



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
(UNIRIO)

JONATHAN ACCIOLY LINS VIDAL RODRIGUES

AS HIPÓTESES DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA NA OPERAÇÃO
LAVA JATO

RIO DE JANEIRO

2021



JONATHAN ACCIOLY LINS VIDAL RODRIGUES

**AS HIPÓTESES DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA NA OPERAÇÃO
LAVA JATO**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação, apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de Concentração: Processo Penal.

Orientador: Prof. Pós-Dr. Thiago Bottino do Amaral.

RIO DE JANEIRO

2021

Catálogo informatizada pelo(a) autor(a)

R696 Rodrigues, Jonathan Accioly Lins Vidal
AS HIPÓTESES DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA
NA OPERAÇÃO LAVA JATO / Jonathan Accioly Lins Vidal
Rodrigues. -- Rio de Janeiro, 2021.
62

Orientador: Thiago Bottino.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) -
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro,
Graduação em Direito, 2021.

1. processo penal. 2. prisão preventiva. 3.
operação lava jato. 4. habeas corpus. 5. medidas
cautelares. I. Bottino, Thiago, orient. II. Título.

JONATHAN ACCIOLY LINS VIDAL RODRIGUES

**AS HIPÓTESES DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA NA OPERAÇÃO
LAVA JATO**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação, apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de Concentração: Processo Penal.

Aprovado em:

Banca examinadora:

Prof. Dr. Thiago Bottino do Amaral (Orientador)
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO

Profa. Dra. Elizabeth da Cunha Sussekind
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO

Profa. Dra. Simone Schreiber
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho de pesquisa aos meus pais. Por apostarem na minha educação e potencial. Sem vocês essa conquista não seria possível. Agradeço do fundo do meu coração.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho, bem como toda a evolução do curso de direito que concluo por meio deste, contou com a ajuda de diversas pessoas, dentre as quais agradeço:

Aos membros da banca examinadora, que não somente foram responsáveis pela minha aprovação, mas também por me inspirarem todos os dias a me esforçar para alcançar os meus sonhos profissionais.

Aos professores em geral do curso de Direito da UNIRIO, que contribuíram imensamente ao meu aprendizado e permitiram que eu pudesse concluir meu trabalho com segurança e confiança.

Aos meus pais, que me ensinaram que o valor de uma educação de qualidade é inestimável, e não podemos medir esforços para nos fazermos cada dia mais capacitados e preparados.

Às minhas irmãs, que foram sempre exitosas na função de me inspirar e deram o exemplo de que todo esforço é compensatório, não existe tempo perdido.

Aos meus avós, que fizeram sempre questão de demonstrar sua torcida incondicional ao meu futuro.

Aos amigos, que foram compreensíveis nos meus momentos de ausência e crises por conta deste trabalho.

RODRIGUES, Jonathan Accioly Lins Vidal Rodrigues. **As Hipóteses de Decretação de Prisão Preventiva na Operação Lava Jato**. 2021. 62 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Escola de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

RESUMO

A presente pesquisa aborda as hipóteses de decretação de prisão preventiva no âmbito das operações que sucederam à operação lava jato no estado do Rio de Janeiro. O trabalho busca avaliar se o número de prisões preventivas foi exacerbado e se as decisões de prisão preventiva em massa ocasionam a banalização do instituto. O estudo demonstra que decisões proferidas pela Sétima Vara Federal Criminal da Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro, foram fundadas em depoimentos oriundos de acordos de colaboração premiada obtidos pelo Ministério Público Federal, cujos fatos narrados pelos depoentes são antigos, o que afastaria a necessidade de prisão preventiva em razão da falta de contemporaneidade. As análises apontaram que a concessão de medida cautelar diversa da prisão era suficiente para resguardar o processo penal, a aplicação da lei e a incolumidade pública. Observou-se o enfraquecimento do instituto da prisão preventiva, que deveria ser decretado em *ultima ratio*, uma vez que cria óbice a um dos direitos básicos do cidadão, qual seja, o de ir e vir. A decretação da cautelar pessoal sem que haja os pressupostos previstos no Código de Processo Penal enfraquece a credibilidade do poder judiciário e esvazia a segurança jurídica necessária no estado democrático de direito. O presente estudo chegou à conclusão de que houve exacerbção na utilização das prisões preventivas nos processos oriundos da operação lava-jato do Rio de Janeiro, uma vez que grande parte das segregações cautelares não resultou em condenação.

