

Opinião: Proposta de carnificina jurisdicional no 'caso Lula'

19/04/2021

Nesta quinta-feira (22/4) o Plenário do STF irá retomar o julgamento do Habeas Corpus (HC) 193726, impetrado em favor do ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, especificamente quanto ao terceiro tópico do voto do relator, ministro Edson Fachin. Na semana anterior, como visto, o Tribunal Pleno se manifestou favoravelmente (por maioria) sobre os dois primeiros pontos propostos pelo relator, quais sejam: 1) a possibilidade de afetação e, portanto, de julgamento pelo Plenário de questão oriunda da 2ª Turma da corte, por mero despacho discricionário do relator; e 2) a incompetência do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba para processar e julgar o paciente, o que acabou por enviar o processo para uma das varas federais do Distrito Federal (exceto o ministro Alexandre de Moraes, o qual propôs o envio para uma das varas federais de São Paulo).



Resta a análise do terceiro ponto da proposta de voto

do relator, que versa sobre a consequência do reconhecimento da incompetência do juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba. Aqui, para o ministro Edson Fachin, haveria perda de objeto de outro processo julgado pela 2ª Turma, que reconheceu, no âmbito do HC 164493 (por três votos a dois), a ausência de imparcialidade jurisdicional por parte do então juiz federal da causa, ensejando a nulidade de todos os atos do processo, como evidente. Pela proposta do ministro Edson Fachin, havendo incompetência do juízo, não poderia ser analisada a sua (im)parcialidade, pois estaria consagrada a "perda de objeto". Esse é, pois, o ponto essencial do julgamento da próxima quinta-feira.

Em [artigo recente](#) escrito pelos juristas Lenio Luiz Streck, Juliano Breda e Antônio Carlos de Almeida Castro, apontou-se corretamente que *"a parcialidade é circunstância decorrente de ato pessoal do 'juiz' Sérgio Moro. A incompetência é de foro e não da pessoa. A suspeição e parcialidade é, esta sim, pessoal"*. Quanto à suposta prejudicialidade da competência em detrimento da parcialidade, apontaram: *"Ao declarar a incompetência (em razão do local) da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, Fachin permitiu a convalidação dos atos instrutórios praticado pelo então incompetente órgão jurisdicional"* [1].

De fato, havendo declínio do processo da 13ª Vara Federal de Curitiba para o Distrito Federal (ou mesmo São Paulo), o novel juízo poderia convalidar os atos anteriores, coisa que não seria possível caso seja reconhecida, além da incompetência, também a ausência de imparcialidade.

Quanto ao ponto, estamos diante da necessidade de discutir o tema a partir do conceito e da reflexão sobre as chamadas "questões prévias" (preliminares e prejudiciais de mérito), à luz das premissas de um processo penal garantista e do modelo constitucional do processo penal [2]. Parte da doutrina processual penal contemporânea comete o equívoco de equivaler, sem qualquer cuidado, os temas do processo civil e do processo penal, como se fosse possível conferir tratamento uniforme entre a vida e a liberdade (eventual aplicação da pena) e a propriedade e/ou convivência familiar (temas preponderantes do direito civil), aplicando sem densidade reflexiva uma equivocada teoria geral do processo unitária. Errado!

O Código de Processo Penal apresenta 19 vezes as expressões "prejudiciais", "prejudicada" e "prejudique" de maneiras, formas e sentidos diferentes, o que torna o Direito Processual Penal positivado bastante peculiar, uma verdadeira colcha de retalhos. Mas é possível encontrar no Código de Processo Penal o exemplo a partir do que, possivelmente, se espelhe o ministro relator Edson Fachin para, de maneira absolutamente atécnica e equivocada, se valer de sua peculiar proposta de interpretação sobre a "prejudicialidade" no caso Lula.

Na verdade, o ministro Edson Fachin apresenta referencial legal bastante similar àquele contido no artigo 490, parágrafo único, do CPP, para sanar a questão. Utiliza-se do tema da prejudicialidade a partir dos demais quesitos no júri: *"Se, pela resposta dada a um dos quesitos, o presidente verificar que ficam prejudicados os seguintes, assim o declarará, dando por finda a votação"*.

No entanto, trata-se de artificialidade absolutamente incabível. Primeiro, porque o julgamento dos quesitos pelo júri decorre de deliberação secreta e para o caso de crimes dolosos contra a vida. Depois, porque é constrangedor e inadequado comparar os ministros do STF a "juízes leigos" que não conhecem o Direito e, por isso, analisam basicamente as questões de fato para votar "sim" ou "não".

Não menos inadequado, aliás, é que se esse for o entendimento acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, uma espécie de "prejudicialidade do júri", também seria preciso explicar o mesmo tema (prejudicialidade) a partir da possibilidade de contradição, conforme prevista no artigo 490 do CPP: *"Se a resposta a qualquer dos quesitos estiver em contradição com outra ou outras já dadas, o presidente, explicando aos jurados em que consiste a contradição, submeterá novamente à votação os quesitos a que se referirem tais respostas"*.

