realização de perícia nos HD's e computadores apreendidos. Ressalta-se que, nesses casos, fica impossível, conforme requereu o Juízo, delimitar o pedido, nomear assistente técnico e formular quesitos sem que se tenha prévio conhecimento do conteúdo de tudo aquilo que foi apreendido, conteúdo esse não juntado aos autos e que, portanto não teve acesso a Defesa.

Como se não bastasse o indeferimento, percebe-se que sua fundamentação sequer é capaz de justificá-lo de maneira idônea. Apesar disso, concluiu-se pela preclusão da produção da prova:

“Apesar das petições da Defesa dos eventos 244 e 526, não houve qualquer especificação. Não cabe a este Juízo vasculhar a denúncia através de supostos telefones ou mensagens relevantes e que a Defesa pretende ver examinados.

Não cumprindo a Defesa o seu ônus de apresentar requerimentos probatórios minimamente precisos, reputo preclusa a oportunidade da prova.”

Decisão – Evento 578.

Sem que se tenha acesso ao conteúdo integral e original da prova, ainda que daquela obtida de forma antecipada durante a investigação, não há como se verificar sua licitude, tampouco a preservação de sua cadeia de custódia, por meio de perícia, como dito.

O pedido “d” da peça de apelação é claro, quando requer a nulidade do processo e da sentença em razão do cerceamento de defesa por indeferimento de acesso integral e de produção de provas, a fim de que seja determinada a baixa dos autos para que a defesa tenha deferido o acesso aos telefones celulares, HD's, computadores e demais dispositivos eletrônicos apreendidos, sob pena de ofensa aos princípios do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CRFB/1988).

A sentença de primeiro grau, por sua vez, utiliza as mensagens

umentais, resta mal explicado pela Defesa por que a OAS não teria cobrado a diferença entre o valor das 50 parcelas pagas pelo apartamento simples e o valor do triplex, ou por que a OAS teria reformado e mobiliado este último, **conforme mensagens eletrônicas trocadas entre executivos da OAS.** Desse entrechoque, maior relevo assume a tese acusatória, que imputa a prática do delito de lavagem. Pag 39/72

Pode-se observar que centro do processo, “a prova rainha” nos autos, acabou sendo o depoimento de Leo Pinheiro. **Desta forma, o acesso da Defesa a seu aparelho de celular, com possibilidade de realização de contra-prova fiel em relação as mensagens trocadas, é essencial e causa evidente para o contraditório e à ampla defesa (art. 5º. LV, CRFB/88).**

4.6 - DA NULIDADE EM RAZÃO DA PROVA ORIGINARIAMENTE ILEGAL DESDE O NASCEDOURO DA “OPERAÇÃO LAVA-JATO”

➤ *Afronta ao artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.*

A “Operação Lava-Jato” teve sua competência original vinculada à 13ª Vara Federal de Curitiba/PR tomando como fundamento substancial uma investigação que teve seu curso inicial, pasmem, a partir do ano de 2006!

Conforme documentalmente demonstrado por esta Defesa Técnica nos autos de *habeas corpus* anteriormente impetrado perante este eg. Tribunal, trata-se de uma falácia o fundamento de que haveria competência da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de Curitiba/PR para processar e julgar a **ação penal nº. 504722977.2014.404.7000**, isto é, o **feito originário da Operação Lava Jato**.

Em real, o que ocorre é que o d. Juízo de primeiro grau instaurou uma investigação perpétua contra alguns investigados, burlou o sistema regular de distribuição da Justiça Federal, estendeu sua jurisdição para todo o território nacional e deferiu inúmeras quebras de sigilos fiscal e bancário sem prévia manifestação do Ministério Público Federal. Tudo isso ocorreu ao longo de uma investigação que se iniciou em julho de 2006 e “terminou” em abril de 2014, ou seja, há quase 10 (dez) anos! Já é passada a hora de se dar um basta na situação, determinando que os feitos decorrentes da Operação Lava-Jato sejam remetidos

para seu juiz natural que, certamente, não é o d. Juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba.

Isso porque, nos autos da ação penal nº. 5047229-77.2014.404.7000, isto é, **o feito originário da Operação Lava Jato**, insistentemente utilizado pelo d. Juízo de primeiro grau como parâmetro para invocar o instituto da conexão processual, houve sim uma escolha dirigida do juiz responsável pela condução do processo.

Mas não foi só isso. Com o desenrolar da investigação, observou-se que houve não apenas violação da competência do eg. Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, do Juízo da Subseção Judiciária de São Paulo/SP, para processar o feito, mas também foi revelado que o próprio nascedouro da investigação está irremediavelmente eivado de ilicitude!

É que, em uma representação datada de 12 de janeiro de 2009, a Autoridade Policial revelou que, pasme, **o fato gerador da investigação foram as interceptações telefônicas realizadas entre o Advogado** do falecido Deputado Federal José Janene, Dr. Adolfo Góis, e o ex-assessor do parlamentar, Sr. Roberto Brasiliano, quando este recebia orientação jurídica antes do depoimento que prestaria para a Polícia Federal:



Com efeito, diferente da situação em que o próprio Advogado é investigado pela prática de crimes, estamos diante de um caso onde a Autoridade Policial confessou, *ipsis litteris*, que **a investigação foi iniciada por conta da**

interceptação telefônica de conversa mantida entre Advogado e cliente para orientação jurídica antes de uma oitiva na Polícia.

Ora, as premissas da Lei n.º. 8.906/94 impõem que a interceptação das comunicações telefônicas nesse tipo de situação é ilícita, nos termos do art. 7º, caput e inciso II, da referida Lei:

“Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

II – a **inviolabilidade** de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, **telefônica** e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia”.

(destacamos)

Uma rápida leitura do conteúdo dos diálogos apontados pelo Delegado de Polícia Federal como fundamento para instauração da investigação revela que **houve interceptação de comunicação telefônica relativa ao exercício da advocacia, portanto, ilegal**. Vejamos:

“21/06/2006 20:12:38

Brasiliano 43993-1145 x Adolfo (?)

