



Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Gab. 10 - DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES

PROCESSO: 1027446-63.2018.4.01.0000 PROCESSO REFERÊNCIA: 0076573-40.2016.4.01.3400
CLASSE: HABEAS CORPUS CRIMINAL (307)
PACIENTE: LUIZ INACIO LULA DA SILVA

IMPETRADO: 10 VARA FEDERAL CRIMINAL

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Cristiano Zanin Martins e outros em favor de **Luiz Inácio Lula da Silva**, em face da decisão do Juízo Federal da 10ª Vara Criminal Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos da ação penal 0076573-40.2016.4.01.3400, em decisão datada de 6/9/2018, determinou a reabertura da fase instrutória, especialmente para realizar a oitiva de Antônio Palocci Filho e Nelson Jobim, na referida ação penal, na condição de testemunhas do juízo.

Alegam os impetrantes que a reabertura da fase de instrução do processo, com a determinação de realização de oitiva das testemunhas acima referidas configuraria manifesto constrangimento ilegal ao paciente, porque “o ato decisório que culminou com a designação de audiência para oitiva dessas ‘testemunhas do juízo’ (mas que, na verdade são muito do MPF) é nulo, pois a determinação da autoridade coatora decorreu de requerimento formulado pelo *Parquet*, em petição avulsa e sigilosa, não tendo a defesa do paciente sido intimada para manifestação sobre essa pretensão, em flagrante desrespeito às garantias processuais de índole constitucional”.

Sustentam que o depoimento prestado por Antônio Palocci no Procedimento Investigatório Criminal 1.16.000.003701/2015-70, que tramita na Polícia Federal do Distrito Federal, relacionado à *Operação Greenfield*, e durante o qual teria ele mencionado hipotética atuação do paciente em ilicitudes relacionadas à aquisição dos “caças” (oportunidade em que teria referido uma suposta reunião entre o paciente, o então Ministro da Defesa Nelson Jobim e o então Presidente da República da França, Nicolas Sarkozy, na qual teria sido definida a escolha dos caças franceses em troca de vantagens) não teria qualquer relação com a imputação da alegada venda de influência sobre decisão da então Presidenta Dilma Rousseff para escolha dos caças da empresa sueca SAAB AB.

Defendem que a própria decisão impugnada faz referência a uma ilicitude hipotética, em ato de escolha do próprio paciente sobre os caças franceses, circunstância fictícia que não guardaria relação com a denúncia oferecida nos autos 076573-40.2016.4.01.3400 – na qual a denúncia oferecida teria feito referência à compra dos caças suecos GRIPEN pelo Estado Brasileiro.

Enfatizam que as declarações prestadas por Antônio Palocci no Procedimento Investigatório Criminal 1.16.000.003701/2015-70 seriam impertinentes para a elucidação do fato objeto da ação penal 076573-40.2016.4.01.3400 (originária do presente *writ*).



Dizem que o MPF “não logrou produzir na instrução prova da acusação veiculada contra o Paciente e agora, na fase final da ação, pretende superar essa contingência com o depoimento de delator que sabidamente está disposto a encampar qualquer narrativa sugerida em troca de benefícios”.

Afirmam que “o delator Palocci tentou dirigir seu depoimento para ajustá-lo à denúncia da ação penal 076573-40.2016.4.01.3400, que era pública e amplamente divulgada pelos veículos de comunicação e pelo MPF” e que “seu objetivo é, com efeito, satisfazer o *Parquet* para, ao fomentar a instrução de um processo em desfavor do paciente, obter a recompensa que busca sem qualquer limitação ou escrúpulo”.

Aduzem que a denúncia apresentada contra o paciente trata de suposto tráfico de influência que tem por objeto ato da presidenta Dilma Rousseff na escolha dos caças *Gripen* da empresa sueca SAAB AB, ao passo que a delação “absolutamente inverossímil de Palocci” diria respeito à suposta reunião do paciente com Nelson Jobim e Nicolas Sarkozy para acerto de hipotéticas ‘propinas’ relativa à escolha dos caças franceses pelo próprio paciente”, de modo que não haveria congruência entre o objeto da ação penal subjacente a este *writ* e a “falaz estória premiada de Palocci”.

Defendem que demonstrada a impertinência e a irrelevância da prova em questão, caso Palocci venha a ser ouvido pela autoridade coatora e mantenha a versão proferida na oitiva pretérita da *Operação Greenfield*, eventual sentença prolatada pelo juízo, que leve em consideração esses supostos fatos, violaria o princípio da congruência entre a denúncia e a sentença.

Ressaltam ser “fato notório que a visita de Nicolás Sarkozy ao Brasil, na condição de Presidente da França, ocorreu em 2009, época em que o Paciente ocupava o cargo de Presidente da República” e que “essa situação desmorona a tese acusatória de que Palocci poderia colaborar com o deslinde da ação penal 076573- 40.2016.4.01.3400, vez que nem mesmo a ex-Presidenta Dilma Rousseff, aqui peça fundamental da narrativa do Parquet, ocupava o Palácio do Planalto”. Afirmam, assim, que a prova seria irrelevante e impertinente.

Dizem estar havendo, no caso, preenchimento indiciário/probatório artificial de investigações e ações penais preexistentes pelo uso do “delator de plantão”, sendo que, exatamente para que não ocorram episódios como esses, é que “a lei estabelece a necessidade de corroboração, exigindo que o conteúdo do depoimento da colaboração seja ratificado por outros elementos probatórios”.

Ponderam que “diante de todas as ressalvas doutrinárias, jurisprudenciais e, acima de tudo, legais que o instituto da delação premiada carrega, não há motivos para não impor as devidas suspeitas às ilações de Palocci, que não bastassem ser *post factum*, são posteriores ao oferecimento da denúncia e término de uma instrução processual insatisfatória para o MPF, tendo sido formatadas para suprimir carências da hipótese acusatória e são despidas de elementos de confirmação, em absoluta falta de fidedignidade”.