Assim, será preciso considerar que o relator agiu como uma espécie de "presidente do júri", pois tentou emplacar a tese da prejudicialidade na 2ª Turma e, agora, está repetindo a proposição perante o pleno, como se estivesse explicando para juízes leigos numa nova votação de "quesito prejudicial". Maior comicidade não poderia haver, e nem maior desmoralização de um tribunal supostamente igualitário entre os seus membros.

Sejamos sérios no debate do tema. Ainda que estejamos a falar da doutrina tradicional e do entendimento prevalente da jurisprudência, e que se vale, em nosso entendimento, de modo

equivocado da perspectiva juscivilista (pois isso se dá num giro flagrantemente distinto), ainda assim seria mais adequado nos valer do grande autor dessa temática, o saudoso professor José Carlos Barbosa Moreira, especialmente de sua clássica obra "Questões Prejudiciais e Coisa Julgada", tese de concurso para a livre docência de Direito Judiciário para a Faculdade de Direito da UFRJ, de 1967.

Conforme Barbosa Moreira, *"uma questão não será prejudicial porque impeça ou suspenda o curso de certo feito, senão que, ao contrário, poderá impedi-lo ou suspendê-lo por ser prejudicial. Nem sequer se trata, aliás, de condição necessária, e muito menos suficiente: há impedimentos à marcha do processo totalmente estranhos à questão da prejudicialidade, e pode haver prejudicialidade sem que dela resulte obstáculo ao desenvolvimento do iter processual"* [3].

E assim, reconstruindo o conceito de prejudicialidade, prossegue o autor: *"Se tivermos em mente o aspecto fundamental, acima recordado, dos praeiudicia romanos, podemos haurir naquela indicação histórica uma primeira e valiosa sugestão quanto ao sentido em que se deve orientar o nosso trabalho construtivo. É sobre a ideia de influência, de condicionamento, que merece aqui ser projetado o foco luminoso. Se a solução de uma questão influi necessariamente na de outra, e se em razão de uma influência é que se lhe vai atribuir tal ou qual nomen iuris, parece óbvio que a investigação deva concentrar-se no esclarecimento da relação que liga as duas questões, como dado principal, para fundar qualquer esquema classificatório"* [4].

Com isso, são duas as referências sobre o fato de que a solução de certa questão pode influenciar a outra: a) tornando dispensável ou impossível a solução dessa outra; ou b) predeterminando o sentido em que a outra há de ser resolvida.

Por se tratar de doutrina juscivilista, o exemplo utilizado pelo autor para clarificar o ponto é de direito privado: *"Em processo onde se demanda o cumprimento da obrigação do fiador, este, na contestação, argui a ilegitimidade ad causam do autor e, em seguida, para o caso de não ser aceita a arguição, alega a nulidade da obrigação principal, por motivo outro que não a incapacidade pessoal do devedor (...). Se o juiz acolhe a primeira alegação, abstém-se de julgar o mérito da causa e põe fim ao processo, normalmente por ocasião do saneamento, mediante decisão meramente terminativa (...). Se a rejeita, o exame da outra arguição, seja qual for o resultado a que o leve, jamais o eximirá de pronunciar-se sobre o pedido; mas, reconhecida que seja a nulidade, improcedente há de ser julgada a demanda, ao passo que, não reconhecida — limitando-se a ela, ex hypothesi, a matéria em debate —, o julgamento será no sentido da procedência"* [5].

Prossegue Barbosa Moreira: *"Os dois casos são inteiramente diversos, e só no segundo é que se pode reconhecer aquela característica fundamental que os estudiosos trazem a lume nos praeiudicia. Realmente: a solução que se desse à controvérsia sobre ser ou não liberto o acusador influiria na solução que se houvesse de dar à questão da admissibilidade da acusação; mas influiria no sentido de condicionar-lhe o teor, o conteúdo, não no sentido de eventualmente pré-excluir um pronunciamento a respeito dela. De forma análoga, o modo como se resolvesse, no praeiudicium de partu agnoscendo, a questão da existência ou inexistência da relação de filiação, longe de poder dispensar ou impedir a apreciação da demanda nela fundada,*

condicionaria necessariamente, isto sim, o teor ou o conteúdo da decisão subsequente" [6].

Com efeito, a proposta do ministro Edson Fachin nos autos da discussão da incompetência pelo plenário (HC 193726) é impedir o resultado alcançado pela 2ª Turma do Tribunal sobre o reconhecimento da nulidade decorrente da ausência de imparcialidade (HC 164493), numa espécie de "ação rescisória (cível) em Habeas Corpus", ou uma "revisão criminal contra o réu" (!?), mas em absoluta divergência com a própria doutrina juscivilista de processo, pois jamais poderia ocorrer a perda de objeto pretendida pelo ministro relator. Para tanto, seria necessário verificar se seria hipótese de "influência ou condicionamento" da outra temática, no caso concreto.