Adolfo diz que estava em greve lá e **a mulher disse que não ia ter depoimento nenhum**. Nem falei do que se tratava, se fosse falar que era depoimento o cara ia fazer, não é verdade? **Adolfo diz que foi lá e adiou pra quarta**. Diz que estava sábado em Maringá e liga a "don a" perguntando se não tinha jeito de adiar por mais dez dias, porque precisa pegar uns documentos. Tudo bem, quando eu vou lá, tinha mais documentos, **se tem documentos novos nós temos direito de ver os documentos**. Nós não vamos chegar lá e tem depoimento novo, cheio de surpresa. Eu pedi o documento pro cara, o cara não me deu, **nós temos o direito de ver os documentos, enquanto ele não der, não vai**. Se ele ficar insistindo nós vamos, **só que eu vou meter um Habeas Corpus**. Aí chega ontem a noite fica aquela coisa, vai, não vai, eu não vou assumir essa responsabilidade sozinho. Aí vai aquela mulher do Beto: "Num caso meu com o João Boquinha eu não levei a segunda vez ele pediu prisão preventiva", esse cara é um bandido esse João Boquinha, nós colaboramos com tudo com a polícia, colaboramos em todos os momentos, em tudo, agora eu não vou assumir sozinho. Aí o "Zé" falou: "eu sigo o que você falar". Adolfo pergunta se todo mundo ficou desesperado no escritório. Brasiliano diz que sim, diz que perguntou: "Vocês não vão, então some daqui que eu vou me virar". **Adolfo diz que tem documento lá no inquérito novo**. Brasiliano diz que o que acontece é que eles são muito apavorados, se ficam lá e dá uma prensa, vai dar "angu". Brasiliano diz que Meheidin perguntou: "e

pra ela nada?". **Adolfo pergunta se é porque ela não é intimada.** Brasileiro diz que sim. **Adolfo diz que isso é porque o delegado quer formar o convencimento e intimar ela por último.** Vai pegar ela por último. Brasileiro diz que eles vão acabar falando coisa que não deve, porque eles estão vendo tudo isso aí e vão ficar puto. Adolfo diz que ontem não agüentava mais, que ia nessa reunião e ia jogar um tênis. **Eu fiquei lá até dez e meia, eu tive que ir pra casa e fazer duas petições,** eu fiquei até uma hora trabalhando pro cara. Aí ele vem de manhã e vem querer me dar "pito": "olha Adolfo, é melhor não dar mais esse tipo de entrevista, porque saiu lá negócio de lavagem de dinheiro na entrevista, e aquilo lá queima muito". Brasileiro diz que só o que eles fazem é que dá certo. **Como se a cidade inteira não soubesse que o inquérito contra a mulher dele é de lavagem de dinheiro.** Vai manchar a imagem do Janene falar que é de lavagem de dinheiro, vai pra puta que pariu! Sabe quanto o ex-desembargador quer pra advogar pra ele, o ex-desembargador que agora virou advogado lá em Curitiba? Só pra ir em Porto Alegre ver os processos, ele quer as passagens e cinquenta mil e caso ele feche pra começar ele quer quatrocento. Adolfo diz que o ex- desembargador falou que esse homem é um leproso, "você acha que eu vou chegar lá em Brasília, em Curitiba, por meu nome numa jogada dessa e não vou ganhar dinheiro?". Você acha que o "Zé" vai dar sem contratar cinquenta mil pro cara? Eu precisava pegar o xerox, é dez centavos onde eu mando tirar, aí ele falou: "A Fernanda falou que lá no shopping Quintino é cinco centavos o xerox, vai tomar no cu meu! Vai se foder! O cara gasta quatro pau pra construir um casa, põe lustr da Austria, e vem me falar que é cinco centavos o xerox? Ontem mesmo tava o Beto"- (Alberto Youssef) lá, e começaram a falar o nome das empresas que depositaram na çonta da outra lá, sabe? Um olhou pro outro e deu uma risadinha, você acha que a outra não. a Rosa lá, não ... a mulher fica com cara de ódio, quer matar! Eu to aqui nessa merda, nesse rolo por causa de você! Pro outro das risada na minha cara?! Meu marido ta quase morrendo, com síndrome do pânico. Brasileiro diz que ele (Meheidin) ta tomando remédio pra caramba. **Adolfo diz que está advogando igual camelo nessa causa".**

"04/07/2006 21:18:30

Brasileiro (43-9993- 1145) x Adolfo (?)

Adolfo pergunta se "ele" vai se candidatar. Brasileiro diz que esta fazendo que "ele" é candidato e ta anunciando a candidatura "dele" pra mês que vem. Adolfo pergunta se lançou Pedro pra depois substituir. Brasileiro diz que sim. Adolfo pergunta se vai lançar dinheiro por aí. Brasileiro diz que só se for de helicóptero, porque vai precisar de muito. Adolfo pergunta se ta queimado na praça. Brasileiro diz que "bastante". Adolfo diz que tem que gastar. Brasileiro diz que "ele" está bastante queimado. Adolfo diz que não vai dar pra caçar ele. Brasileiro afirma: "diz ele que não". Adolfo diz: "acho que esse homem não vai ser

caçado". Brasileiro responde: "Pra você ver como é que é". Adolfo diz: "mas ele vai ter que abrir a mala". Brasileiro diz que Sim, se não abrir ta fodido! Adolfo pergunta se ele ta com dinheiro. Brasileiro diz: "creio que sim". Adolfo diz que pos aquele advogadinho de Curitiba na jogada, o "Zé" ta caindo no 171 do cara. O cara é 171 caput! Deixa ele ficar tomando dinheiro do "Zé". O "Zé" fica só com bandido, né? Adolfo diz que deu um. "esporro" no advogado, você quer o Bônus, mas você leva o ônus também, vai peticionar, vai agüentar as reuniões a noite lá na casa dele, vai agüentar a Dona Fernanda, a Joana, o Beto Youssef, eu não vou agüentar mais isso, Adolfo diz que ele pediu um dinheirinho lá pro Desembargador, mas que o desembargador amigo dele não vai resolver agora, só mais pra frente. O cara ta passando o mel na boca do "Zé". O "Zé" se encanta com qualquer bandido que passa na frente dele".