Palavras-chave: Processo Penal. Prisão Preventiva. Operação Lava Jato. Habeas Corpus. Medidas Cautelares.

RODRIGUES, Jonathan Accioly Lins Vidal Rodrigues. **The Lava Jato Operation Preventive Arrests Hypothesis**. 2021. 62 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Escola de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

ABSTRACT

The present research addresses the hypotheses for the decree of preventive detention in the scope of the successive operations to the Lava Jato operation in the State of Rio de Janeiro. The work seeks to assess whether the number of pre-trial detainees has been exacerbated and whether on mass pre-trial detention decisions lead to the banalization of the institute. The study demonstrates that decisions handed down by the seventh federal criminal court of the federal justice of the state of Rio de Janeiro were based on depositions from award-winning collaboration agreements obtained by the Federal Public Ministry, whose facts narrated by the deponents are aged, which would remove the need preventive detention due to the lack of contemporaneity. The analysis showed that the granting of a precautionary measure other than prison was sufficient to safeguard the criminal process, the application of the law and public safety. There is a weakening of the preventive prison institution, which should be decreed in ultima ratio, since it creates an obstacle to one of the basic rights of the citizen, namely, the freedom of movement. The enactment of personal injunctions without the assumptions provided for in the Code of Criminal Procedure weakens the credibility of the judiciary and undermines the necessary legal certainty in the democratic state of law. The present study concluded that there was an exacerbation in the use of preventive prisons in the processes originating from the Rio de Janeiro Lava Jato operation, since most of the precautionary segregations did not result in convictions.

Keywords: Criminal Process. Preventive Detention. Lava Jato Operation. Habeas Corpus. Precautionary Measures.

LISTA DE ABREVIATURAS E SILGAS

ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
Art.	Artigo
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
HC	<i>Habeas Corpus</i>
INFOPEN	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
MPF	Ministério Público Federal
ONU	Organização das Nações Unidas
ORCRIM	Organização Criminosa
PR	Paraná
RHC	Recurso em Habeas Corpus
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA	15
2.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE	17
2.2 DIREITO DE NÃO SE AUTOINCRIMINAR	22
2.3 REGIME LEGAL DA PRISÃO PREVENTIVA	26
2.3.1 REQUISITOS LEGAIS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	30
3. O USO DA PRISÃO PREVENTIVA NA LAVA JATO	36
3.1 ESTUDOS DE CASO	40
3.1.1 OPERAÇÃO EFICIÊNCIA E A PRISÃO DE EIKE FUHRKEN BATISTA	40
3.1.2 OPERAÇÃO DESCONTAMINAÇÃO E A PRISÃO DE MICHEL MIGUEL ELIAS TEMER LULIA	46
3.1.3 OPERAÇÃO <i>PATRÓN</i> E A PRISÃO DE HORÁCIO MANUEL CARTES JARA	52
4. CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	58

1. INTRODUÇÃO

A operação lava jato¹ não ensejou somente a abertura de mega-processos² criminais que culminaram na prisão de ex-presidentes, políticos e empresários. Pelo ponto de vista jurídico, pautou os debates nos anos iniciais, e até hoje ainda pode-se encontrar controvérsias sobre os instrumentos processuais utilizados pelos juízes titulares de processos oriundos do estopim curitibano.

Um dos pontos mais sensíveis ao tema diz respeito à condução coercitiva ao longo dos feitos, uma vez que a sua decretação gerava de pronto reação midiática, com carros, helicópteros e jornalistas correndo. Praticamente com idêntico *modus operandi*, os réus, mesmo não sendo intimados para prestarem depoimentos, eram conduzidos coercitivamente até a sede da Polícia Federal, muitas vezes sem o prazo mínimo para que os advogados pudessem prepará-los para uma oitiva. É importante destacar que se tratava de medida ordinária, como se pode observar pelo número de vezes que o instrumento foi utilizado nos processos³: 211 em Curitiba e 35 no Rio de Janeiro.

