

Cronologia dos memoriais: retrato do autoritarismo da Lava Jato

Alberto Zacharias Toron

Resumo: Embora haja concordância quanto ao fato de que o acusado deva falar por último no processo penal, pois esta fala, influente na persuasão do juiz, traduz a possibilidade de rebater as alegações da acusação e com isso concretizar a amplitude do direito de defesa, a ausência de disciplina legal para a cronologia das “falas” quando há réus delatores e delatados não deveria ensejar nenhuma dificuldade com a aplicação dos princípios e garantias constitucionais. O réu delatado deve falar depois do delator. O texto se ocupa de mostrar como uma interpretação autoritária do plexo de normas incidentes, levou o juiz da Lava Jato à concretização do indevido processo legal. Por outro lado, demonstra-se a importância do *habeas corpus* como meio de controle idôneo do devido processo legal para a correção de desvios autoritários.

Palavras chave: contraditório; ampla defesa; cronologia das falas; habeas corpus e controle do devido processo legal.

1 Duas palavras para entender o caso

Coube ao jornalista **Elio Gaspari**, em inspirado texto (*O inferno de Moro, uma tragédia brasileira*, Folha de S. Paulo, 1/9/2019) explicar a atitude do então juiz Sérgio Moro no processo a que respondeu Aldemir Bendine, ex-presidente da Petrobras, na 13ª Vara Criminal de Curitiba: “*Para Moro, a conta do faço porque- posso veio na semana passada, com a decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal*”. Achava, “*mas não podia*”.

De par com a compreensão da importância de a defesa falar por último no processo penal está a percepção do amesquinamento da garantia do *habeas corpus*, uma vez que tanto o TRF da 4ª Região como o STJ e o próprio ministro Edson Fachin afastaram a idoneidade do *writ* para discutir a matéria. Esta é outra faceta do caso que, embora pouco difundida, assombra pela facilitação da consecução de um processo penal autoritário e merece, igualmente, nossa atenção.

2 Os princípios constitucionais, o processo penal e a cronologia das falas

Nada melhor do que o resgate histórico dos fatos para se compreender o traço mais saliente da Operação Lava Jato: o desprezo pelo direito de defesa. A discussão sobre a nulidade decorrente da imposição de réus delatores e delatados oferecerem em prazo comum suas alegações finais, hoje chamadas de memoriais, deixa clara a mentalidade autoritária do juiz que presidia o feito.

Na ação penal contra Aldemir Bendine, ao realizar os interrogatórios dos réus delatores e do delatado, o juiz Sérgio Moro deixou este por último. A lei não faz distinção alguma quanto à ordem dos interrogatórios, mas, sabiamente, valendo-se dos princípios e garantias constitucionais, interpretou que o delatado deveria falar depois dos delatores para poder rebatê-los; defender-se.

Todavia, ao determinar a entrega das alegações finais não fez a mesma distinção. Pior. Mesmo questionado pela defesa sobre o cerceamento de defesa ocasionado por impedir que esta rebatesse os argumentos lançados pelos advogados dos delatores, respondeu que a lei não fazia distinção alguma entre acusados (cf. CPP, art. 403 e a Lei que define as Organizações Criminosas,

Abstract: Although there is agreement on the fact that the defendant should be the last to speak in criminal proceedings, since this speech, which can influence the judge, translates the possibility to rebut the prosecutor’s allegations and thereby materialize the extension of the right of defense, the absence of legal writings about the chronology of “speeches” when there are whistleblowers and reported defendants should not create any difficulty to the realization of constitutional principles and guarantees. The reported defendant must always speak after the whistleblower. This article shows how an authoritarian interpretation of the legal regulation made a Car Wash judge realize the undue process of law. Also, it demonstrates the importance of habeas corpus as a legitimate mean of control of the due process of law to correct authoritarian deviations.

Keywords: Audi altera partem. Full defense. Chronology of speech. Habeas corpus. Control of the due process of law.