(fls. 8-9 do inquérito n.º. 2006.70.00.018662-8) (destacamos)

A partir dessa prova de origem ilícita, a Autoridade Policial representou pela quebra dos sigilos bancário e fiscal de diversas empresas (fls. 120-126 do inquérito n.º. 2006.70.00.018662-8).

Houve a abertura de vista dos autos ao MPF que, em sua manifestação requereu:

“Autos 2006.70.00.018662-8

O Ministério Público Federal, por meio da Procuradora da República que esta subscreve, em atenção à representação formulada às fls. 116/122, **requer o retorno dos autos à autoridade policial, a fim de que:**

- a) **delimite o pedido de mitigação dos sigilos bancário e fiscal das empresas** Dunel Testing (CNPJ 04.913.043/0001-19), Torre Comércio de Alimento Ltda EPP (CNPJ 07.542.146/0001-08), Angel Serviços Terceirizados Ltda. (CNPJ 08.641.915/0001-98), CSA Project Finance (CNPJ 04.090.574/0001-59), J. N. Rent a Car Locadora de Veículos Ltda. (CNPJ 07.353.344/0001-23), bem como de suas respectivas filiais, indicando o período e os documentos a serem obtidos;
- b) **delimite o pedido de quebra do sigilo de dados do prefixo** (43) 3376-0700, especificando os dados que se pretende obter e o período de tal quebra.

Curitiba, 28 de janeiro de 2009.

Letícia Pohl Martello
Procuradora da República”.

(fl. 132 do inquérito n.º. 2006.70.00.018662-8) (destacamos).

Em uma investigação de caráter constitucional, isto é, alinhada com o preceito contido no art. 129, *caput* e inciso I, da Constituição Federal, o Magistrado que recebesse os autos com uma cota nesse sentido **determinaria sua remessa para a Polícia Federal**, a fim de que a Autoridade Policial cumprisse o requerimento ministerial.

No entanto, em uma investigação na qual **o Magistrado se afasta do seu dever de imparcialidade**, o requerimento do Ministério Público Federal é desconsiderado e a representação policial é deferida na íntegra.

Veja-se, contudo, que a Autoridade Policial não é parte no processo penal brasileiro, mas sim o Ministério Público. O Delegado de Polícia **não formula pretensão**, não é ele o titular da ação penal. Isto é lição básica de direito processual e revela muito sobre o modo como foi conduzida uma investigação que durou nada menos do que quase 08 (oito) anos, eivada de tamanhas nulidades.

Porém, ainda que se tenha informação da existência desta investigação, não há maiores percepções sobre qual seria o número de registro – tanto do Inquérito Policial quanto de eventual Medida Cautelar – sobre estes fatos na Justiça Federal de Curitiba/PR, e nem perante qual foro tramitou o feito, mácula provavelmente agravada pela condição de segredo de justiça.

A competência da *Operação Lava-Jato*, portanto, é fruto não somente de uma tergiversação de caracteres de prevenção, mas também de uma prova ilícita por natureza, que fundamentou a instauração de inquérito com base em interceptação de advogado no exercício da advocacia, com vistas tão somente a abarcar para a 13ª Vara Federal de Curitiba/PR a condição de “*juízo universal*” de todos os processos (minimamente) vinculados. Além do mais, é de se reconhecer que o feito deve ser obrigatoriamente publicizado, sob pena de gravíssima ofensa ao Contraditório e à Ampla Defesa, bem como ao Devido Processo Legal, além da evidente afronta ao dispositivo constitucional que veda o emprego de prova obtidas por meios ilícitos, qual seja, o art. 5º, inciso LVI, da CRFB/88.

4.7 – DO CLARIVIDENTE CERCEAMENTO DE DEFESA

➤ *Afronta ao artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal*

4.7.1 - O indeferimento de acesso integral à prova com relação aos telefones

No curso do processamento, o Juízo de piso indeferiu a produção de prova pericial, consistente em perícia nos aparelhos de telefone cujas mensagens foram citadas ao longo da denúncia e citadas em perguntas da d. autoridade originariamente coatora no interrogatório ao corréu JOSÉ ADELMÁRIO PINHEIRO FILHO, na audiência do dia 20 de abril de 2017¹⁵, a fim de ter acesso ao conteúdo integral das mensagens trocadas e confirmar a preservação da cadeia de custódia, inclusive eventuais edições e cortes, comprovando-se sua originalidade, bem como a expedição de ofício às operadoras de telefonia para que forneçam as contas regressas dos números de telefone citados.

Num primeiro momento, o Juízo de primeiro grau fez inúmeras referências aos referidos números de telefone e supostas trocas de mensagens a partir da apresentação dos documentos juntados no Evento 3 COMP 178 e COMP 303.

Juiz: Tem no processo alguns extratos juntos de conversas por meio eletrônico que teria tido com alguns executivos, consta vinculado à essas conversas um e-mail LPINHEIRO@OAS.COM. O senhor usava esse endereço eletrônico?

Réu: Esse é meu e-mail.

Juiz: Consta também um telefone (11) 981491952.

Réu: Era o meu celular.

Juiz: No evento 3 anexo comp. 303 há uns extratos de uma conversa na folha 34 que supostamente envolveria o senhor e o senhor Paulo Gordilho, eu vou lhe mostrar aqui, é no laudo 1475, peço para o senhor dar uma olhadinha nessa troca.

(...)

Juiz: Então, nessa ação penal 5046512-94... Continuidade do depoimento do senhor José Adelmário Pinheiro Filho. Eu mostrei ao senhor aqui o laudo extratos de conversas eletrônicas, laudo 1475 - evento 3 - arquivo 303. Então vou lhe passar, eu tenho uma cópia aqui. Essa conversa na folha 34 começa ali “maciço de loco se deslocou e partiu tudo pro ladrão”, há uma continuidade disso a afirmação ao laudo que seria uma conversa envolvendo o senhor. O senhor se recorda dessa conversa?

(...)

Juiz: No evento 3, arquivo 178, tem uma troca de mensagens em 12 de fevereiro de 2014. Vou lhe mostrar aqui.