Em razão do uso indiscriminado, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento⁴ de que a Constituição da República Federativa do Brasil não recepcionou o artigo 260 do Código de Processo Penal. A posição majoritária entendeu que a condução coercitiva

¹ O nome da operação foi dado pela delegada da polícia federal Erika Marena em razão da quantidade de dinheiro que era transacionado no posto de gasolina objeto da primeira fase da operação. Não se trata de erro na ortografia do termo “lava a jato”, mas sim, em face do volume de capital que circulava no posto, só poderiam estar lavando jatos aéreos e não carros para justificar tais montantes. In RODRIGUES, Fabiana Alves. *Lava jato: aprendizado institucional e ação estratégica na justiça*. 1º ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020. Prefácio.

² Cf. PRATES, Fernanda; BOTTINO, Thiago. **Megaprocessos e o exercício do direito de defesa: uma abordagem empírica**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 27, n. 162, p. 145-170, 20 set. 2019.

³ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato, 2020**. Resultados. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>>. Acesso em: 20 de jul. de 2020.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395 e 444/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 14/06/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho821848/false>>. Acesso em: 20 de jul. de 2020.

representa óbice ao direito de ir e vir, além de violar a presunção de inocência, demonstrando-se incompatível, portanto, com a Magna Carta.⁵

Desse modo, para possibilitar a realização dos interrogatórios mediante o elemento surpresa, foram decretadas prisões temporárias com o simples propósito de se interrogar o acautelado. Segundo pesquisa do jornal Estadão⁶, realizada por meio da Lei de Acesso à Informação, houve um aumento de 31,75% na decretação de prisões temporárias no âmbito da Lava Jato nos primeiros quatro meses de 2018 em relação ao ano anterior. Segundo dados do MPF⁷ foram 163 prisões temporárias em Curitiba e 48 no Rio de Janeiro.

Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro veda o acautelamento pessoal para fins de interrogatório. Nesse sentido, a decisão em caráter de plantão da Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal da Segunda Região⁸ que entendeu não ser possível a decretação de prisão temporária proferida pelo juízo da Sétima Vara Federal Criminal com o fundamento da incomunicabilidade dos réus em processo penal. Outrossim, asseverou que o instituto não serve para produção de provas e andamento da investigação.

No contexto mencionado, as prisões preventivas também tiveram o seu espaço no podium das ações jurisdicionais controversas da Operação Lava Jato. No Rio de Janeiro foram 217 prisões preventivas, enquanto Curitiba somou 130⁹.

Se observados os números da Lava Jato fluminense, percebe-se que é muito maior na quantidade de decretação de prisões preventivas se comparado com a capital que inaugurou a operação. Foram, ao todo, 56 ações penais, com apenas 41 condenados na 1ª e 2ª instâncias.

⁵ Idem. Ementa: “6. *Liberdade de locomoção. A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por período breve.*”

⁶ CURY. Teo. **Prisão temporária cresce 32% após veto a condução**. Estadão. Seção Política, 21 de maio de 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/prisao-temporaria-cresce-32-apos-veto-a-conducao/>. Acesso em: 19 jan. 2021

⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato, 2020**. Resultados. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>>. Acesso em: 20 de jul. de 2020.

⁸ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. **HABEAS CORPUS Nº 0100078-43.2019.4.02.0000 em regime de plantão**. Desembargadora Federal Simone Schreiber. Rio de Janeiro. Decisão em 24 de março de 2019.

⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato, 2020**. Resultados. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>>. Acesso em: 20 de jul. de 2020.