Destacam que Palocci teve proposta de acordo de colaboração anteriormente rejeitado pelos Procuradores do Ministério Público Federal do Paraná, Força Tarefa Lava Jato, em agosto de 2017. Nessa ocasião, o Procurador Carlos Fernando Santos Lima declarou publicamente que a delação de Palocci estava fundada em “fococas de Brasília” e em “ouvi dizer”.

Afirmam que, assim como ocorreu na referida Força Tarefa da Lava Jato, também no âmbito da Operação Greenfiel (onde prestado o depoimento por Palocci) o que se tem é uma farsa, onde o delator busca, a todo custo, “fabricar” informações que interessem ao órgão de persecução penal.



Defendem que o deferimento da oitiva de Antônio Palocci, sem a prévia manifestação da defesa do paciente o teria reduzido a “mero objeto do processo”, com a nítida supressão do postulado da publicidade dos atos judiciais, do contraditório e ampla defesa, igualdade e condição de sujeito processual, “em reprovável ato de arbítrio”.

Formulam, ao final, o seguinte pedido:

Seja a autoridade coatora, o MM. Juiz Federal da 10ª Vara Federal de Brasília/DF, notificado a prestar as informações do estilo, no prazo legal;
(ii) Seja concedida a liminar para a suspensão da audiência de 20.11.2018, da ação penal nº 076573-40.2016.4.01.3400/DF, até o julgamento final do presente writ;

(iii) Por fim, seja concedida esta ordem de habeas corpus para a finalidade de se reconhecer e afastar o constrangimento ilegal consubstanciado do ato tumultuário, investigatório e inquisitório de tomada de depoimento de delator para apuração de fato hipoteticamente criminoso estranho ao objeto da ação penal nº 076573-40.2016.4.01.3400/DF, em desrespeito às garantias da publicidade, do contraditório e da ampla defesa, da igualdade e da condição de sujeito processual do acusado, previstas no art. 5.º, caput, LV e LX, e art. 93, IX, ambos da Constituição; art. 8.2, b e c, da CADH; art. 13.1 e 14.3.b do PIDCP, bem como em infringência aos arts. 209, 251, 383 e 400, §1º, todos do CPP, em razão da produção de prova flagrantemente irrelevante e impertinente ao deslinde da ação penal, dada a falta de correlação com a imputação e em desbordamento dos poderes instrutórios do juiz, determinando-se, inclusive, o desentranhamento do Termo de Oitiva de Antonio Palocci Filho dos autos da ação penal.

É o relatório. Decido.

O caso é deferimento, em parte, do pedido liminar.

I – Considerações Iniciais

Consta dos autos que em 9.12.2016, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA (ora Paciente) e outros denunciados, imputando-lhes a suposta prática dos delitos de tráfico de influência, pertinência a organização criminosa e lavagem de ativos.

Na parte em que interessa à presente impetração, afirma a acusação que o paciente teria recebido vantagem indevida da empresa sueca SAAB AB, por meio de contrato de prestação de consultoria celebrado entre ela e MARCONDES & MAUTONI (M&M), com subsequente celebração de um segundo contrato entre esta última e LFT Marketing Esportivo EIRELI, controlada pelo filho do paciente, Luís Cláudio Lula da Silva. Essa, segundo a acusação, seria a cadeia de transmissão de suposta vantagem indevida.

A suposta vantagem ilícita constituiria contrapartida de hipotética promessa de influência em ato de gestão da então presidenta da República Dilma Vana Rousseff no processo de licitação do Projeto FX-2, voltado à modernização da Força Aérea Brasileira.

Segundo a acusação, a empresa sueca SAAB AB teria remunerado hipotética influência exercida para escolha dos seus caças Gripen NG, em razão do que a denúncia imputa ao paciente o delito de tráfico de influência, tipificado no artigo 332 do Código Penal, nos seguintes termos:



Art. 332 - Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Cito, por oportuno, trecho da denúncia, na qual, especificamente em relação ao suposto tráfico de influência para aquisição dos caças suecos, melhor se pode compreender a imputação dirigida ao paciente:

(...)

Pelo menos a partir de 28/09/2012, em São Paulo/SP, MAURO MARCONDES MACHADO e CRISTINA MAUTONI MARCONDES MACHADO, com dolo específico, consciência e unidade de desígnios, solicitaram vantagem à empresa sueca SAAB a pretexto de influírem, por intermédio de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, em ato que seria praticado pela então presidente da República DILMA ROUSSEFF, em Brasília/DF, no bojo da concorrência chamada Projeto F-X2 (aquisição de trinta e seis aviões de caça militares pelo Brasil).

A partir de outubro de 2012, envolvida pela jactância de facilidades e de ascendência que o ex-presidente LULA teria sobre DILMA na compra dos caças, a empresa sueca manteve pagamentos (vantagens) de pelo menos € 744.078,00 (setecentos e quarenta e quatro mil e setenta e oito euros) à empresa MARCONDES E MAUTONI (M&M), administrada por MAURO MARCONDES e CRISTINA MAUTONI.

Pelo menos a partir de setembro de 2012, LULA passou a ter pleno conhecimento de que MAURO MARCONDES e CRISTINA MAUTONI estariam divulgando a Andrew Wilkinson e a Bengt Janér, chefes do programa do Gripen Brasileiro no grupo SAAB, influência que poderia fazer junto ao governo federal de favorecimento aos aviões daquela empresa.

Em 28/08/2013, ciente do comportamento de MAURO MARCONDES e CRISTINA MAUTONI e do retorno financeiro que estavam tendo e ainda teriam, LULA aderiu à divulgação que faziam de que poderia influenciar DILMA ROUSSEFF, em Brasília/DF, e concorreu para a reafirmação dessa ‘venda de fumaça’ com o fim de beneficiar financeiramente seu filho (obter vantagem para outrem), LUÍS CLÁUDIO LULA DA SILVA, com parte dos recursos que a SAAB pagou e ainda pagaria a MAURO e a CRISTINA. Deste modo, LULA obteve para o filho, neste caso específico dos caças, parte da vantagem de R\$ 2.552.400,00 (dois milhões, quinhentos e cinquenta e dois mil e quatrocentos reais) que seu filho recebeu da M&M.’