Advogado de Paulo Okamoto: Excelência, posso ver documento?

Juiz: Isso está nos autos.

Advogado de Paulo Okamoto: Posso?

Juiz: Sim, sim! Só depois retornem, tá?

¹⁵Degração integral em anexo com trechos da audiência de interrogatório do SR. JOSÉ ADELMÁRIO PINHEIRO, em 20 de abril de 2017, com citações expressas às mensagens e telefones celulares em relação aos quais foi negado o acesso integral à prova.

Juiz: O senhor reconhece essas mensagens, trocados com o senhor Paulo Gordilho?

Réu: Sim!

(...)

Juiz: Na folha 07 desse mesmo documento existem outros extratos aqui, de um a conversa de 13 de fevereiro de 2014. Eu vou mostrar para o senhor. Consta lá “Léo está confirmado? Vamos sair de onde e a que horas?”.

Réu: Essa devia ser a visita ao sítio.

Juiz: Ao sítio?

Réu: É!

Juiz: ‘O Fábio ligou desmarcando’. Quem é Fábio?

Réu: Não sei se é o filho do presidente ou... deve ser o filho do presidente.

(...)

Juiz: O senhor pode devolver o documento?

Advogado de Paulo Okamoto: O senhor pode?

Juiz: Perdão, o senhor pode passar para ele? Nesse mesmo documento, tem na folha 11 outra troca de mensagens que teriam ocorrido no dia 21 de agosto de 2014. Começa assim “Doutor Léo, a previsão de pouso será por volta das 09h40min.” Peço para o senhor dar uma olhadinha.

Réu: Essa conversa tratava-se do encontro que a Dona Marisa e o Filho estiveram no Tríplex.

Juiz: Foram por volta dessa época, 21 de agosto?

Réu: Foi! Foi Agosto. Ela retornou ao tríplice, para ver a finalização das obras que tinham ocorrido.

Juiz: Consta lá nas ultima mensagem “Doutor Léo, alterado paras as 10h30min. Falei com a Claudia e agora falei com o Fábio (Filho)” Entre parentes “filho”? Filho de quem?

Réu: É o filho! Filho do ex-presidente.

Juiz: Depois continuando nessa conversa na folha 12 dessa mesma conversa. Tem lá “Doutor Léo, segue o celular de Doutor Fábio”. Ai tem um número aqui 99973-9606. Esse é o Fábio quem?

Réu: Esse é o Fábio, filho do presidente!

Juiz: “Depois avisa ao doutor Paulo Gordilho.” Essa é relativa à visita ao...

Réu: Ao tríplice! No Guarujá!

Juiz: Aqueles que quiserem olhar. Depois peço que me devolvam as folhas, tá?”.

A seguir, por meio de pergunta do advogado do Recorrente, a questão dos telefones voltou à baila, como se demonstra:

“**Juiz:** Tá bom, doutor. Mais alguma pergunta dos outros defensores?

Advogado de Paulo Okamoto: Inicialmente, Vossa Excelência exibiu fls. 34, com data de mensagem ao depoente; fls. 6, e também documento da polícia federal (fls. 17 e fls. 11). O senhor sabe se essas

mensagens representam a integralidade de mensagens que tinha no seu telefone, ou existem mensagens que não foram exibidas hoje e não foram citadas na denúncia?

Réu: Não sei lhe dizer, porque vai ser impossível saber agora... Eu usava muito as mensagens.

Advogado de Paulo Okamoto: Então, mas o senhor pode saber que o que foi exibido, o que está na denúncia não são todas as mensagens que estavam no seu telefone.

Réu: Todas as mensagens, de qualquer pessoa?

Advogado de Paulo Okamoto: Exatamente.

Réu: Claro que não.

Advogado de Paulo Okamoto: Da mesma maneira, o senhor consegue afirmar que os diálogos feitos com aqueles interlocutores, as mensagens estão exibidas integralmente?

Réu: Não sei lhe dizer. O senhor está se referindo especificamente ao Paulo Okamoto?

Advogado de Paulo Okamoto: Não, estou me referindo a qualquer mensagem que o senhor tenha trocado, porque aquelas mensagens exibidas ao senhor não foram com o Paulo Okamoto, foram com outros interlocutores.

Réu: Isso que não estou entendendo.

Juiz: Qual é pergunta doutor? Também não estou entendendo. Se aquelas mensagens 5, 6 são todas mensagens do celular dele? Não são, doutor. Desculpe, o material probatório está nos autos, à disposição da defesa.

Advogado de Paulo Okamoto: O senhor confirma essa interpretação do juízo?

Juiz: Não, doutor. Está indeferida essa pergunta. A defesa está argumentando que está sendo ocultado o material probatório dela?

Advogado de Paulo Okamoto: Não, Excelência. A defesa requereu o acesso ao telefone e perícia no telefone. E o indeferimento foi com base em que tudo o que está citado na denúncia é suficiente. A defesa vai ratificar Vossa Excelência e requerer, com base no depoimento, o deferimento da perícia, porque a defesa deseja ter acesso a integralidade das mensagens.

Juiz: Não, a defesa requereu perícia na integralidade das mensagens, se tivesse requerido o direto, o juízo teria providenciado.

Advogado de Paulo Okamoto: Então, a defesa vai requerer, inclusive em razão do depoimento realizado hoje.

Juiz: Tem alguma pergunta?

Advogado de Paulo Okamoto: Um minutinho... Vossa Excelência respondeu à pergunta, por ser óbvia, me parece. Pode deixar o interrogando responder se existem mensagens que não foram exibidas ainda?

Juiz: O doutor está sugerindo, de uma maneira não muito educada, que está sendo ocultado material probatório. Essa pergunta está indeferida, eu já esclareci a questão, o senhor pode requerer o acesso à integralidade e será disponibilizado. Se não teve ainda, é porque não requereu direito.