Ou seja, aproximadamente 19%¹⁰ das cautelares adotadas pelo juízo da 7ª Vara Federal Criminal resultaram em condenações. Em 81% dos casos, ou os réus foram absolvidos, ou até a data em que se foi concluído esse projeto, não houve uma conclusão nas instâncias do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Analisando a quantidade de mandados de prisão preventiva, a juíza federal de São Paulo Fabiana Alves Rodrigues, em seu estudo intitulado *Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na justiça*, obteve a seguinte conclusão:

Não é tarefa simples extrair conclusões a partir de dados gerais das fases ostensivas das operações, pois diferenças relacionadas aos fatos investigados e às provas obtidas podem justificar disparidades no uso de medidas constritivas. A análise preliminar da tabela sugere que foi mais recorrente o uso da prisão preventiva pelo núcleo do Rio de Janeiro (quase seis prisões por fase), em comparação com o do Paraná (quase duas prisões por fase), e bem mais cauteloso o uso desse recurso pelo núcleo de Brasília (menos de uma prisão por fase). Essa análise também se mostra compatível quando se compara a proporção de prisões preventivas e o total de mandados de busca deferidos: no núcleo de Curitiba os mandados de prisão preventiva correspondem a 9% das buscas autorizadas judicialmente, no Rio de Janeiro essa relação é de 37,7%, e em Brasília, de apenas 2,8%.¹¹

É sobre tal cenário que o presente estudo se debruça.

Diante do número extremamente elevado de prisões e tendo em vista as limitações do presente trabalho, foram analisadas vinte decisões de decretação de prisão preventiva proferidas nos autos de ações penais resultantes de operações afiliadas da lava jato. Uma vez observado determinada padronização na fundamentação adotada pelo juízo da 7ª Vara Federal Criminal do RJ, optou-se por selecionar e analisar três casos que consideramos paradigmáticos, cujas decretações seguem o modelo daquele juízo, optando-se também por casos em que as prisões foram revogadas, com o propósito de verificar os argumentos não acolhidos pelos Tribunais Superiores. Examinou-se assim as prisões impostas: ao empresário Eike Fuhrken Batista, na Operação Eficiência, ao ex-presidente da república brasileira Michel

¹⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato, 2020**. Resultados. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>>. Acesso em: 20 de jul. de 2020.

¹¹ RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava jato: aprendizado institucional e ação estratégica na justiça**. 1º ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020. P. 175.

Miguel Elias Temer, na Operação Pripyat e ao ex-presidente paraguaio Horacio Manuel Cartes Jara, da Operação Câmbio Desligo.

A escolha dos três processos se deu baseada em três elementos de análise, quais sejam: réus com grande visibilidade midiática; a base das três decretações se deu por fatos narrados em acordos de colaboração premiada, ou seja, o depoimento do delator ensejou a cautelar pessoal e, finalmente, as três decretações foram revogadas em Tribunais Superiores, por não satisfazerem os requisitos legais necessários à sua decretação.

2. O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA

Ao longo da História, a prisão cautelar foi ganhando diferentes significados muito representativos da época da qual se trata. De início, no berço do Direito Romano, a prisão possuía caráter excepcional, tendo em vista que o único objetivo da segregação se dava para garantia da aplicação da pena¹², portanto, não possuía caráter de punição¹³. Na mudança de paradigma jurisdicional, o século XII foi palco do sistema inquisitorial, quando a prisão provisória se tornou banal, e tratava-se de meio para a promoção da tortura, momento no qual se extraía a confissão pelo método violento¹⁴. O modelo de prisão cautelar utilizado atualmente foi moldado a partir do século XVIII, período histórico do iluminismo e conhecido pelas suas revoluções: na Europa eclodia a Revolução Francesa, que derrubava a Bastilha, a monarquia e libertava os presos políticos; na América do Norte, as treze colônias declararam independência da Grã-Bretanha; no Brasil a inconfidência mineira demonstrava insatisfação com o autoritarismo português a taxação excessiva. Mas foi no século seguinte que, por influência de estudiosos do direito como Francesco Carrara, passou-se a admitir a prisão cautelar para: salvaguarda da justiça, da verdade e da defesa pública¹⁵. Tal pensamento foi se lapidando e culminou no atual conceito da prisão cautelar que se funda “no direito que tem o Estado de exigir dos indivíduos certos sacrifícios para o bem comum”¹⁶.

