

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

## Comentários a um acórdão: o processo Lula no TRF4

### **This is the author's manuscript**

*Original Citation:*

*Availability:*

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1877314> since 2022-10-24T14:40:11Z

*Publisher:*

Conselho Latino Americano de Ciências Sociais

*Terms of use:*

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

Chapter Title: A MÃO INVISÍVEL DAS DELAÇÕES: ÔNUS DA PROVA E VEDAÇÃO DA PROVA DIABÓLICA

Chapter Author(s): Jorge Bheron Rocha and Mariella Pittari

Book Title: Comentários a um acórdão

Book Subtitle: o processo Lula no TRF4

Book Editor(s): CAROL PRONER, GISELE CITTADINO, GISELE RICOBOM, JOÃO RICARDO DORNELLES

Published by: CLACSO. (2018)

Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/j.ctvn96ggq.18>

---

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact [support@jstor.org](mailto:support@jstor.org).

Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at <https://about.jstor.org/terms>



This book is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND 4.0). To view a copy of this license, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.



CLACSO is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to *Comentários a um acórdão*

# A MÃO INVISÍVEL DAS DELAÇÕES: ÔNUS DA PROVA E VEDAÇÃO DA PROVA DIABÓLICA

Jorge Bheron Rocha<sup>1</sup>  
Mariella Pittari<sup>2</sup>

*Está bem fundamentada e acredito agora que o porteiro estava enganado. Mas isso não significa que renuncie à minha primeira interpretação, pois ambas apresentam certos pontos de contato. Pouco importa que o porteiro veja claro ou esteja enganado. Eu disse que o homem estava enganado. Poder-se-ia duvidar de que o porteiro veja claro, mas se está enganado, o seu engano tem necessariamente de contagiar o homem. Nesse caso, o porteiro não é um mentiroso, mas revela-se tão ingênuo que devia ser imediatamente expulso do lugar que ocupa. Repara que a ilusão em que o porteiro vive não o prejudica, mas, no entanto, é mil vezes prejudicial ao homem.*  
Kafka. O processo.

Na atual realidade jurídica brasileira, mais especialmente no Processo Lula, verifica-se que os *standards* do devido processo legal no âmbito processual penal estão desmoronando em ritmo vertiginoso, e, dos seus escombros, são erigidos novos padrões com fundamento em teorias neopunitivistas<sup>3</sup>, em altas velocidades penais<sup>4</sup>, que têm como eixo fundante a figura do autor e não do fato<sup>5</sup>, importadas sem fil-

<sup>1</sup> Defensor público do estado do Ceará, professor de Direito e Processo Penal, mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e doutorando em Direito Constitucional na Unifor.

<sup>2</sup> Defensora pública do estado do Ceará, especialista em Direito Público, alumni do Institute for U.S Law, Washington DC, e aluna do programa Master of Law em Cornell University.

<sup>3</sup> ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; PINHO, Ana Cláudia Bastos de. O dress code do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. In CONJUR. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-28/opiniao-dress-code-garantismo-penal-luigi-ferrajoli>>. Acesso em 16.12.2017

<sup>4</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série de Ciências Criminais no Século XXI – v. 11, Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 2002

<sup>5</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madri: Civitas, 2003.

tro de ordenamento jurídicos alienígenas<sup>6</sup>, logicamente, apenas nos aspectos que importam e servem para a obtenção do resultado final predeterminado: a punição.

A imputação logrou êxito, pois resultou na condenação do ex-Presidente e no consequente resultado ótimo dos objetivos perseguidos com o presente processo penal. Entretanto, ainda que reste o réu condenado, encarcerado, inelegível; não terá o Ministério Público se desincumbido do ônus da prova do fato que ensejou a acusação. Acaso considerem ser a prova da autoria e materialidade sobremaneira complicada para tão complexa organização “política”, melhor mesmo será invocar o processo civil, assim arruinamos com todo o esquema do processo de uma só vez.

O caso se resume a alguns indícios, várias suposições, muitas convicções e nenhuma prova.

Assim segue o enredo.

Por oito anos Lula foi presidente da República. Há quase oito anos deixou de sê-lo. Como agente público, praticava atos de ofício no exercício das funções. Ao deixar o ofício, foram-lhe imputadas diversas vantagens que estaria a receber em razão do ofício público um dia exercido. Foi suposto que havia adquirido um prédio, um apartamento, um sítio. Foi igualmente suposto que usufruiu de um imóvel por vinte anos sem jamais ter pago por ele um centavo. Da mesma forma, seria ele beneficiário de uma contabilidade empresarial paralela, destinada ao pagamento de vantagens pecuniárias em seu favor e de todos os outros agentes públicos que por ele foram indicados. Não fosse o bastante, a suposição abarcou a situação de que, se um agente público recebesse uma vantagem indevida, também estaria Lula gozando dos benefícios de comandar tantos agentes quantos recebessem vantagens espúrias.

Para aperfeiçoar as suposições e dar-lhes um verniz apto a introduzi-las no mundo fenomênico, foram utilizados alguns mecanismos legais. A começar por prender todos os outros agentes envolvidos com o agente hipotético. A tática consiste em manter os agentes outrora conluídos com o agente hipotético presos, até se decidirem por falar algo. Pouco a pouco estes presos cautelares começam a falar. Mas ressalte-se que não podem falar qualquer algo, devem providenciar informações contundentes em detrimento de Lula. Se receberam algo, devem encontrar o rastro que os une ao agente central de todo o *powerpoint*.