(...)

Ou seja, incutiu-se na contratante SAAB a ideia de que LULA, provocado por MAURO e CRISTINA, poderia influenciar DILMA ROUSSEFF em Brasília/DF, justamente na época em que o prazo de dois anos do contrato entre M&M e SAAB estava prestes a vencer (final de 2013). Por sua vez, LULA, ciente que MAURO e CRISTINA não trabalhavam de graça e antevendo que poderia enriquecer ao filho, aderiu ao comportamento criminoso ao, num primeiro momento, confirmar seu



poder de influência aos suecos, participando dos contatos e conversas com eles, cujos agendamentos foram feitos por MAURO e CRISTINA; e, num segundo momento, ao obter parte da vantagem econômica de R\$ 2.552.400,00 para o filho.

(fls. 25/178, Id 4566928).

Recebida a denúncia e encontrando-se ação penal já em fase avançada de instrução, o Ministério Público Federal, por meio de petição protocolada em 4/9/2018, relatou que “em oitiva realizada no bojo do Procedimento Investigatório Criminal n. 1.16.000.003701/2015-70, relacionado à ‘Operação Greenfield’, na condição de investigado e colaborador (art. 4º da lei 12.850/2013), PALOCCI demonstrou ter conhecimento da atuação direta do ex-presidente LULA no presente caso, e afirmou ainda que ele teria recebido vantagens indevidas”, tendo postulado, assim, a oitiva de Antônio Palocci Filho na qualidade de testemunha do juízo. (fls. 206/210, Id 4566931).

O magistrado de primeira instância, por meio da decisão ora impugnada, exarada em 6/9/2018, determinou a oitiva como testemunha de juízo, com base no artigo 209 do CPP, das seguintes pessoas: 1) Antônio Palocci Filho; 2) Nelson Jobim (novo depoimento), “sem prejuízo de oitiva de demais pessoas que possam esclarecer os fatos relevantes”, tendo ainda designado o dia 20/11/2018, às 10 horas para a realização da audiência para a oitiva das testemunhas do juízo.

Considerou o magistrado de primeira instância que “as declarações sucintas e diretas de Antonio Palocci, que já foi Ministro da Fazenda e depois Ministro da Casa Civil, precisam ser contrastadas em Juízo com as demais provas, em especial as provas contrárias produzidas, sob pena de que palavras soltas, sem os devidos esclarecimentos, possam gerar mais dúvidas com repercussão na verdade processual, pela juntada aos autos de depoimento de terceiro em procedimento administrativo ministerial”. (fls. 194/203, Id 4566930).

Destacou o magistrado de primeira instância que “Nelson Jobim, então Ministro da Defesa do Brasil entre 2007 e 2011, foi ouvido como testemunha no dia 13 de setembro de 2017, e não mencionou que tenha havido alguma reunião que entrou pela madrugada, entre ele, o então presidente Luís Inácio e o ex-presidente da França Sarkozy, não tendo dito nada sobre assinatura de documento ou protocolo referente ao caça mirage francês no dia seguinte à reunião, cujo documento teria ficado de posse de Nicolas Sarkozy, como afirmara o ex-Ministro Palocci ao Ministério Público Federal (que também dissera ao MPF que teria já naquela ocasião teria havido “propina”)”.

No entender do magistrado, seria importante que, após a oitiva de Antônio Palocci, e se mantida por ele a sua versão, fosse reinquirida a testemunha Nelson Jobim sobre a reunião referida por Palocci “e se de fato o representante da França saiu com um uma espécie de contrato ou protocolo de compromisso da compra dos caças franceses *mirage*, um dos objetos deste processo criminal, e ainda se houve alguma menção ou negociação de propina nessa reunião”.

II – A possibilidade de oitiva, como se do juízo fosse, de testemunha indicada extemporaneamente pela acusação

Em primeiro lugar, deve-se anotar que o legislador processual penal, considerado o princípio da verdade real, não veda, de forma absoluta, a possibilidade de nova produção de prova, eventualmente, mesmo após já iniciada, ou até mesmo exaurida a instrução probatória.



O Código de Processo Penal, em seu artigo 209, expressamente propicia seja ouvida testemunha não arrolada inicialmente pelas partes, assim como permite que sejam ouvidas testemunhas que tenham sido referidas por outras testemunhas quando, pois, já iniciada a instrução (cito):

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

§ 2º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.

É óbvio que o dispositivo acima indicado não está, a princípio, a autorizar que o juiz do processo se valha do permissivo legal para sanar a eventual falha na atividade probatória das partes, como seria o caso de o Ministério Público, por desídia, não indicando uma prova, valer-se do dispositivo para fazer do juízo prova que, na verdade, deveria por ele ter sido produzida.

De outro lado, evidentemente, a princípio, pode-se valer perfeitamente do dispositivo em situações em que a testemunha não foi indicada pela parte, precisamente, por que dela não se tinha conhecimento, o que, a princípio, seria o caso dos autos, considerando que a denúncia fora oferecida em 9/12/2016, ao passo que o depoimento prestado por Palocci em autos diversos cujo conteúdo interessaria ao deslinde dos fatos objeto de apuração na ação penal subjacente ao presente *writ* fora por ele prestado no âmbito do Procedimento de Investigação Criminal 1.16.000.003701/2015-70 em 26/6/2018 (fls. 210/215, Id 4566933).

Mais especificamente, não configuraria nulidade, por si só, a oitiva de testemunha indicada extemporaneamente pela acusação, como testemunha do Juízo.

Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TESTEMUNHA. OITIVA. DETERMINAÇÃO PELO JUIZ. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "O posicionamento do Tribunal de origem alinha-se ao entendimento desta Corte Superior, no sentido de que, conforme preceitua o art. 209 do CPP, não configura nulidade a ouvida de testemunha indicada extemporaneamente pelo Ministério Público, como testemunha do Juízo" (AgRg no AREsp 383.529/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 19/12/2017).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1180653/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TESTEMUNHA ARROLADA A DESTEMPO PELA ACUSAÇÃO. NULIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. TESTEMUNHA DO JUÍZO. BUSCA DA VERDADE REAL. ART. 209 DO CPP. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.