Advogado de Paulo Okamoto: Vossa Excelência atribuiu a afirmação

provocada, a fim de expedir ofício para que forneçam as contas reversas dos números de telefone citados, parece claro que a denúncia deveria ter sido instruída com a íntegra do material obtido com acesso aos referidos aparelhos celulares, permitindo à Defesa o conhecimento dessas informações (operadoras de telefonia), pois vigora no processo penal o *princípio da comunhão da prova*, isto é, a prova pertence às partes, não somente a uma delas..

Quanto à determinação para que seja informado o exame pericial pretendido nos computadores e HD's apreendidos, é evidente que a delimitação do pedido, nomeação de assistente técnico e formulação de quesitos depende do prévio conhecimento do conteúdo de tudo aquilo que foi apreendido.

Sem acessar o conteúdo do material apreendido não é possível exercer o direito à prova, em sua modalidade pericial.

O que se verifica aqui é um atropelo do contraditório e da ampla defesa com um processo que caminha em velocidade máxima e com total desrespeito ao direito de defesa, que rememora a existência de processo secreto, a exemplo da narrativa construída na obra “O Processo”, de Franz Kafka.

Conforme a lição de LUIGI FERRAJOLI, é fundamental o acesso à prova:

“De modo que o imputado seja posto em condição de refutá-la e nada lhe seja ocultado do que se prepara para o seu prejuízo e o do que se faz e se fará para robustecer o preconceito de sua culpabilidade e demolir a presunção de inocência que sempre o assiste.”¹⁶

Com o r. ato lesivo que indeferiu a prova pericial, fica patente a destruição absoluta da paridade de armas entre a defesa e a acusação, que já se encontram em assimetria, tendo em vista a atuação inquisitorial da d. autoridade originariamente coatora, o que configura explícito cerceamento de defesa, o qual deve ser corrigido pelas instâncias superiores do Poder Judiciário, como disse o Ministro CARLOS MADEIRA:

"A Constituição Federal, ao falar da defesa ampla, garantiu sobretudo o réu, e não a acusação. Mas a prática diuturna da atividade profissional, na área criminal, tem demonstrado que os requerimentos do Ministério Público são acatados mais comumente, prevalecendo em relação à defesa o vezo de considerá-lo não raro como procrastinatórios, descabidos, etc."

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**, 2002, p. 485.

(Supremo Tribunal Federal, 2.^a Turma, rel. Ministro Carlos Madeira, HC n.º 64.881/RJ, DJ 14.08.87, p. 16.087, j. 19.06.87).

Perceba-se.

A d. autoridade originariamente coatora negou o direito de ampla defesa ao Recorrente, **inclusive de acesso integral às provas para a realização de perícia**, com fundamentos mais ou menos injustificáveis do ponto de vista jurídico e/ou indefensáveis do ponto de vista do Estado Democrático de Direito, em uma sanha punitiva que à medida que acelera o processo, age de forma parcial e seletiva, com o atropelo dos direitos e garantias fundamentais do Recorrente e demais corréus, a pretexto de interesses cada vez menos obscuros.

Conforme aduz GERALDO PRADO:

“A defesa tem o direito de conhecer a totalidade dos citados elementos informativos para rastrear a legalidade da atividade persecutória, pois de outro modo não tem condições de identificar provas ilícitas; o conhecimento integral é necessário para a defesa avaliar a correção do juízo do Ministério Público sobre a infração penal supostamente praticada pelo acusado e assim repudiar os excessos e/ou as acusações infundadas; e, por derradeiro, para preparar-se para produzir a contraprova. A possibilidade de refutação pela defesa constitui elemento indispensável à validade jurídica de um processo penal, estribado na verificação do fato como condição para a punição do acusado.”¹⁷

Ademais, veja-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria:

“PROVA - REALIZAÇÃO - DEFESA - EXERCÍCIO. O direito de defesa confunde-se com a noção de devido processo legal, além de, preservado, atender aos reclamos decorrentes do fundamento da República Federativa do Brasil que é a dignidade da pessoa humana - artigos 1º e 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Ambígua a situação, tal direito há de ser viabilizado à exaustão (Coqueijo Costa), óptica robustecida quando em jogo o exercício da liberdade de ir e vir.”

(HC 80.031, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 16/05/2000, DJ 14-12-2001 PP-00025 EMENT VOL-02053-05 PP-01019)

¹⁷ PRADO, Geraldo. **Parecer: O processo penal e a quebra da cadeia de custódia da prova**. Rio de Janeiro: Publit, 2014, p. 22.

Por conseguinte, os atos coatores supracitados constituem violação dos *princípios do contraditório, da ampla defesa* (art. 5º, LV, CRFB) e *da paridade de armas*, razão pela qual se revela a **nulidade da sentença** que, apesar de absolutória, se referiu à “falta de prova suficiente da materialidade”.

4.7.2 - O indeferimento de acesso integral à prova com relação ao conteúdo do Acervo Privado Presidencial

O magistrado de primeiro grau indeferiu também a produção de *prova pericial fundamental*, consistente em perícia descritiva da composição do acervo depositado no Sindicato dos Metalúrgicos do ABC e no Banco do Brasil, a fim de esclarecer sua metragem cúbica, peso e natureza do material (p. ex.: cartas, livros, revistas); no caso dos objetos tridimensionais, perícia mercadológica, a fim de verificar a *inexistência de valor econômico, pois seu valor decorre do pertencimento a um acervo de valor histórico e cultural*.

Eis o trecho decisório:

“A questão controvertida reside no pagamento pela OAS das despesas de armazenamento do acervo presidencial junto à Granero. Alega o MPF que o pagamento pela OAS teria sido feito às escondidas e que faria parte de um acerto de propinas entre o ex-presidente e a OAS. A Defesa, por sua vez, nega essa relação. Então os pleitos da Defesa de Paulo Okamoto quanto à realização de exame pessoal e posterior perícia sobre esse material é manifestamente irrelevante para o julgamento do feito, já que não permite qualquer conclusão quanto ao fato narrado na denúncia.

Observo ainda que a ampla defesa, direito fundamental, não significa um direito amplo e irrestrito à produção de qualquer prova, mesmo as impossíveis, as custosas e as protelatórias. Cabe ao julgador, como dispõe expressamente o art. 400, §1º, do CPP, um controle sobre a pertinência, relevância e necessidade da prova. Conquanto o controle deva ser exercido com cautela, não se justificam a produção de provas manifestamente desnecessárias ou impertinentes ou com intuito protelatório.