12.850/2013). Ora, para a ordem dos interrogatórios a lei também não faz distinção.

A mesma lógica que orientou a disciplina dos interrogatórios deveria ter iluminado a cronologia da entrega das alegações finais. A lei deve ser interpretada conforme a Constituição, e não o contrário. O juiz não pode se limitar a invocar a ausência de previsão legal, e deixar de verificar o regramento constitucional.

De fato, o contraditório, como princípio constitucional, há de ser efetivo e isso só se dá quando o acusado puder se contrapor a todas as cargas acumuláveis contra si. Eis, no ponto, a lição do sempre lembrado professor **Canuto Mendes de Almeida**: “*Praticamente o princípio do contraditório se manifesta na ação penal pela ciência tempestiva dada ao imputado de todas as cargas judicialmente contra ele acumuláveis*”.⁽¹⁾

Na sábia advertência de **Rogério Lauria Tucci**, “*a contraditoriedade deve ser efetiva, real, em todo o desenrolar da persecução penal, (...)*”.⁽²⁾

Ora, podendo, remarque-se, a manifestação derradeira do delator, ser “*carga contra o delatado*”, é evidente, por força do contraditório e do princípio da ampla defesa, que não pode ser a última. Esse é o ponto nodal da discussão e não a intrincada questão de se saber qual a natureza da fala do delator. Basta dizer que seu depoimento tem carga acusatória para se deferir ao delatado o direito de ser interrogado por último e, da mesma forma, oferecer seus memoriais depois de apreciar o daquele.

Para se fazer um paralelo, antigamente, mesmo nas apelações do Ministério Público contra sentenças absolutórias, o seu representante de segundo grau tinha a primazia de falar por último. Dizia-se, para se legitimar a ofensa ao contraditório, que ele funcionava como “fiscal da lei”, não era parte acusatória. Até que o então jovem Procurador Geral de Justiça do Distrito Federal, hoje Ministro do STJ, Rogério Schietti Machado Cruz, pioneiramente, apontou que a situação existente ensejava uma espécie de burla de etiquetas. Assinalou que o atuar como fiscal da lei não retira a eventual carga acusatória do representante do Ministério Público. Nas suas palavras, “*assim como a forma não desnatura a matéria, mas apenas modifica sua aparência, o parecer do Procurador de Justiça não elimina, mas tão-somente esconde a sua função*

acusatória que, nas alegações finais ou na denúncia do Promotor de Justiça, se revela bem mais nítida. Ou será - indaga o ensaísta - "que estas últimas peças processuais retiram do Ministério Público atuante no primeiro grau a sua função fiscalizadora?" (Atuação do Ministério Público no processamento dos recursos dos recursos criminais face aos princípios do contraditório e da isonomia, RT 737/495).

Tempos depois, o Pleno do STF, no HC 87.926, relatado pelo Ministro Cezar Peluso, processualista de mão cheia, sepultou a matéria e afirmou a nulidade do julgamento quando o órgão ministerial seja apelante o seu representante no Tribunal venha a falar por último (DJ 25/4/2008). Vale o registro de que também aqui não havia lei expressa a respeito.

Foi exatamente o que o STF fez ao determinar a anulação da ação penal contra Bendine (HC 157.627, rel. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. em 27/8/2019) e agora, novamente, por expressiva maioria, no julgamento realizado pelo Pleno no HC 166.373, rel. p/ o acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. em 2/10/2019).

É bom lembrar que antes do julgamento do HC em favor de Bendine, o TJDF, pela voz qualificada da desembargadora Sandra De Sanctis, já havia se pronunciado sobre o tema da cronologia da entrega dos memoriais, em síntese memorável: *"Se o depoimento do corréu aproxima-se da prova obtida em delação premiada, não é adequado que ele seja interrogado após os demais, nem que a defesa se manifeste após as outras, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório. Na hipótese, ainda que não tenha celebrado acordo formal, o confessou e colaborou com a justiça ao relatar, detalhadamente, como teria ocorrido a empreitada criminosa e a participação dos corréus"*. Ordem concedida (TJDF, 1ª T. Criminal, HC 20170020114479HBC, rel. Des. Sandra de Santis, j. em 04/5/2017).