1. *Consoante o princípio pas de nullité sans grief, evidenciado no art. 563 do CPP ("nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa"), não há que se falar em declaração de nulidade de ato processual, se dele não resultou qualquer prejuízo concreto para a defesa do recorrente.*

2. *"Nos termos do art. 209 do Código de Processo Penal, não configura nulidade a oitiva de testemunha indicada extemporaneamente pela acusação, como testemunha do Juízo [...]" (HC n. 95.319, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 18/2/2011).*

3. *Agravo Regimental desprovido.*

(AgRg no AgRg no AREsp 898.269/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017).

De qualquer sorte, a jurisprudência tem exigido bom senso na admissão de prova fora dos quadrantes temporais do regular desenvolvimento do processo, de modo a não se consentir com a possibilidade de tumultuar a instrução probatória.

No caso, não obstante se entenda que a oitiva de testemunha indicada extemporaneamente pela acusação, como testemunha do Juízo, por si só, não configure nulidade, há circunstâncias que, em conjunto consideradas, recomendam que ao menos seja garantido ao paciente o direito de manifestar-se previamente quanto à pretensão do órgão de acusação de oitiva de testemunha indicada fora dos quadrantes temporais adequados. Vejamos.

III – O caso concreto

No caso concreto, como visto, segundo consta na decisão objeto da presente impetração, Palocci fora ouvido no Procedimento Investigatório Criminal 1.16.000.003701/2015-70, que tramita na Polícia Federal do Distrito Federal, relacionado à "Operação Greenfield" e durante sua oitiva teria mencionado hipotética atuação do paciente em ilicitudes relacionadas à aquisição dos "caças", oportunidade em que mencionou uma suposta reunião entre este, o então Ministro da Defesa Nelson Jobim e o então Presidente da República da França, Nicolas Sarkozy, na qual teria sido definida a escolha dos caças franceses em troca de vantagens.

Consta dos autos que Palocci, ao prestar depoimento nos autos do PIC 1.16.000.003701/2015-70, juntado a estes autos de HC às fls. 211/215 - Id 4566932, refere "Que em outros casos de atuação direta do ex-presidente Lula, como dos caças, com atuação do presidente francês, receberam vantagens indevidas Lula e o PT".

Considerou o magistrado de primeira instância que "as declarações sucintas e diretas de Antonio Palocci, que já foi Ministro da Fazenda e depois Ministro da Casa Civil, precisam ser contrastadas em Juízo com as demais provas, em especial as provas contrárias produzidas, sob pena de que palavras soltas, sem os devidos esclarecimentos, possam gerar mais dúvidas com repercussão na verdade processual, pela juntada aos autos de depoimento de terceiro em procedimento administrativo ministerial".

Cito, por oportuno, o teor da decisão:

(...)

Trata-se de processo penal, cuja instrução aguarda as Cartas Rogatórias visando à oitiva das testemunhas de Defesa. O último ato de instrução praticado neste processo foi a oitiva da última testemunha de Defesa, ocorrida em 03 de outubro de 2017, quase um ano, restando ainda os interrogatórios dos réus. O Ministério Público Federal, 3269/3272 (vol. XV),



requer a oitiva de ANTÔNIO PALOCCI FILHO na qualidade de testemunha do juízo.

Decido.

Para a oitiva de Antônio Palocci Filho, nessa condição, o MPF alega que no Procedimento Investigatório Criminal n. 1.16.000.003701/2015-70, relacionado com a Operação Greenfield, o nominado prestou depoimento onde mencionou que tinha conhecimento de fatos em investigação neste processo, especialmente "atuação direta do ex-presidente Lula, como dos caças...."

O ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva é réu no presente processo criminal, juntamente com Mauro Marcondes, Luís Cláudio Lula da Silva e Cristina Mautoni, e as declarações sucintas e diretas de Antonio Palocci, que já foi Ministro da Fazenda e depois Ministro da Casa Civil, precisam ser contrastadas em Juízo com as demais provas, em especial as provas contrárias produzidas, sob pena de que palavras soltas, sem os devidos esclarecimentos, possam gerar mais dúvidas com repercussão na verdade processual, pela juntada aos autos de depoimento de terceiro em procedimento administrativo ministerial.

De fato, Nelson Jobim, então Ministro da Defesa do Brasil entre 2007 e 2011, foi ouvido como testemunha no dia 13 de setembro de 2017, e não mencionou que tenha havido alguma reunião que entrou pela madrugada, entre ele, o então presidente Luís Inácio e o ex-presidente da França Sarkozy, não tendo dito nada sobre assinatura de documento ou protocolo referente ao caça mirage francês no dia seguinte à reunião, cujo documento teria ficado de posse de Nicolas Sarkozy, como afirmara o ex-Ministro Palocci ao Ministério Público Federal (que também dissera ao MPF que teria já naquela ocasião ter havido "propina").

Essas declarações de Antônio Palocci estão em manifesta contradição com o depoimento da referida testemunha Nelson Jobim, que afirmara em Juízo que era ele na qualidade de Ministro que tratava com exclusividade do assunto e que também as decisões sobre os caças eram todas dele como Ministro, e que apenas comunicava ao presidente suas decisões, não tendo havido envolvimento direto do ex-presidente Lula na aquisição dos caças.

Desse modo, me parece importante que, após a oitiva de Antônio Palocci, e se mantida por ele a sua versão, sejam reperguntados ao Ministro da Defesa, testemunha Nelson Jobim, sobre a referida reunião que teria "durado noite adentro" entre o último, o ex-presidente Lula e o Presidente Francês da época Nicolas Sarkozy, e se de fato o representante da França saiu com um uma espécie de contrato ou protocolo de compromisso da compra dos caças franceses mirage, um dos objetos deste processo criminal, e ainda se houve alguma menção ou negociação de propina nessa reunião.