[...]

Com base, portanto, nos art. 184 e 400, §º 1º, do CPP, indefiro o requerido”.

Decisão – Evento 578.

Ora, como define o art. 3º da Lei nº. 8.394/91, os itens do Acervo Privado Presidencial “*integram o patrimônio cultural brasileiro e são declarados de interesse público para os fins de aplicação do §1º do art. 216 da Constituição Federal*”, pois constituem “*referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formados da sociedade brasileira*” (art. 216, da CRFB).

Na sua origem, de propriedade do Presidente da República, inclusive para fins de herança, doação ou venda (art. 2º da Lei nº. 8.394/91), impõe medidas e providências a serem adotadas pelas entidades públicas e privadas, de sorte que há amplo interesse público sobre os acervos presidenciais e, uma vez encerrado o mandato de chefe de Estado/governo, nasce a obrigação de dar destinação ao Acervo, pois não poderia mais permanecer nas dependências da Presidência da República (art. 13 da Lei nº. 8.394/91).

Logo, a produção de prova pericial, por meio da análise dos itens que integram o Acervo, é um recurso de defesa que, para além de relevante, é imprescindível para fins de demonstrar a inexistência de vantagem indevida – ou que os bens teriam sido “armazenados em benefício do ex-Presidente Lula –, em razão do pagamento da despesa de preservação do acervo presidencial por empresa privada, razão pela qual, o seu indeferimento constitui flagrante violação do direito de defesa do Paciente e dos corréus.

Apenas a prova pericial, em sede de cognição exauriente, pode confirmar a natureza dos bens contidos no Acervo Privado Presidencial, de modo a comprovar a inexistência de valor econômico de seus itens e, assim, demonstrar a ausência de elemento objetivo do tipo da infração penal antecedente.

Vale dizer que, na resposta à acusação, a Defesa atendeu o pleito do d. Juiz de piso, no sentido de apresentar a relação de bens que compõe o Acervo Presidencial.

Veja-se.

Se até no processo civil, o qual se destina à tutela de direitos que não envolvem diretamente a liberdade de locomoção, o juiz é autorizado a indeferir prova pericial nos estritos casos previstos nos incisos §1º do art. 464, do Código de Processo Civil – se a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico, se for desnecessária em vista de outras provas produzidas e se a verificação for impraticável –, como justificar tal indeferimento na esfera do processo penal, em que está em discussão, de início, o direito fundamental à liberdade de ir e vir?

É clarividente a consonância da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça (STF) com o direito fundamental à ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB):

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. INDEFERIMENTO DE PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. - Em sede de processo penal, as provas requeridas na fase de alegações escritas (CPP, art. 395), desde que admitidas em direito e pertinentes à materialidade e à autoria do fato criminoso, não podem ser indeferidas pelo Juiz, sob pena de desrespeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório. - Na fase do artigo 499, do Código de Processo Penal, não há espaço para a ampla produção de provas, podendo o juiz indeferir aquelas que consideradas desnecessárias ou inconvenientes, devendo, todavia, fundamentar suficientemente a decisão, com indicação objetiva das razões do indeferimento. - Recurso ordinário provido. Habeas corpus concedido."

(Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, HC n.º 6.103, rel. Ministro Vicente Leal, j. 18.03.1997, p. 18.08.1997)

4.7.3 A violação ao exercício do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB) em outros cinco episódios

O contraditório e a defesa – em sentido amplo, com seus meios e recursos a ela inerentes – estão indissolavelmente ligados. Num primeiro momento, da informação é que brota o exercício da defesa, razão pela qual, os dois princípios estão assegurados no art. 5º, LV, da CRFB/1988.

O contraditório consiste no direito de participar, de contrapor a acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no processo.

No que tange à prova, após a postulação, cabe ao juiz o momento de admissão da prova, cuja impugnação ou recusa deve ser feita pelo Ministério Público Federal.

Não cabe ao juiz se manifestar como “dono do processo” para, *per si*, se manifestar sobre a inadmissibilidade de determinada prova, sob o pretexto de que seria seu dever zelar pela celeridade do processo.

Em verdade, o processo não tem que ser veloz ou célere a todo custo: a Constituição assegura a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CRFB) no sentido de garantir ao cidadão que a tutela jurisdicional efetiva se dará

em tempo adequado, a fim de combater a morosidade processual e não como mandamento para suprimir os direitos e garantias liberais que constituem conquistas civilizatórias para a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB), em especial no processo penal.

Além do fator temporal, não pode a d. autoridade originariamente coatora se valer de sua própria torpeza para alegar que determinada prova seria demasiado custosa: ora, foi a Força Tarefa que iniciou a Lava-Jato que empreendeu uma série de acusações demandando enormes recursos para a investigação, processo e julgamento dos acusados, logo, em nome do *princípio da ampla defesa* – e da *paridade de armas* –, cabe ao juiz deferir provas ainda que elas devam ser custeadas pelo erário, haja vista que para além dos direitos individuais, há também interesse público no esclarecimento dos fatos imputados ao Recorrente e demais corréus e o entendimento em sentido contrário significaria inviabilizar a defesa, pois o particular jamais poderá atuar em equivalência de condições com o Estado no que diz respeito aos recursos financeiros necessários para a produção de determinadas provas que exigem maiores custos.

Ademais, é inadmissível que o d. juízo de piso indefira determinada prova por sua própria desídia, alegando que não é obrigado a procurar os números telefônicos que constam da denúncia: afinal, a d. Autoridade Coatora desconhece a denúncia?