A prisão preventiva possui, basicamente, dois objetivos¹⁷: o primeiro de resguardar a sociedade, criando uma barreira àquele que o poder judiciário entende por perigoso à incolumidade pública, e o segundo, proteger o processo penal advindo da conduta

¹² PISAPIA, 1979, P. 244. Apud. CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 5º. Salvador: JusPODIVM, 2020. P. 22.

¹³ CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 5º. Salvador: JusPODIVM, 2020. P. 22.

¹⁴ FERRAJOLI, 2002. P. 443. Apud. CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 5º. Salvador: JusPODIVM, 2020. P. 22.

¹⁵ CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 5º. Salvador: JusPODIVM, 2020. P. 23.

¹⁶ TORNAGHI (1988, p. 6). Apud. CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 5º. Salvador: JusPODIVM, 2020. P. 23.

¹⁷ ARAGONES (1981, p. 258) apud CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 5º. Salvador: JusPODIVM, 2020. P. 19.

supostamente delituosa do agente preso. Contudo, a decisão que segrega o acusado está sujeita a cometer uma injustiça, se decretada ilegalmente¹⁸.

Em razão do risco citado, a doutrina busca firmar o entendimento de que tal decisão deva ser tomada excepcionalmente, ou seja, somente quando não houver outra medida cautelar diversa da prisão capaz de cessar o risco proeminente da liberdade do acusado. O artigo 319, do Código de Processo Penal, exemplifica as cautelares diversas da prisão:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

Além daquelas dispostas expressamente na lei, a jurisprudência considerou que a retenção de passaporte do acusado que está em liberdade pode ser decretada, quando ele apresentar indícios da possibilidade e probabilidade de sair do país para se evadir do dever jurisdicional¹⁹.

¹⁸ Idem.

¹⁹ EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. ACÃO CAUTELAR. AGRAVO REGIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REJEIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSIÇÃO DE

Entretanto, há situações nas quais não se pode estabelecer outra medida senão a da prisão preventiva. Para isso, deverá o magistrado se ater aos preceitos do Código de Processo Penal, mais precisamente aos artigos 311 a 316, a fim de conferir legalidade a sua decisão e resguardar a segurança jurídica inerente ao estado democrático de direito.

A banalização das prisões preventivas pelo judiciário brasileiro é objeto de muitos estudos doutrinários. Tal se reflete nos índices de encarceramento no país. Segundo dados publicados pelo INFOPEN, há 748.009 (setecentos e quarenta e oito mil e nove) pessoas privadas de liberdade no Brasil, das quais 29,75% são presos provisórios.

O cenário não se concilia com o princípio constitucional da presunção de inocência. Uma de suas principais concretizações impõe que o investigado ou acusado, gozando do status jurídico de inocente, sofra o menor constrangimento possível durante o processo. Medidas que restrinjam seus direitos fundamentais devem ser excepcionais. A imposição de privação de liberdade antes da condenação definitiva deve ser absolutamente excepcional.

2.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

A discussão acerca dos termos que intitulam este capítulo é oriunda do conflito de redação entre a Constituição da República Federativa do Brasil e a Convenção Interamericana de Direito Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (local onde foi assinado). Na norma internacional, assinada em 22 de novembro de 1969, vale destacar o artigo 8, item 2:

Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e

MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. 1. Os indícios de materialidade e autoria dos delitos apontados na denúncia são substanciais. 2. Nada obstante, há dúvida razoável, na hipótese, acerca da presença dos requisitos do art. 53, § 2º da Constituição, para fins de decretação da prisão preventiva do agravado. 3. Diante disso, a Turma, por maioria, restabeleceu as medidas cautelares determinadas pelo relator originário, Min. Luiz Edson Fachin, consistentes em: (i) suspensão do exercício das funções parlamentares ou de qualquer outra função pública; (ii) proibição de contatar qualquer outro investigado ou réu no conjunto dos feitos em tela e (iii) proibição de se ausentar do País, devendo entregar seus passaportes. 4. Além disso, também por maioria, a Turma acrescentou a medida cautelar diversa de prisão, prevista no art. 319, V, do Código de Processo Penal, de recolhimento domiciliar no período noturno. 5. Agravo regimental parcialmente provido. (STF, 1ª Turma, AC 4327 AgR-terceiro-AgR, Relator Min. Marco Aurélio, Relator p/o acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 26/09/2017).

imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que **se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa**. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...] (grifos nossos)

Como se observa, a Convenção estabeleceu o princípio da presunção de inocência, obrigando os Estados signatários a tratarem os acusados como se inocentes fossem. Enquanto a Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu no artigo 5º, inciso LVII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII - ninguém será **considerado culpado** até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;” (grifos nossos)

Ou seja, em termos práticos ambos os diplomas legais afirmam que não se poderá tratar o réu como culpado, e nem se presumirá culpa pelos supostos atos praticados antes da decisão transitada em julgado que o defina como tal. Neste trabalho optamos pelo termo princípio da presunção inocência, pelo simples fato deste ter sido cunhado anteriormente ao da não culpabilidade, mas entendemos que ambos possuem o mesmo significado.

Na esfera processual, o princípio da presunção de inocência possui duas vertentes: (a) da regra probatória e (b) do tratamento do acusado²⁰. O primeiro vetor cria óbice ao juízo de proferir decisões contra o acusado baseando-se em provas cuja concretude seja duvidosa, uma vez que, em caso de dúvida, o referido princípio impõe que a decisão deva se dar em benefício do réu (*in dubio pro reo*). Para se chegar a tal conclusão, é necessário que haja um devido processo legal (*due process of law*), que seja justo (*fair trial*), no qual as provas apresentadas estejam acima de qualquer dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*) dando azo a uma condenação legítima²¹. Já a segunda vertente trata das decisões tomadas sobre a

²⁰ CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 5ª. Salvador: JusPODIVM, 2020. P. 77.

²¹ Ibid. P. 78.

pessoa do acusado, não somente pela imputação e *standart* probatório contido no item “a”. Por exemplo, o juízo deve observar o princípio da presunção de inocência quando decidir sobre: o uso de algemas em audiência, nas decisões de decretação de prisões provisórias, na transmissão de fatos à imprensa, de modo a proteger o acusado que – enquanto inocente – não pode sofrer os estigmas exclusivos dos culpados.

No sentido supra, o voto do Ministro Celso de Mello na 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, quando relatou o Agravo Regimental no ARE 847.535, extraído da Coletânea Temática de Jurisprudência de Direitos Humanos da referida Corte:

Mostra-se importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição, a significar que, mesmo confirmada a condenação penal por um tribunal de segunda instância (ou por qualquer órgão colegiado de inferior jurisdição), ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixa de prevalecer — repita-se — com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Vale referir, no ponto, a esse respeito, a autorizada advertência do eminente professor Luiz Flávio Gomes, em obra escrita com o professor Valério de Oliveira Mazzuoli (Direito Penal — Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica, vol. 4/85-91, 2008, RT): “O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência (tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da não culpabilidade (esta última locução tem origem no fascismo italiano, que não se conformava com a ideia de que o acusado fosse, em princípio, inocente). Trata-se de princípio consagrado não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana senão também (em parte) no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Do princípio da presunção de inocência (‘todo acusado é presumido inocente até que se comprove sua culpabilidade’) emanam duas regras: **(a) regra de tratamento e (b) regra probatória. ‘Regra de tratamento’: o acusado não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CF, art. 5º, LVII). O acusado, por força da regra que estamos estudando, tem o direito de receber a devida ‘consideração’ bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como ‘regra de tratamento’, a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. É contrária à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante (Corte Interamericana, Caso Cantoral Benavides, Sentença de 18-8-2000, parágrafo 119)”. [ARE 847.535 AgR, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 30-6-2015, 2ª T, DJE de 6-8-2015.]²²**

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Agravo em Recurso Extraordinário 857.535**. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília. Julgado em 30/06/2015. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Coletânea temática de jurisprudência: direitos humanos / Supremo Tribunal Federal. – 3. ed. – Brasília : STF, Secretaria de Documentação, 2017. P.132/133.