Registro que Antônio Palocci Filho não é figura estranha aos autos, pois, embora não tenha sido arrolado como testemunha das partes, existem diversos documentos dos autos que fazem referência a ele como Ministro de Estado e em várias oportunidades, como por exemplo: Vol. 1, f. 224; Vol. 4 – fl. 578; Vol. 5, fl. 769, 866, 869.



O sistema processual brasileiro permite ao magistrado, antes da sentença, esclarecer ponto essencial de questão relevante, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal: "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo porém, facultado ao juiz de ofício: II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante", onde se inclui a oitiva de testemunha imprescindível para esclarecer dúvidas ou fatos pertinentes, como é a hipótese dos autos.

O art. 209 do CPP preconiza: "O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes".

Os Tribunais Pátrios assentaram entendimento de que tal dispositivo não viola qualquer regra constitucional e não gera nulidade. Mesmo porque o testemunho é livre, e no presente caso será levado ao contraditório em face de outros depoimentos já prestados, com o direito à ampla defesa das partes.

Além dos julgados mencionados pelo MPF, acresço outros no mesmo sentido da validade da prova a ser produzida pelo Juízo, ainda que provocada a oitiva por uma das partes em prazo posterior ao que tinha para arrolar suas testemunhas, desde que haja relevância desse depoimento e que seja produto de um fato novo, como é a hipótese dos autos.

Eis alguns julgados:

(...)

Ante o exposto:

1) Revogo a decisão de fls. 3209-verso, referente à suspensão da instrução, dando-se continuidade à fase instrutória;

2) Determino a oitiva como testemunha de Juízo, com esteio no art. 209 do CPP, das seguintes pessoas: 1) Antônio Palocci Filho; 2) Nelson Jobim (novo depoimento), sem prejuízo de oitiva de demais pessoas que possam esclarecer os fatos relevantes.

3) Designo o dia 20/11/2018, às 10 horas para a realização da Audiência para a oitiva das testemunhas do Juízo. À Secretaria para providências necessárias.

Intimem-se. Cumpra-se.

Brasília, 6 de setembro de 2018

(fls. 194/203, Id 4566930).

Considerou o magistrado de primeira instância que as declarações de Antônio Palocci estão em manifesta contradição com o depoimento da testemunha Nelson Jobim, que afirmara em Juízo que era ele na qualidade de Ministro que tratava com exclusividade do assunto e que também as decisões sobre os caças eram todas dele como Ministro, e que apenas comunicava ao presidente suas decisões, não tendo havido envolvimento direto do ex-presidente Lula na aquisição dos caças.

A se ter por certo a informação da autoridade impetrada de que Nelson Jobim, em seu depoimento em juízo, afirmara que era ele na qualidade de Ministro que tratava com exclusividade do assunto e que também as decisões sobre os caças eram todas dele como Ministro, e que apenas comunicava ao presidente suas decisões, não tendo havido envolvimento direto do



ex-presidente Lula na aquisição dos caças, haveria, de fato, aparente contradição com o depoimento prestado por Antônio Palocci, no âmbito do *PIC 1.16.000.003701/2015-70*, onde ele (Palocci) refere “Que em outros casos de atuação direta do ex-presidente Lula, como dos caças, com atuação do presidente francês, receberam vantagens indevidas Lula e o PT”.

De outro lado, a falta de juntada aos autos do presente *habeas corpus* do teor do depoimento prestado por Nelson Jobim no âmbito da ação penal subjacente ao presente *writ* e que, no entender da autoridade impetrada, estaria em contradição com o depoimento prestado por Palocci no Procedimento Investigativo Criminal inviabiliza que este relator, na via estreita do *habeas corpus*, que não admite dilação probatória, reanalise a questão e chegue a entendimento diverso.

Também não seria possível afirmar, de plano, que o depoimento prestado por Palocci seria impertinente ao esclarecimento dos fatos objeto da ação penal subjacente, porque seu depoimento, pelo que se pode depreender da decisão impugnada, refere irregularidades no processo de aquisição dos “caças” pelo governo brasileiro (processo esse iniciado, segundo a denúncia, ainda no ano de 2006, quando o paciente ainda era presidente), guardando pertinência, ao menos num primeiro olhar, com a contratação, ao final da concorrência (no ano de 2013), quando, já no governo Dilma, fora anunciada a compra de 36 caças do modelo sueco *Gripen*, contratação que, segundo a peça acusatória, o paciente teria exercido tráfico de influência para que se concretizasse.

De outra parte, cabe destacar que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não obstante o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada não seja prova por si só eficaz, pelo que descabida condenação lastreada exclusivamente neles, os admite como suficientes indícios de autoria para fins de recebimento da denúncia (cito):

Ementa: INQUÉRITO. CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE CAPITAIS (ART. 317 C/C ART. 327, § 2º, DO CÓDIGO PENAL E ART. 1º, V, DA LEI 9.613/1998). PRAZO EM DOBRO PARA APRESENTAÇÃO DE RESPOSTA À ACUSAÇÃO. ACESSO INTEGRAL AOS DEPOIMENTOS COLHIDOS NO ÂMBITO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. REJEIÇÃO. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. SUBSTRATO PROBATÓRIO MÍNIMO PRESENTE. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DENÚNCIA RECEBIDA EM PARTE.

1. Em se tratando de procedimento eletrônico, o sincronismo das partes quanto ao acesso aos autos afasta, com autorização da lei, o sentido da aplicação subsidiária do art. 229 do CPC/2015 mediante concessão de prazo dobrado para manifestação dos acusados assistidos por defensores distintos. Precedentes.

2. “Tratando-se de colaboração premiada contendo diversos depoimentos, envolvendo diferentes pessoas e, possivelmente, diferentes organizações criminosas, tendo sido prestados em ocasiões diferentes, em termos de declaração separados, dando origem a diferentes procedimentos investigatórios, em diferentes estágios de diligências, não assiste a um determinado denunciado o acesso universal a todos os depoimentos prestados. O que a lei lhe assegura é o acesso aos elementos da colaboração premiada que lhe digam respeito” (INQ 3.983, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.5.2016).