Sob o manto do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, a liberdade do magistrado se refere:

“À não submissão do juiz a interesses políticos, econômicos ou mesmo à vontade da maioria. A legitimidade do juiz não decorre do consenso, tampouco da democracia formal, senão do aspecto substancial da democracia, que o legitima enquanto guardião da eficácia do sistema de garantias da Constituição na tutela do débil submetido ao processo.”¹⁸

Tal liberdade não é plena, pois encontra limitação no dever de motivação das decisões (art. 93, IX, CRFB), de modo que não pode substituir a prova por meras conjecturas ou ainda mascarar por meio da retórica a decisão judicial e disfarçar o que realmente ocorre: o indeferimento como forma de cercear a defesa e acelerar o processo para obter a condenação de forma rápida e eficiente, com finalidades político-eleitorais, para satisfazer a fração dominante da opinião pública – ou melhor, da opinião publicada.

¹⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 515.

Como se demonstrará, em cinco oportunidades anteriores houve flagrante cerceamento de defesa por meio de decisões com fundamentação insuficiente, defeituosa ou inexistente, as quais constituem atos coatores que consubstanciam *cerceamento de defesa*:

Primeiro, esclareceu-se que a denúncia, ao longo de suas 149 páginas, fez menção a diversos procedimentos administrativos e documentos que não constam nos seus 305 anexos, que perfazem mais de 16 mil folhas.

Sem o acesso a tais documentos torna-se inviável o exercício amplo do direito de defesa e do contraditório, garantias elementares de qualquer acusado, sobremaneira em uma ação penal com tamanha repercussão jurídica.

Frise-se: a denúncia, que não goza de fé pública, fez menção a diversos documentos que não a instruem, logo, carece de instrução documental que respalde suas asserções.

Não basta que a denúncia cite um determinado documento, é preciso que ela esteja instruída com tal elemento.

Sob o ponto de vista da garantia constitucional do contraditório, formada pelo binômio *informação e possibilidade de reação*, a ausência de juntada desses documentos viola o primeiro desses aspectos, porquanto impediu a defesa de conhecer os elementos que subsidiaram a construção da narrativa acusatória.

Sem o acesso a tais documentos, a defesa não teve a possibilidade de reação, isto é, a possibilidade de contestá-los. Em síntese: sem *informação* não há *possibilidade de reação*.

Portanto, a fim de que se possa exercer o direito de defesa de forma ampla e o contraditório, fazia-se, como ainda se faz, necessário a juntada pelo órgão ministerial de todos os documentos a que faz referência na denúncia, antes do interrogatório, o qual foi, em velocidade desproporcional à garantia de direitos, realizado no *dia 28 de abril de 2017*, em flagrante cerceamento de defesa, típico de um tribunal de exceção – por incompetência e evidente violação do princípio do juiz natural –, com a gestão da prova pelo juiz, como princípio unificador de um sistema processual penal de natureza essencialmente inquisitorial.

Segundo, houve o indeferimento da oitiva de 2 (duas) testemunhas, dentre o total de 18 (dezoito) indicadas, quais sejam BRUNO DELMAS (Paris,

França) e MARIANO GARCÍA (Toledo, Espanha), sob o pretexto de não serem imprescindíveis, nos termos do art. 222-A do CPP, quando em verdade, foram rejeitadas pelo simples fato de residirem no exterior, contudo, tratam-se de especialistas e referências no estudo de arquivos históricos, dentre eles, os acervos presidenciais:

“A Defesa arrolou dezoito testemunhas, duas residentes no exterior. Foi intimada para demonstrar a imprescindibilidade nos termos do art. 222-A do CPP.

Nos esclarecimentos (evento 244), informou que as testemunhas são referências no estudo de arquivos históricos, o que teria relação com os acervos presidenciais.

A prova em questão está longe de ser imprescindível. Tem este Juízo presente a relevância do acervo presidencial para fins históricos e já foram ouvidas testemunhas residentes no Brasil a relevância histórica de acervos presidenciais.

Como já consignado a questão relevante não é essa, mas sim se o pagamento efetuado pela OAS das despesas de armazenamento do acervo do ex-Presidente insere-se ou não em um contexto de acerto de propina.

Portanto, indefiro a oitiva dessas duas testemunhas no exterior pois não são, à toda evidência, imprescindíveis.”

Decisão – Evento 578.

Ora, a d. autoridade originariamente coatora é entusiasta da cooperação penal internacional e, com frequência, solicita diversas informações no exterior, com a finalidade de obter provas para punir os acusados em processos penais que se encontram sob a sua “competência”, porém, quando se tratam de testemunhas que podem produzir provas no sentido contrário ao quadro mental paranoico construído por si no mundo das hipóteses, julga que tais provas são irrelevantes e prescindíveis, afinal, para ele, de fato, são prescindíveis, porém não o são para os acusados.

Como se pode observar, o indeferimento se refere à injustificável celeridade processual que desejou empreender o d. juízo de piso, tendo em vista as consequências políticas da condenação dos réus, de modo que uma carta rogatória para oitiva de uma ou duas testemunhas no exterior atrapalharia os planos inquisitoriais para a condenação em velocidade máxima, com os olhos voltados para as eleições presidenciais de 2018.

art. 216 da [Constituição Federal](#), e são sujeitos às seguintes restrições:
I - em caso de venda, a União terá direito de preferência; e
II - não poderão ser alienados para o exterior sem manifestação expressa da União.

(...)

[Art. 5º](#). O sistema dos acervos documentais privados dos presidentes da República terá participação do Arquivo Nacional, Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural (IBPC), Museu da República, Biblioteca Nacional, Secretaria de Documentação Histórica do Presidente da República e, **mediante acordo**, de outras **entidades públicas e pessoas físicas ou jurídicas de direito privado** que detenham ou tratem de acervos documentais presidenciais.

(...)

[Art. 8º](#). Compete à Comissão Memória dos Presidentes da República:
XI - **estimular a iniciativa privada a colaborar com os mantenedores de acervos**, para a preservação, divulgação e acesso público.

(...)

[Art. 14](#). **As entidades públicas ou privadas**, ou as pessoas físicas mantenedoras de acervos documentais presidenciais privados, **poderão solicitar** dos órgãos públicos orientação ou **assistência para a sua organização, manutenção e preservação e pleitear apoio técnico e financeiro do poder público para projetos de fins educativos, científicos ou culturais**.

(...)