Ou seja, a incompetência do juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba influencia e/ou condiciona o julgamento sobre a (im)parcialidade do juiz federal incompetente? A resposta é demasiadamente simples, fazendo corar estudantes dos semestres iniciais de qualquer curso de Direito, pois se há hipótese de o juiz incompetente ter seus atos convalidados pelo novel juízo, de nenhuma maneira há relação de prejudicialidade. Aliás, conforme o citado professor José Carlos Barbosa Moreira, ainda que houvesse, não seria possível sustentar a perda de objeto da discussão sobre a (im)parcialidade.

Mas vamos além. A doutrina de Barbosa Moreira ainda distingue os temas a partir daquilo que conceitua "questões prévias", guarda-chuva conceitual que acolhe a dicotomia entre questões prejudiciais e questões preliminares.

Acerca das questões preliminares, prossegue ele: *"quais as questões a que se poderá aplicar, a justo título, a denominação? Não, em nosso entender, as que tocam as 'condições da ação', situadas fora do âmbito do mérito. Essas questões, cuja solução pode levar à admissibilidade ou à inadmissibilidade do julgamento da lide, merecem com inteira propriedade a qualificação de 'preliminares'; não, porém, a de 'preliminares de mérito'. Esta última há de ficar reservada para aquelas outras questões que, dizendo respeito já à própria res in iudicium deducta, podem tornar supérfluo, se resolvidas de certa maneira, o exame dos restantes aspectos da lide — e, por isso mesmo, são apreciadas em primeiro lugar. É o caso da questão referente à prescrição"* [7].

No caso em tela, é fácil observar que a incompetência do juízo não torna supérflua a análise da (im)parcialidade do julgador, uma vez que a possibilidade da convalidação de atos adotados a partir de magistrado parcial faz toda a diferença nesse raciocínio, reflexão que pode tomar emprestada a *metáfora* do jogo de futebol.

Imagine-se um árbitro de basquete que se faz passar por árbitro de jogo de futebol, recebendo vantagem indevida para marcar impedimentos sucessivos contra o time A, de modo a impedir que sejam esses gols validados. Ao tempo em que faz isso, inverte faltas e marca pênaltis a favor do time B, de modo flagrante a auxiliar na vitória deste último time. Depois disso, o dito árbitro é promovido ao cargo de diretor desse mesmo time B.

No mencionado exemplo, o árbitro é incompetente (pois se trata de árbitro de outra modalidade esportiva) e tendencioso (vez que favorece o time B a partir de expedientes que denotam clara parcialidade e interesse na vitória desta equipe). É bastante elementar que, nesse caso, a

anulação da partida pela "incompetência" do árbitro de basquete não impede a punição desse árbitro e do time B (favorecido) com perda de pontos e, até mesmo, o rebaixamento pelo conluio para fraudar a disputa entre as equipes.

Em linha de conclusão, entendemos que não deve ser aplicada ao processo penal a doutrina processual juscivil quanto ao tema das questões prévias. Mas, ainda que isso seja feito (essa importação indevida de institutos), não há prejudicialidade da temática da incompetência do juízo sobre a temática da (im)parcialidade do magistrado, pois não existe influência ou condicionamento em determinado sentido.

Por isso, qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal que não seja pela improcedência da proposta do item número três do relator (ocorrência de suposta "perda de objeto" da discussão da (im)parcialidade do magistrado), provocará uma verdadeira carnificina jurisdicional no "caso Lula", seja por se valer da similaridade do Júri, seja por não encontrar guarida no Direito Processual Penal, seja, por fim, por não guardar amparo, nem mesmo, na doutrina juscivilista do processo.

Mas, para além disso tudo, talvez o pior produto desse exercício de decidir conforme aquilo que não se pode(ria) decidir, seja transformar o Habeas Corpus em "revisão criminal contra o réu" contra processo de outro colegiado. Diante disso, se quiser continuar merecendo o epíteto de Suprema Corte defensora das liberdades, guardiã da Constituição e protetora dos direitos fundamentais e, mesmo da democracia, como observado por Justin Collings [8], precisará o Supremo manter tanto a incompetência do juízo federal da 13ª Vara de Curitiba quanto à não imparcialidade do magistrado que atuou naqueles processos. A Suprema Corte não pode emular o papel de açougueira da democracia constitucional e do *rule o law*.

[1] STRECK, Lenio; BREDÁ, Juliano; ALMEIDA CASTRO, Antônio Carlos de. O Supremo Tribunal Federal e o duelo Plenário x Turma. Conjur, de 26 de março de 2021.

[2] BIZZOTTO, Alexandre. Lições de Direito Processual Penal. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

[3] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e Coisa Julgada. Tese de Livre docência – UFRJ. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 22.

[4] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e Coisa Julgada. Tese de Livre docência – UFRJ. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 22.

[5] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e Coisa Julgada. Tese de Livre docência – UFRJ. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 23.



[6] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e Coisa Julgada. Tese de Livre docência – UFRJ. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 24.

[7] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e Coisa Julgada. Tese de Livre docência – UFRJ. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 32.

[8] COLLINGS, Justin. Democracys guardians: a history of the German Federal Constitutional Court, 1951-2001. Oxford: OUP, 2015.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-abr-19/opiniao-proposta-carnificina-jurisdicional-lula/>