3. Não contém mácula a impedir a deflagração de ação penal denúncia que descreve, de forma lógica e coerente, a imputação no contexto em que se



insere, permitindo ao acusado compreendê-la e exercer seu direito de defesa (AP 560, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 11.6.2015; INQ 3.204, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 03.08.2015).

4. O juízo de recebimento da denúncia é de mera deliberação, nunca de cognição exauriente. Assim, há que se diferenciar os requisitos para o recebimento da exordial acusatória, delineados no art. 41 do Código de Processo Penal, com o juízo de procedência da imputação criminal.

5. Conforme já anunciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada não é prova por si só eficaz, tanto que descabe condenação lastreada exclusivamente neles, nos termos do art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013. São suficientes, todavia, como indício de autoria para fins de recebimento da denúncia (Inq 3.983, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.5.2016). No caso, há indiciariamente substrato probatório mínimo de materialidade e autoria. 6. É inviável a incidência da causa de aumento do art. 327, § 2º, do Código Penal, pelo mero exercício do mandato parlamentar (INQ 3.983 Rel. Min. TEORI ZAVASKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.5.2016; e INQ 3.997 Rel. Min. TEORI ZAVASKI, Tribunal Pleno, DJe de 26.9.2016), porquanto a jurisprudência desta Corte determina a existência de uma imposição hierárquica (INQ 2.191, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe de 8.5.2009), sequer descrita nos presentes autos. 7. Denúncia recebida, em parte, com relação ao art. 317 do Código Penal e art. 1º, caput, V, da Lei 9.613/1998, na redação anterior à Lei 12.683/2012. (Inq 4118, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 08/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 04-09-2018 PUBLIC 05-09-2018).

Assim, a se considerar que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, depoimentos colhidos em colaboração premiada seriam suficientes como indício de autoria para fins de recebimento da denúncia, com mais razão não haveria, a princípio, óbice a que, com base em tais depoimentos, como ocorreu no caso, seja determinada a oitiva do delator em juízo, com a finalidade de esclarecer os fatos por ele reportados em delação.

Recomenda-se, é claro, especial reserva quando se tenha que utilizar como meio de prova as declarações decorrentes da chamada delação premiada, porquanto o delator, seja porque age sob a promessa de uma pena menor, seja porque age sob a ameaça de uma pena severa, é de ser sempre considerado uma testemunha interessada, quando não tendenciosa.

Existe o perigo de se transformar o acusado em mero objeto de deliberação e dos interesses do Ministério Público, do judiciário e do delator, que, tendo cometido crime, poderá se beneficiar com sua confissão e com o depoimento que presta contra terceiro, havendo sério risco de se perder a objetividade que se busca nos processos judiciais de natureza penal, principalmente a busca da verdade real.

Também não se pode desconsiderar que os acordos de delação trazem ainda o perigo de que o Judiciário acabe consentindo com algum descaso para com o devido processo legal, revelando parcialidade contra o acusado, perdendo de vista a obrigação de conformar um quadro objetivo e imparcial sobre os fatos investigados.

Esse perigo aumenta quando se permite verificar uma predisposição contra acusados que de algum modo são alçados pelos órgãos de imprensa à condição de inimigos públicos. O Poder Judiciário não pode consentir com a subversão dos princípios que regem o devido processo legal, devendo conferir ao acusado a certeza de que, ainda que seja ao final condenado, o seu



juízo se realizará por um órgão imparcial, que nunca esteve aberto a qualquer espécie de prejulgamento, seja para condenar, seja para absolver.

No caso, trata-se de testemunha que, não obstante determinada a oitiva como se do juízo fosse, na prática, se refere à testemunha da própria acusação, indicada fora dos quadrantes temporais adequados.

Em tal circunstância e por se tratar de prova cuja produção fora determinada com base em depoimento prestado em delação premiada, cujas declarações, como já se disse, devem ser vistas com certa reserva, deve ser garantido ao paciente, ao menos o direito de manifestar-se previamente ao deferimento ou indeferimento da oitiva pretendida pela acusação, de modo a não somente garantir-lhe o mais amplo direito ao contraditório e à ampla defesa, mas também e principalmente garantir-lhe o direito de não ser surpreendido com elemento de prova que, praticamente finda a instrução, ainda não constava dos autos.

De fato, um dos aspectos mais importantes do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição da República de 1988 manifesta-se na exigência de previsibilidade e segurança jurídica a qualificar toda a ação dos poderes públicos, muito especialmente, quando se cuida de atos dos quais possam implicar restrições ao patrimônio e, mais ainda, à liberdade do indivíduo.

No que toca a esses valores fundamentais de nossa ordem constitucional, nenhuma consequência negativa derivada da ação do Estado pode fundar-se, pois, em alegação de fato, ou de direito, da qual o indivíduo atingido não tenha tido a oportunidade de se defender e manifestar, opondo argumentos, interpretação e, eventualmente, provas contrárias à pretensão do Estado de impor-lhe sanção patrimonial ou restrição aos seus direitos de liberdade.

Há na Constituição, com efeito, um conjunto sistematizado de direitos fundamentais que bem demonstram a impossibilidade de surpreender o cidadão com medidas de restrição a seu patrimônio e à sua liberdade, sem que lhe seja conferida, com antecedência, a ocasião para expressar a sua defesa técnica.

A Constituição apenas aceita restrição ao direito de liberdade quando o acusado teve conhecimento prévio de todos os aspectos materiais e processuais que o envolvem e podem comprometer a sua defesa.

Assim, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (artigo 5º, inciso XXXIX). Da mesma forma, a lei penal não retroagirá salvo para beneficiar o réu (artigo 5º, inciso XL).

Também outros dispositivos da Constituição Federal só têm sentido quando interpretados à luz da exigência de possibilidade de conhecimento prévio do réu de todos os aspectos da acusação e do processo que, de algum modo, possam atingir os seus direitos fundamentais.