Com propriedade, no mesmo julgado, lembrou-se o óbvio: *"A atividade estatal - principalmente a função jurisdicional - deve ser exercida de forma a dar a máxima eficácia às garantias basilares do indivíduo, entre as quais a liberdade de locomoção, o contraditório, a ampla defesa e, por conseguinte, o devido processo legal"*.

Na dicção da Suprema Corte, ao conceder ordem de *habeas corpus* em caso de arbítrio do juiz que impediu os advogados dos corréus de dirigir perguntas aos outros, advertiu-se: *"o direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao 'due process of law', além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu estrangeiro, sem domicílio em território brasileiro, aqui processado por suposta prática de delitos a ele atribuídos"* (2ª T., HC 94.016, rel. Min. Celso de Mello, DJ 1º/4/2013).

A matéria é simples de um ponto de vista processual e importa na compreensão de princípios básicos do processo penal interpretado à luz da Constituição e não o contrário, como parece ter feito o juiz de primeiro grau e os Tribunais que o sucederam no exame do *writ*. A questão só ganhou relevo por conta, de um lado, do autoritarismo processual em que vivemos e, de outro, por ter sido a primeira vez que se anula uma ação da Lava Jato e com repercussão certa em outros casos. Não fosse assim, o assunto

passaria batido. Prova disso é o julgado pioneiro do TJDF que ficou sem o destaque merecido.

Todavia, em que pese a clareza do direito processual violentado, a sua discussão e o seu reconhecimento nas Cortes representaram uma verdadeira novela que, essa, sim, é importante e merece meditação.

3 O *habeas corpus* e o controle do devido processo legal

A despeito de a proposta de estreitamento do cabimento do *habeas corpus* contida nas assim chamadas "10 Medidas contra a Corrupção" ter sido rejeitada no Congresso, está se erguendo um tipo de jurisprudência segundo a qual o *writ* só cabe quando a questão suscitada estiver direta e imediatamente ligada à liberdade de ir e vir.

Seria de se aplaudir tal inteligência caso estivesse em vigor o dispositivo da Reforma Constitucional de 1926, segundo o qual "dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção". Veja-se que a reforma em questão, promulgada pelo presidente Arthur Bernardes em pleno estado de sítio, suprimia totalmente o aspecto preventivo do *writ*. A Carta de 1937, sob esse aspecto, foi menos restritiva; admitiu a concessão da ordem nos casos de iminência da coação.

Contudo, a partir da Constituição de 1946, já sob regime democrático, o *writ* foi regulado de forma mais ampla e generosa, sendo suprimida a exigência da iminência da coação ou violência à liberdade de locomoção para a concessão do *habeas* preventivo. O art. 141, §23, estabelecia: "Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".

Daí em diante passou-se a entender que *"é admissível a tutela antecipada mesmo em situações em que a prisão constitua evento apenas possível a longo prazo"*.⁽³⁾ Isso tem permitido *"que o habeas corpus seja, entre nós, um remédio extremamente eficaz para o controle da legalidade de todas as fases da persecução criminal"*.⁽⁴⁾

Não por acaso, inúmeros julgados de norte a sul do Brasil, de Tribunais Estaduais, Regionais e Superiores têm proclamado a idoneidade do *habeas* para sanar nulidade processual⁽⁵⁾ decorrente de inépcia de denúncia,⁽⁶⁾ ou, para exemplificar, a decorrente da determinação da realização de interceptação telefônica por autoridade incompetente⁽⁷⁾ ou da colocação indevida de algemas no júri, de modo a transmitir a ideia de que o acusado seja perigoso;⁽⁸⁾ para evitar o indevido indiciamento.⁽⁹⁾

