

## A denúncia contra Lula e os princípios do juízo e do promotor natural: onde foi parar a imparcialidade?

Elpídio Donizetti\*

### 1 Introdução

Sabemos que, no dia 14/9/2016, o Ministério Público Federal (MPF) denunciou o ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva e mais sete pessoas por crimes investigados pela Lava Jato. E, então, ontem, dia 20/9/2016, o juiz Sérgio Moro, que é o responsável pelos processos da Operação Lava Jato na primeira instância, acolheu na íntegra a denúncia oferecida pelo MPF contra o ex-Presidente Lula, acusado de cometer crimes de lavagem de dinheiro e corrupção passiva, sua esposa Marisa e mais seis pessoas ligadas à OAS. Agora, eles são réus na Operação Lava Jato.

Essa é a segunda ação penal contra o ex-Presidente Lula na Lava Jato. Em julho deste ano, ele, o ex-senador Delcídio do Amaral e outros foram acusados de tentar obstruir a Justiça ao comprar o silêncio de Nestor Cerveró, ex-diretor da Petrobrás.

Nessa segunda denúncia, os procuradores do Ministério Público alegaram que Lula e sua mulher Marisa receberam propinas no valor aproximado de R\$3,7 milhões de reais, pagos pela OAS, a qual obteve recursos, por meio de contratos irregulares. Afirmaram que a propina consistiu na reserva e reforma de um apartamento triplex no bairro de Guarujá/SP e de custeio e armazenamento de seus bens.

A denúncia foi bastante criticada por todos, inclusive por grandes juristas, os quais afirmaram que há fragilidades nas provas oferecidas pelo MPF. A frase “não tenho provas, mas tenho convicção”, dita pelo procurador Deltan Dallagnol, repercutiu mundialmente.

Sérgio Moro, na decisão que recebeu a denúncia, afirma que

Juízo de admissibilidade da denúncia não significa juízo conclusivo quanto à presença da responsabilidade criminal [...] O processo é, portanto, uma oportunidade para ambas as partes [...] Certamente, tais elementos probatórios são questionáveis, mas, nessa fase preliminar, não se exige conclusão quanto à presença da responsabilidade criminal, mas apenas justa causa.

Os advogados de defesa de Lula negam todas as acusações feitas pelo MPF e afirmam que a denúncia não passa de um truque de ilusionismo. Além disso, enviaram uma nota questionando a imparcialidade do juiz Moro. Cristiano Zanin Martins e Roberto Teixeira esperam “que a justiça brasileira, através dos órgãos competentes, reconheça que o juiz de Curitiba perdeu a sua imparcialidade para julgar Lula, após ter praticado diversos atos que violaram as garantias fundamentais do ex-Presidente”.

### 2 Princípios do promotor natural e da imparcialidade

Atualmente, é crescente a ideia, na doutrina e na jurisprudência, no sentido de que as normas que regem o Direito devem consagrar a aplicação dos direitos e garantias fundamentais, bem como a força normativa da Constituição Federal. Se, antes, o entendimento tradicional era de que a Constituição dependeria sempre de uma lei ordinária para ser aplicada às relações privadas, hoje, vale a premissa de que os princípios constitucionais são normas situadas no topo do ordenamento jurídico e, por essa razão, devem nortear a atuação do julgador mesmo quando não positivados no texto infraconstitucional.

Os princípios são diretrizes gerais do ordenamento jurídico, que servem para fundamentar e interpretar as demais normas. Têm origem nos aspectos políticos, econômicos e sociais vivenciados na sociedade, assim como nas demais fontes do ordenamento.

Com a unificação do sistema jurídico em torno do texto constitucional, tornou-se mais evidente a utilização dos princípios como fundamentos das decisões emanadas pelo Poder Judiciário. Diferentemente do positivismo jurídico, que pregava a mera subsunção da situação fática à norma positivada, o neoconstitucionalismo e o neoprocesso são marcados pelo reconhecimento dos princípios como elementos norteadores da atividade jurisdicional no decorrer de todo o processo

O “modelo constitucional do processo” traz como principal característica o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada. Esse direito, garantido constitucionalmente pelo art. 5º, XXXV, atua sobre o legislador e sobre o magistrado. Atua sobre o juiz ao determinar a subordinação e a compreensão da lei à Constituição, para que o processo seja conduzido de modo a se obter uma tutela

---

\* Elpídio Donizetti é jurista, professor e advogado. Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal responsável pela elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/MG. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino. Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina. Fundador do Instituto Elpídio Donizetti (<http://www.portaliad.com.br>) e do Escritório Elpídio Donizetti Advogados (<http://www.elpidiodonizetti.com>). Entre outras, é autor das seguintes obras jurídicas: *O Novo Código de Processo Civil comparado*, *O Novo Código de Processo Civil comentado*, *Curso Didático de Direito Civil*, em coautoria com o prof. Felipe Quintella, e *Curso didático de Direito Processual Civil*.

jurisdicional efetiva, impedindo que, no caso concreto, as normas processuais possam se afastar dos princípios e das garantias constitucionais fundamentais.