Prescreve também a Constituição da República que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (artigo 5º, LIII). Obviamente, a autoridade competente há de ser definida em lei prévia.

Estabeleceu ainda o constituinte que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (artigo 5º, LIV) e “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (inciso LV).

Obviamente, devido processo legal, ampla defesa e contraditório são mandamentos que se inserem na sistemática constitucional de previsibilidade e segurança jurídica. Em outras



palavras, devido processo legal, ampla defesa e contraditório só revelam algum sentido constitucional quando puderem ser concretizados por meios e instrumentos prévios de manifestação da parte interessada.

Como tenho acentuado em processos de minha relatoria, no Tribunal a que sirvo, no Direito Comparado, dando perspectiva mais alargada ao caso, inserindo a discussão no debate desenvolvido no âmbito das nações que mais têm homenageado as garantias processuais do acusado, consideradas as mesmas razões que inspiram lá como aqui a garantia da ampla defesa e do contraditório, inclusive o direito do acusado de ser ouvido e tomado a sério pelo magistrado, no direito alemão, por exemplo, que, desde sempre, nos tem servido de parâmetro civilizatório, direta ou indiretamente (por via da experiência italiana e portuguesa), tem-se acentuado, com base na Lei Fundamental alemã, a necessidade de se garantir o acusado contra a produção de prova e decisões que possam surpreendê-lo (proibição da surpresa).

Como anotam os consagrados constitucionalistas alemães, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, o direito de acesso e de ser ouvido pelos tribunais (*das Recht auf Gehör*) consiste na garantia constitucional de que os órgãos jurisdicionais ouvirão com antecedência e atenção a demanda dos cidadãos, o que implica que as partes têm o direito de apresentar seus argumentos e provas e, o mais importante, os Tribunais têm o dever de tomar a sério o que lhes foi apresentado (Grundrechte – Staatsrecht II. 16ª ed., Heidelberg, 2000, p. 274/275).

No que aqui nos interessa teoricamente de forma mais direta, segundo aqueles consagrados autores, fala-se na verdade em três níveis ou estágios de realização do direito à *audiência* e à *não surpresa* perante os tribunais: (1) num primeiro nível, obrigam-se os tribunais a proporcionar à parte conhecimento completo sobre todas as manifestações da outra parte, o que abrange todos os fatos por e meios de prova apresentados e indicados pela parte contrária; envolve também as opiniões jurídicas com base nas quais o próprio tribunal pretende tomar sua decisão, além de informar a parte sobre aquelas opiniões sobre as quais elas não precisam contar (direito a não se surpreender); (2) no outro nível, implica a possibilidade efetiva de a parte poder se manifestar por escrito sobre as questões de fato e de direito; (3) e, por fim, no terceiro nível, o direito a que os tribunais considerem nas suas decisões os argumentos essenciais apresentados pelas partes (Grundrechte – Staatsrecht II. 16ª ed., Heidelberg, 2000, p. 274/275).

Portanto, o acusado, como se viu, tem o direito de saber com antecedência (sem surpresa), em toda a sua extensão, aquilo que será usado, ou não, contra ele pelo magistrado no seu julgamento.

Também Helmut Siekmann e Gunnar Duttge, em seu manual sobre direitos fundamentais, explicam que, em obediência ao direito à consideração do que foi arguido e apresentado pelas partes, os órgãos judiciais não estão obrigados certamente a seguir as objeções jurídicas e de fato apresentadas pelas partes, *mas devem enfrentá-las com seriedade e, como regra, fundamentar as suas decisões com base nesses elementos* [1].

Obviamente, para que o tribunal possa tomar a sério a manifestação do acusado, é necessário que se lhe tenha concedido, com antecedência, adequação e suficiência, o direito de tomar conhecimento integral, bem como manifestar-se, sobre qualquer elemento ou aspecto processual, de fato ou de direito, do qual lhe possa resultar prejuízos.

Explica Christoph Degenhart que o dever dos órgãos judiciais de considerar as manifestações (de fato e de direito) das partes impõe a exigência de que a decisão judicial seja prolatada com fundamentação suficiente e adequada^[2].

Além disso, o direito à atenção pelos Tribunais (*das Recht auf Gehör*) significa, em primeiro lugar, que deve ser propiciada oportunidade aos participantes do processo (partes) de se manifestarem sobre a matéria versada no processo e, o mais importante para o objeto desta



decisão, o direito a que o Tribunal, de seu lado, apenas fundamente a sua decisão com base nos fatos sobre os quais as partes envolvidas (Beteiligten)^[3] puderam se manifestar, obviamente, desde que tenham podido produzir provas para tanto.

Em síntese, inspira a ideia de um processo justo e devido a obrigação de os tribunais tomarem a sério o direito das partes de se manifestarem e serem ouvidas, o que, de toda sorte, só terá sentido e consequência, se lhes for assegurado o direito de produzir provas para tanto necessárias e suficientes.

Em consonância, pois, com essa doutrina hoje uniforme do chamado direito a ser ouvido pelos Tribunais (*das Recht auf Gehör*), fala-se na Alemanha, mais especificamente, como elemento essencial e necessário de um processo penal justo da proibição da surpresa (*Überraschungsverbot*).

De Fato, não se pode esquecer que a proteção da confiança é regra do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*, ou *Rule of Law*). Por isso que, no Estado Constitucional, especialmente no âmbito do processo penal, o acusado tem o direito a confiar no Estado-acusador e no Estado-juiz, daí decorrendo o direito a não ser surpreendido no seu julgamento.

O Tribunal Constitucional Alemão, interpretando o artigo 103, I, da Grundgesetz (Lei Fundamental), vincula mesmo a dignidade da pessoa humana à necessária observância quanto ao direito do acusado de ser adequadamente tratado e ouvido pelos órgãos jurisdicionais (cito): *O indivíduo não deve ser um mero objeto do processo, ao contrário ele deve, diante de uma decisão que atinja seus direitos, ter o direito de falar a fim de influenciar o processo e seus resultados. (...) Isso pressupõe (...) que a pessoa atingida tenha conhecimento dos fatos tenha conhecimento dos atos e do processo no qual isso deva ser considerado.* (BVerfGE 101, 397 [405] = NJW 2000, 1709).