A maior prova da vitalidade e do alcance do *writ* na proteção do devido processo legal é a hipótese da negativa de vista dos autos ao advogado do investigado na fase do inquérito policial, discutida pelo STF no HC 82.354. À primeira vista, não há ameaça à liberdade de locomoção, todavia, há cerceamento de defesa que, de forma mediata, pode comprometer a liberdade com uma futura condenação. Não se trata, como deixou assentado a Primeira Turma do STF no referido *habeas* relatado pelo em. Ministro Sepúlveda Pertence, *"de fazer reviver a doutrina brasileira do habeas corpus, mas sim de dar efetividade máxima ao remédio constitucional contra a ameaça ou a coação da liberdade de ir e vir, que não se alcançaria, se limitada a sua admissibilidade às hipóteses da prisão consumada ou iminente"*.⁽¹⁰⁾ Daí ter recordado o decidido pela mesma Turma no HC 79.191, em cujo *writ* se discutia ilegalidade da quebra do sigilo bancário do paciente.

A ementa consignou: “Se se trata de processo penal ou mesmo de inquérito policial, a jurisprudência do STF admite o *habeas corpus*, dado que de um ou outro possa advir condenação a pena privativa de liberdade, ainda que não iminente, cuja aplicação poderia vir a ser viciada pela ilegalidade contra o qual se volta a impetração da ordem. Nessa linha, não é de recusar a idoneidade do *habeas corpus*, seja contra o indeferimento de prova de interesse do réu ou indiciado, seja o deferimento de prova ilícita ou o deferimento inválido de prova lícita”.⁽¹¹⁾

Mesmo sem a amplidão de outrora, quando se entendia cabível o *habeas* “sempre que, no curso da ação penal, se alega que foi cometida uma ilegalidade em prejuízo do réu”,⁽¹²⁾ assinalou o Min. Pertence que “não se controverte sobre o cabimento do *habeas corpus* contra a simples instauração de inquérito policial por fato que se pretende atípico (v.g, HC 67.039, 31.10.89, Moreira; HC 68.348, 20.3.91, Passarinho) ou como é corriqueiro, contra o recebimento da denúncia; ou para questionar a competência da Justiça ou do Juízo onde corra o processo (HC 75.578, 2ª T., Corrêa, Informativo STF 94; HC 77.993, 1ª T., Pertence, 9.3.99)”. Por isso, concluiu: “não parece ser de recusar a idoneidade do *habeas corpus*, seja contra o indeferimento de prova do interesse do réu ou indiciado, seja contra o deferimento de prova ilícita ou deferimento inválido de prova lícita” (HC 82.354).

Essa gama imensa de situações atina com a proteção do devido processo legal que, se vulnerado, mediatamente, pode vir a atingir a liberdade do investigado ou réu. Por isso, a legitimação do manejo do *habeas* para coibir abusos, mais que uma exigência de o Estado dotar o cidadão de meios para combater as ilegalidades, converte-se num instrumento para coarctar o autoritarismo processual de juízes que, em bom português, fazem o que querem.

Na contramão do que pareceu ao TRF da 4ª Região, à 5ª Turma do STJ e à decisão agravada prolatada pelo Ministro Edson Fachin, quando o STF julgou o memorável HC 94.016, relator o Ministro Celso de Mello, se tratava do cerceamento da defesa pela ilegalidade no impedimento de os advogados dos corréus fazerem perguntas ao réu interrogado, também não estava em jogo diretamente a liberdade de ir e vir. Mas apenas indiretamente. É que do processo errado pode nascer a condenação, e, desta, o cerceamento à liberdade de locomoção. Daí a possibilidade de se manejar o *habeas corpus* como expressamente admite o CPP de 1941, no seu art. 648, inc. VI. Veja-se que no brilhante precedente, o paciente estava em liberdade.