[Art. 17](#). **As despesas** decorrentes desta lei **correrão à conta das dotações orçamentárias próprias da Presidência da República e dos órgãos e entidades participantes do sistema de acervos documentais privados dos presidentes da República.**”

Isto posto, se o Ministério Público diz que a contribuição de empresas privadas para o custeio de armazenamento e preservação do Acervo Privado de ex-Presidentes é um fato ainda carente de comprovação, não pode o d. juízo de piso, sem fundamentação compatível com os princípios e garantias fundamentais da ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB), indeferir o meio de prova, com a alegação de sigilo ou de suposta impossibilidade de requisitar coercitivamente tais informações, sob pena de *cerceamento de defesa*.

Quarto, a d. autoridade originariamente coatora indeferiu a obtenção de prova documental por meio da expedição de ofício ao Consulado Estadunidense e ao Consulado Francês para que informem como são tratados seus acervos presidenciais, sob o fundamento de que:

“Não cabe à Justiça brasileira solicitar informações ao Consulado Americano ou ao Consulado Francês sobre o tópico em questão. Querendo, deve a Defesa providenciar por sua conta a prova ou a

Como se pode falar em prova suficiente da materialidade se: (i) o juiz indeferiu os requerimentos de provas; (ii) indeferiu o acesso ao conteúdo integral das provas já existentes; (iii) todas as provas produzidas apontam para a necessidade de absolvição por não constituir o fato infração penal (art. 386, III, do Código de Processo Penal)?

A Defesa, portanto, foi impossibilitada de provar o que sustentava. Não há como cogitar falta de interesse recursal em situação tão única quanto a do caso em tela.

4.7.2– Da Comunhão das Provas

O ordenamento processual define que a prova, dentro do processo garantia, é comum a todas os agentes processuais – no caso, Ministério Público Federal, juízo e réus.

Pedido de produção de prova de um importa a todos, sem distinção ou eventual mitigação por meio de atuação dissipada de qualquer um dos citados sujeitos. Isso significa que a prova, ainda que pedida por defesa de réu específico, pode importar a todos, e até mesmo à acusação.

Conforme define BADARÓ¹⁹:

“Por outro lado, há a regra da comunhão ou aquisição da prova; uma vez produzida a prova, o juiz poderá valorá-la, independentemente da parte que a produziu. Assim, a prova produzida por uma parte poderão ser valorada em favor da outra parte. Diante de tal regra, ainda que uma das partes não se desincumba de seu ônus subjetivo, é possível que o julgamento não lhe seja desfavorável, porque a outra parte acabou produzindo uma prova contrária ao seu próprio interesse e favorável à parte que se omitiu em prová-lo.

A doutrina costuma distinguir dois aspectos do ônus da prova; o subjetivo e o objetivo. O ônus da prova subjetivo diz respeito a quem deverá provar cada fato. Consequentemente, determina quem sofrerá a consequência negativa pelo fato não provado, lendo a função de exercer uma pressão psicológica sobre a parte onerada, direcionando a sua atividade probatória. Tal influência se dá, normalmente, ao longo da fase instrutória. De outro lado, o ônus da prova objetivo disciplina como o juiz deverá julgar, no momento de sentenciar, se estiver em dúvida sobre fato relevante.

¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. São Paulo, RT, 2015.

A higidez do sistema processual, como direito fundamental calcado na ordem jurídica vigente, importa não somente a parte específica, mas à coletividade como um todo, conforme exercício do intrínseco direito à cidadania. As garantias não estão à mercê de interesses.

Como se pode ver, a questão não é meramente simbólica. Trata-se de clara negativa de vigência ao artigo 5º, LV, CRFB/88, que possui efeito *erga omnes*.

A seguir, passa-se aos requerimentos.

CAPÍTULO V – DO PEDIDO

Posto isso, requer distribua-se este Recurso Extraordinário ao Ministro DIAS TOFFOLI, conforme os fundamentos constantes do Capítulo I, em razão da incidência do artigo 38, inciso II, do RISTF, por não mais ser prevento o Ministro EDSON FACHIN para os feitos originários da *Operação Lava Jato*.

Destarte, após abertura de vista ao Procurador-Geral da República para manifestação, requer dê-se provimento ao presente Recurso Extraordinário, reconheça-se a afronta aos *princípios do juiz natural* (artigo 5º, inciso LIII, da CRFB), *do devido processo legal* (art. 5º, LIV, da CRFB/1988), *da presunção de inocência* (artigo 5º, inciso LVII, da CRFB), *da reserva legal* (artigo 5º, inciso XXXIX, da CRFB), e ao interesse público sobre o patrimônio cultural brasileiro (artigo 216, §1º, da CRFB) e, assim, conceda-se os seguintes pedidos:

1. Reconhecer a afronta aos princípios *do juiz natural* (art. 5º, XXXVII e LIII, da CRFB/1988) e *do devido processo legal* (art. 5º, LIV, da CRFB/1988), visto que o acórdão recorrido aduz que há conexão inequívoca entre os contratos firmados e desvios da Petrobras, ao mesmo tempo em que ratifica a sentença, a qual, contudo, nega tal vinculação, o que, por si só, demonstra a incompetência do Juízo de piso.

2. Reconhecer a inexistência de prevenção processual da 8ª Turma e do Des. Federal João Paulo Gebran Neto, consubstanciados na falta de conexão material e temporal entre o presente feito e os que justificam as referidas

anteriormente, inexistir lavagem de capitais, haja vista que há lei expressa que reconhece o acervo como de patrimônio cultural do povo brasileiro (art. 3º, da Lei 8.394/1991) e que pode ser custeado com o auxílio de recursos financeiros inclusive de entidades privadas (art. 14, da Lei 8.394/1991).

Pede provimento.

Do Rio de Janeiro/RJ para Brasília/DF, em 16 de abril de 2018.



FERNANDO AUGUSTO FERNANDES
OAB/RJ 108.329

Breno de Carvalho Monteiro
OAB/RJ 214.580

Rafaela Azevedo de Otero
OAB/RJ 173.582

Rodrigo José dos Santos Amaral
OAB/RJ 204.322

Reinaldo Santos de Almeida
OAB/RJ 173.089

Guilherme Marchioni
OAB/SP 294.053