A interpretação do princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88) não pode se limitar, portanto, à mera possibilidade de ingresso em juízo; ao contrário, esse princípio deve ser interpretado compreendendo a noção ampla do acesso à ordem jurídica justa, para a qual converge todo o conjunto de princípios e garantias constitucionais fundamentais do processo. E, para que se obtenha essa “garantia-síntese”, o constituinte positivou na lei maior uma série de princípios e garantias, impondo várias exigências ao sistema processual por meio de um conjunto de disposições que convergem para esse fim.

Assim, podemos verificar, no texto constitucional, princípios que expressamente devem prevalecer em processos de toda espécie (civil, penal ou trabalhista; jurisdicional ou não). Temos como exemplos os princípios do Promotor Natural e da Imparcialidade.

## 2.1 Princípio da Imparcialidade

Para ser legítimo o exercício da jurisdição, é imprescindível que os agentes que, em nome do Estado, exercem atividades inerentes à jurisdição (juiz, escrivão e oficial de justiça, por exemplo) atuem com imparcialidade. Não se pode conceber que o Estado chame para si o dever de solucionar os conflitos e o exerça por meio de agentes movidos por interesses próprios. A imparcialidade do juízo, além de característica da jurisdição, figura como pressuposto de validade da relação jurídico-processual, constituindo direito das partes e, ao mesmo tempo, dever do Estado.

A Constituição Federal, em seu art. 95, estipula garantias para os magistrados com o intuito de garantir a sua imparcialidade e, conseqüentemente, fortalecer a independência do Judiciário.

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

- I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;
- II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;
- III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

A vitaliciedade busca conceder segurança ao magistrado e garante que ele não perca o seu cargo, exceto em duas situações: 1 - se for comprovada a irregularidade no exercício da sua função, por força judicial administrativa; ou 2 - por força judicial criminal. Importante mencionar que, em ambas as situações, a perda do cargo somente poderá ocorrer após o trânsito em julgado da sentença, e a decisão judicial, conforme art. 93, VIII, da Constituição Federal, “fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada a ampla defesa”. A garantia da vitaliciedade somente é concedida após dois anos da posse no cargo de juiz substituto.

A inamovibilidade concede ao magistrado o privilégio de não ser removido da sua vara ou comarca sem o seu consentimento. Assim como a garantia da vitaliciedade, a inamovibilidade também possui duas exceções, quais sejam: 1 - por motivo de interesse público; 2 - pelo voto de dois terços dos membros do Tribunal. Caso o magistrado seja contemplado com uma promoção que implique sua transferência, ele não será obrigado a aceitá-la.

Por fim, a irredutibilidade de subsídio diz respeito à não redução dos vencimentos dos magistrados, os quais deverão ser revisados anualmente para que sejam evitados os erros da inflação.

O parágrafo único do art. 95 da Constituição Federal prevê algumas vedações:

Art. 95.

[...]

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

- I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;
- II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;
- III - dedicar-se à atividade político-partidária;
- IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;
- V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Assim como as garantias, as vedações também possuem como finalidade principal a independência e imparcialidade dos juízes no exercício da sua função, isso porque decisões imparciais podem trazer efeitos trágicos e, muitas vezes, irreversíveis, para a vida do acusado.

A imparcialidade não se confunde com neutralidade ou passividade. O juiz, no processo contemporâneo, deve participar do processo de forma a zelar pela justa composição do litígio. Ao magistrado cabe esclarecer pontos obscuros, advertir as partes de suas condutas, determinar a realização de provas e diligências, interpretar as normas e as especificidades de cada caso concreto, tudo com o

objetivo de prestar adequadamente a tutela jurisdicional.

Reitere-se que o dever de imparcialidade alcança o juiz, o escrivão, o perito, conciliadores e mediadores e o Ministério Público, sujeitando todos esses sujeitos processuais às mesmas regras de suspeição e impedimento que atingem os juízes.