Países como Portugal, Itália e Estados Unidos, como se sabe, também prestigiam o direito de o acusado ter prévio e amplo acesso aos elementos e aspectos da acusação que, de algum modo, possam ser usados contra ele.

No caso brasileiro, o STF, inserindo-se na melhor tradição do direito comparado, tem farta e pacífica jurisprudência, em que acentua a importância de que as garantias do devido processo legal (5º, LIV) e da ampla defesa, com os meios e recursos para tanto necessários (5º, LV), tanto em processos administrativos, como de natureza civil e, com mais razão, os processos de índole penal, sejam tomadas – tais garantias - a sério pelos Tribunais (cito):

(...) assiste ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do due process of law (independentemente, portanto, de haver, ou não, previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado), a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve a Constituição da República, em seu artigo 5º, incisos LIV e LV. (...) O exame da garantia constitucional do due process of law permite nela identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis ex post facto; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de



ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação); e (l) direito à prova, valendo referir, a respeito dos postulados que regem o processo administrativo em geral (...). [MS 34.180-MC, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 1º-7-2016, DJE de 1º-8-2016.]

No rol das garantias, mais precisamente no inciso LV do artigo 5º da Carta de 1988, está assegurado aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. O preceito visa possibilitar àquele que se diga titular de uma situação jurídica veicular o que entenda a respaldá-la. Pouco importa o móvel de glosa a ser possivelmente implementada. A adequação desta deve submeter-se a análise, concluindo-se, ante as peculiaridades do caso concreto, pela incidência de acontecimento verificado, como na hipótese de pronunciamento do Supremo formalizado em processo objetivo. Aliás, essa natureza processual é de molde a assentar-se que não há repercussão a u t o m á t i c a .

[RE 337.179, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 13-2-2012, 1ª T, DJE de 22-2-2012.]

Portanto, também aqui, consoante pacífica orientação jurisprudencial do STF, não há dúvida de que o Estado, especialmente o Poder Judiciário, deve tomar a sério as garantias do devido processo, da ampla defesa e do contraditório em todos os estágios de procedimentos de investigação, de processos administrativos, de processos judiciais, principalmente, os de natureza penal, quando se coloca em jogo a liberdade do indivíduo.

Essas são razões que nos dão a certeza de que nenhum sistema constitucional que tome a sério as garantias processuais dos acusados pode conceber sequer a remota possibilidade de o Estado impor-lhes restrições em seus direitos fundamentais com base em aspectos que não foram, com antecedência, passíveis de manifestação de sua defesa técnica.

Como se sabe, a itinerário legal imposto para a produção de prova exige, como regra, consoante o art. 400, do CPP, que as testemunhas de acusação sejam ouvidas sempre antes das testemunhas de defesa. No caso concreto, não obstante sua oitiva tenha sido acolhida como se do juízo fosse, o fato verdadeiro é que a questionada testemunha apenas foi ouvida e admita após e por pedido expresso do Ministério Público, e apenas quando já ouvidas as testemunhas de defesa, subvertendo, a princípio, a ordem do art. 400 do CPP. Ainda que não seja, como se viu, em tese, incompatível a oitiva da testemunha indicada pela acusação como se fosse do juízo, considerando o fato concreto de que sua oitiva foi determinada diretamente por interesse expresso da acusação, quando já ouvidas as testemunhas de defesa, mostra-se prudente, em respeito às garantias constitucionais, antes de uma deliberação sobre a sua produção, a prévia manifestação da defesa.

Em conclusão, à luz da **regra da não surpresa** (*Überraschungsverbot*) e do direito de ser ouvido pelos tribunais (*das Recht auf Gehör*), que resultam diretamente do **devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório** e, ainda, tendo em vista as particularidades do caso em discussão, em que está a se tratar de testemunha que, não obstante determinada a oitiva como se do juízo fosse, foi indicada pelo órgão de acusação fora dos quadrantes temporais adequados, tratando-se ademais de prova cuja produção se determinou em razão de declarações prestadas em sede de delação premiada, as quais, como se viu, devem ser vistas sempre com reserva, não vejo como negar, sem sacrifício daqueles comandos constitucionais, à defesa do paciente o direito de, previamente à deliberação do juízo quanto ao cabimento, ou não, da oitiva pretendida pela acusação, manifestar-se a respeito, indicando os fatos e fundamentos com base



nos quais impugna a produção da prova pretendida. Obviamente, por derivação lógica, o mesmo efeito deve ser conferido à deliberação sobre a oitiva da testemunha Nelson Jobim, cuja oitiva apenas se revelou necessária diante do pedido de oitiva da testemunha Antônio Palocci.

IV – Conclusão

TUDO CONSIDERADO, defiro, em parte o pedido liminar, para revogar a decisão ora impugnada, que determinou a oitiva, como se do juízo fosse, das testemunhas Antônio Palocci e Nelson Jobim, determinando que, previamente à qualquer deliberação do juízo quanto ao cabimento, ou não, do pedido formulado pelo Ministério Público de produção dessa prova, seja oportunizada à defesa do paciente manifestar-se a respeito.

Requistem-se as informações à autoridade impetrada.

Após, ao Ministério Público para manifestação.

Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Brasília, 9 de novembro de 2018.

NÉVITON GUEDES

Desembargador Federal

[1] Helmut Siekmann e Gunnar Duttge. Staatsrecht I: Grundrechte. Thüningersheim: EuWi-Verlag, 3ª ed., 2000, p. 316.

[2] Michael Sachs (org). Grundgesetz Kommentar. München: Beck, 1996, p. 1593.

[3] Michael Sachs (org). Grundgesetz Kommentar. München: Beck, 1996, p. 1592.

BRASÍLIA, 9 de novembro de 2018.

NEVITON DE OLIVEIRA BATISTA GUEDES

Desembargador(a) Federal Relator(a)