.....  
<sup>6</sup> Alexandre Morais da Rosa, Jorge Bheron Rocha e Mariella Pitari. Fale agora ou cale-se para sempre: a questão do silêncio seletivo no crime. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-09/limite-penal-fale-agora-ou-cale-sempre-questao-silencio-seletivo>>. Acesso em 16.02.2017

A Lula é imposta a obrigação de provar que não é dono de todos os bens objetos da acusação deduzida, da qual tenta se desincumbir. À matrícula do bem em nome de outrem, é contraposta a argumentação de que existem muitos “laranjas” dispostos a serem proprietários formais. A prova de que possui outra residência também se afigura insuficiente, pois pode-se tanto viver em dois lugares quanto usar um imóvel como mero ativo. Também de pouca ou nenhuma utilidade declarações prestadas ao fisco, já que estas também poderão ser forjadas. Tampouco o fato de que, mesmo após ter a vida esquadrinhada centímetro a centímetro sem que nada de robusto fosse encontrado, e a despeito de todos os ataques autoritários e midiáticos ao longo de mais de trinta anos, são relevantes para a causa. Testemunhas de defesa, melhor não, mentirosas contumazes, ainda mais porque a maior parte das pessoas que conhecem Lula estão presas. É como se cada uma delas levassem um pedacinho dele para o cárcere também.

Se é para tornar uma hipótese em verdade, vale até mesmo exigir a confecção de prova diabólica.

As poucas possibilidades de Lula demonstrar não ser beneficiário do esquema de corrupção, tampouco dono do imóvel, se apertavam na porta estreita de entrada do processo para a defesa, para logo depois se despedaçarem contra a muralha de exigências de cabalidade da prova defensiva.

Ali ao lado, as suposições da acusação dormiam seu sono plácido, e as convicções apinhadas em confortáveis carruagens acessavam o processo por um grande *boulevard* guiadas pelo próprio magistrado: mais e mais pessoas eram presas, o que conduzia às maiores chances de delações confirmatórias de outras delações, transmutando a acusação em realidade quase-probatória; interceptação em escritório de advocacia que promovia a defesa do ex-Presidente; quebra de sigilo e publicização (determinada na própria decisão judicial) de diálogo entre Lula e a então Presidenta Dilma; a elevação de matérias jornalísticas, postagens de *facebook* e *tweets* à condição de elementos probatórios no processo.

### Autopoiesis rumo ao infinito

Neste ponto, retorna-se ao que foi colocado no início: há muito saímos do domínio do processo penal. Porque se de processo penal se tratasse, caberia a acusação iniciar a ação penal com prova da materialidade e indícios da autoria do crime de corrupção passiva, e não com bolinhas em *powerpoint*.

Cabe aqui um aparte para fazer menção à instituto jurídico sobremaneira abusado: o das delações. Nos Estados Unidos, país no qual o réu pode inclusive reputar-se

culpado e receber longos anos de prisão, ainda que os aditamentos de novos crimes não passem de chantagem processual para o réu aceitar o plea, discute-se quais os limites de encarcerar tantos milhões sob este critério.<sup>7</sup>

No item 4.3.7 do voto do Desembargador Federal Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus, deixou-se consignado não ser adotado no processo penal brasileiro o *standard* da “prova acima de qualquer dúvida razoável”, pois prevalece o preceito da livre apreciação da prova, numa leitura obtusa do artigo 155 do Código de Processo Penal. Todavia, na aplicação dos institutos do *common law* à moda brasileira, faz-se uso apenas daquilo que interessa, ao arbítrio do momento. Delações foram aplaudidas como métodos eficazes ao combate ao *white collar crime*, mas por acaso não são elas originárias da tradição do *common law*? Por que é possível conciliar o instituto das delações, porém assim não acontece com critérios de valoração da prova mais consentâneos com a Constituição Federal que a livre apreciação da prova? Lamentavelmente, transplantar um instituto de tradição alienígena sem a devida adaptação resulta apenas em formar verdadeiras aberrações jurídicas.

O sistema processual penal brasileiro, ainda que tente se distanciar do sistema inquisitorial, guarda-lhe os ranços<sup>8</sup> e não logra se aproximar de um processo verdadeiramente adversarial. Caso lograsse, veríamos o Ministério Público e a defesa engajados em obter respostas do réu, jamais o juiz. Ademais, no sistema processual penal brasileiro, o magistrado está intrinsecamente vinculado a todo o ocorrido ao longo do feito, especialmente contaminado pelas provas ilícitas que teve acesso. Sendo assim, como poderia ele deixar de fazer inferências indevidas acerca do réu? Inferências estas que retornam ao Direito Penal do Autor e culminam por violar o devido processo legal.

Existiria como provar que o ex-Presidente Lula não era dono do triplex? Haveria dúvida razoável em meio às notícias que se constituem elementos probatórios?

Nada mais consentâneo com o roteiro dos episódios narrados do que se utilizar de um expediente comum aos construtores do “novo” processo penal, a invocação do processo civil para dirigir a busca da prova, já que a Constituição Federal e o Código de Processo Penal há muito foram esquecidos. Que reste ao menos o direito de não provar fato negativo.

.....  
<sup>7</sup> Conferir *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357, 98 S. Ct. 663, 54 L. Ed. 2d 604 (1978), caso no qual o Ministério Público aditou novas acusações no intuito de oferecer o réu um *guilty plea* de cinco anos ou prisão perpétua. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/434/357/case.html>, acesso ao dia 19 de Fevereiro de 2018.

<sup>8</sup> ROCHA, Jorge Bheron. A importância de Moro e da Lava Jato para a Democracia e para as Garantias do Processo Penal no Brasil, 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/09/28/importancia-de-moro-e-da-Lava-Jato-para-democracia-e-para-as-garantias-do-processo-penal-no-brasil/>>. Acesso em: 15 out. 2017.