Quando no HC 127.415, rel. Min. Gilmar Mendes (DJ 27/9/2016) se discutiu a inépcia da denúncia ou, no HC 136.331, rel. Min. Ricardo Lewandowski, (DJe 27/6/2017), a ilegalidade na inobservância ao direito ao silêncio ou no HC 124.195, rel. Min. Carmén Lúcia, (DJe 20/11/2014) a falta de intimação para o julgamento em segunda instância, em nenhum desses casos estava em jogo, diretamente, a liberdade de locomoção.

Daí a obviedade de que o apontado cerceamento de defesa e violação ao contraditório, por se impedir que o delatado se contraponha a todas manifestações com carga acusatória em seus memoriais, sua derradeira oportunidade de defesa na ação penal, pode e deve ser coarctado por meio do *habeas corpus*.

A “dificuldade” que certos juízes e tribunais têm (ou criam) para conhecer *habeas corpus*, não apenas lhes retira a possibilidade de controle sobre a legalidade da ação penal, como deixa o cidadão à mingua de meios para combatê-la. Pior: abre espaço para o desenvolvimento de um tipo de autoritarismo processual no qual a regra posta e os princípios constitucionais perdem espaço para o “são sentimento” do juiz. Ou bem entendemos que não há espaço para processos e condenação sem respeito ao devido processo legal ou bem admitiremos o vale-tudo, antítese do direito e da própria civilidade.

Notas

- (1) ALMEIDA, Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1973. p. 107.
- (2) TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. Ed. Saraiva, 1993, p. 211. Idem, FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 58.
- (3) GRINOVER, Ada Pellegrini et al., *Recursos no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 272. Idem, BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 676.
- (4) GRINOVER, op. cit., p. 272.
- (5) STJ, 5ª T., HC 17.953, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 8/4/2002 e, entre muitos outros, RHC 13.798, rel. Min. Félix Fischer, DJ 3/11/03; apud FRANCO, Alberto Silva. *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed. 2004. v. I p. 1150/51.
- (6) STF, HC 70.687, rel. Min. Pertence, RT 708/414; apud AFRANCO, op. cit., p. 1151 e, entre muitos outros, STF: HC 85.948-8/PA, Rel. Min. Carlos Ayres Britto DJ 23.05.2006; RHC 85.658/ES, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 12.08.2005; HC 83.948-7-SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 07.05.2004; HC 80.549/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 24.08.2001. STJ, entre muitos outros, 5ª T., HC 171.976, rel. Min. Gilson Dipp, DJe 13/12/2010.
- (7) STJ, 5ª T., HC 83.632, rel. Min. Jorge Mussi, DJ 20/9/2010.
- (8) STF, Pleno, HC 91.952, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 19/12/2008. Sobre o tema, ver GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Sobre o uso de algemas no julgamento pelo Júri. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 110, dez.1992.
- (9) STJ, 5ª T., HC 58.323, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 11/9/06 e STJ, 6ª T., HC 18.054, rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 22/8/01, entre muitos outros.
- (10) STF, 1ª T., un., DJ 24/09/04.
- (11) RTJ 171/258, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 08/10/1999.
- (12) Luiz Gallotti, RHC 46.807, RTJ 49/592.

Alberto Zacharias Toron

Doutor e mestre em Direito pela USP.

Ex-Presidente do IBCCRIM.

Professor de Direito Processual Penal da FAAP. Advogado.

Recebido em: 06.11.2019

Aprovado em: 06.11.2019

Versão final: 13.11.2019



Fundado em 14.10.1992

DIRETORIA DA GESTÃO 2019/2020

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidenta: Eleonora Rangel Nacif

1.º Vice-Presidente: Bruno Shimizu

2.º Vice-Presidente: Helios Alejandro Nogués Moyano

1.ª Secretária: Andréa Cristina D'Angelo

2.ª Secretário: Luis Carlos Valois

1.º Tesoureiro: Gabriel de Freitas Queiroz

2.º Tesoureiro: Yuri Felix

Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:

Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

CONSELHO CONSULTIVO

Cristiano Avila Maronna

Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Geraldo Prado

Sérgio Salomão Shecira

OUIDORA

Fabiana Zanatta Viana