## 2.2 Princípio do Promotor Natural

Sabemos que o Ministério Público surgiu com a adoção do sistema acusatório. Já o princípio do Promotor Natural surgiu implicitamente na Constituição de 1969.

Atualmente, a função do Ministério Público encontra-se prevista no art. 127 da Constituição Federal de 1988. "CRFB/88, art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis."

Assim como os juízes, os membros do MP também possuem algumas garantias, previstas no art. 128, § 5º, I, CRFB/88, justamente para que seja garantida a sua imparcialidade.

Aliás, sobre a imparcialidade do MP leciona Eugênio Pacelli:

Enquanto órgão do Estado e integrante do Poder Público, ele tem como relevante missão constitucional a defesa não dos interesses acusatórios, mas da ordem jurídica, o que o coloca em posição de absoluta imparcialidade diante da e na jurisdição penal. [...] Portanto, a imparcialidade deverá permear toda a atividade do Ministério Público, em todas as fases da persecução penal, incluindo a fase pré-processual, reservada às investigações (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 369).

Nessa mesma linha assim já decidiram os nossos Tribunais:

CONSTITUCIONAL - PROCESSUAL PENAL - MINISTÉRIO PÚBLICO - PROMOTOR NATURAL. - O promotor ou o procurador não pode ser designado sem obediência ao critério legal, a fim de garantir julgamento imparcial, isento. Veda-se, assim, designação de promotor ou procurador *ad Hoc*, no sentido de fixar prévia orientação, como seria odioso indicação singular de magistrado para processar e julgar alguém. Importante, fundamental e prefixar o critério de designação. O réu tem direito público, subjetivo de conhecer o órgão do ministério público, como ocorre com o juízo natural (RESP 11722/SP, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, 8/9/1992).

Diante do que até agora se disse, não há dúvidas de que os membros do Ministério Público Federal, integrantes da denominada "força tarefa da operação lava-jato", ao irem para um hotel e, em forma de gráficos e frases de efeito, informarem antecipadamente a mídia sobre o conteúdo da denúncia que sequer haviam oferecido, agiram de forma completamente equivocada, cometeram infração disciplinar e provocaram um grande "auê" no país.

O que mais chamou a atenção, além do fato de a denúncia ter sido apresentada primeiramente à imprensa e não ao seu natural juízo, foi a afirmação de que não havia provas, mas sim convicção. Ora, onde obter a convicção necessária para a denúncia senão nas peças de investigação? Por certo, convicção assim, descolada de elementos probatórios, não é suficiente.

Não é por outra razão que o Estado Democrático de Direito proíbe o início de uma ação penal sem indícios suficientes de autoria e materialidade. Ou seja, não pode haver uma ação penal sem provas, baseada apenas na convicção do órgão acusatório.

Antes, pois, de oferecer a denúncia, deveria o MPF ter provas suficientes (e não apenas "convicção") que comprovassem o envolvimento do ex-Presidente Lula nos crimes relacionados à Operação Lava Jato. Pior: antes mesmo de dar uma entrevista dizendo que iria oferecer uma denúncia, o MPF deveria primeiro oferecer a denúncia. A simples aparição em órgãos de imprensa para fazer juízo de valor sobre o fato já constitui quebra da imparcialidade. Se tal juízo, com afirmações ofensivas à honra do acusado - "chefe de quadrilha", *v.g.* - é feito perante a mídia, o afastamento e punição dos acusadores é medida que se impõe.

Pelo que se denota, a inusitada apresentação da denúncia à mídia serviu apenas para tumultuar o processo e causar uma pressão sobre o Poder Judiciário. Nem precisa dizer que esse não é o papel do órgão que tem por missão precípua promover a justiça, inclusive por meio de um processo justo. O Ministério Público não é um vendedor de notícias e, por isso mesmo, aparecer em jornais e revistas pode até ser consequência do seu trabalho, jamais um objetivo a ser alcançado. A busca pelos holofotes não se alinha com a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Por certo que um ex-Presidente da República também tem interesse individual indisponível - no mínimo, o de não ser execrado em praça pública, ou melhor, em um hotel.

Vale repetir: comete infração disciplinar o membro do Ministério Público que, antes do oferecimento da denúncia, compartilha a peça acusatória com os meios de comunicação social, respondendo administrativamente

quem assim agir. Por isso é que, se o Promotor de Justiça ou Procurador da República tiver elementos necessários para propor uma ação - penal ou civil -, ele deve propô-la, e não “anunciar” à mídia.

### **3 Conclusão**

Com a palavra, a defesa, o juiz Sérgio Moro e o Conselho Nacional do Ministério Público.