(grifos nossos)

Em relação à vertente do tratamento conferido ao réu baseado na presunção de inocência, impende destacar o verbete sumular vinculante do Supremo Tribunal Federal número 11, que transformou o uso de algemas – tanto quando da prisão do agente, como também em audiência – em exceção à regra:

Súmula Vinculante 11

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Tal entendimento precisou ser consagrado por meio de jurisprudência tendo em vista que a legislação ordinária não previa essa particularidade, senão no Código de Processo Penal Militar, em seu artigo 234, §1º: “*O emprêgo (sic) de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do prêso (sic), e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242*”^{23,24}.

Noutro giro, sobre a tomada de decisões diversas da sentença e do acórdão, a jurisprudência da Suprema Corte também assevera que não há possibilidade de se decretar cautelar pessoal sem que o arcabouço indiciário seja suficiente para tal, honrando o princípio da presunção de inocência:

A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe — além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) — que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. (...) A prisão preventiva não pode — e não deve — ser utilizada, pelo poder público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito; pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva — que não deve ser confundida

²³ O artigo 242, ao qual o dispositivo se refere trata de Prisões Especiais e lista os cargos que possuem tal privilégio.

²⁴ Brasil. Código Penal Militar. **Decreto lei nº 1.001**, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 03 jan 2011, 16:20:00.

com a prisão penal — não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. (...) A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. (...) A mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa. A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá delinquir, ou interferir na instrução probatória, ou evadir-se do distrito da culpa, ou, então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira. Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal. (...) Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva. (...) A prerrogativa jurídica da liberdade — que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) — não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela CR, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível — por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) — presumir-lhe a culpabilidade. **Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o poder público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário.**

[HC 93.883, rel. min. Celso de Mello, j. 26-8-2008, 2ª T, DJE de 27-3-2009.]²⁵

(grifos nossos)

A violação da presunção de inocência acarreta decisões ilegais que não perduram e não se justificam. Tal fato fica evidente quando se analisa os arbítrios proferidos em desfavor de acusado que despertam o interesse da mídia, muitas vezes sendo preso preventivamente e logo sendo-lhe conferida a liberdade, pois o decreto prisional carecia de fundamentação suficiente. Sobre o caso, os professores Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa na sua coluna no site “Conjur”:

Seguiram-se as prisões simbólicas e sem qualquer caráter cautelar, de Eduardo Cunha, Garotinho, Sergio Cabral e agora de sua esposa Adriana. Todas prisões desnecessárias porque despidas de concretude cautelar, carentes de um suporte fático

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 93.883**. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília. Julgado em 26/08/2008, In BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Coletânea temática de jurisprudência: direito penal e processual penal / Supremo Tribunal Federal. – 3. ed. – Brasília : STF, Secretaria de Documentação, 2017. P.88

real e concreto para sustentar o *periculum libertatis*. Antes que algum maniqueísta de plantão grite que estamos defendendo impunidade, é preciso estudar e tratar da questão com seriedade. Punir é necessário e civilizatório. Para isso, é preciso seguir as regras do jogo, ou seja, prender para executar uma pena definitiva é correto e legítimo. Mas para prender antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é preciso que exista cautelaridade real, necessidade concreta, excepcionalidade demonstrada. Não é isso que estamos vendo.²⁶

Portanto, a presunção de inocência é um princípio basilar do processo penal, que possui a função de regradar o comportamento do judiciário e diminuir ao máximo as injustiças provenientes da estigmatização que recai sobre o acusado. Conforme será apreciado, tal princípio deve nortear todas as etapas de verificação dos requisitos para decretação de uma prisão preventiva, uma vez que para tolher a liberdade de um indivíduo que possui status jurídico de inocente, necessária se faz a minuciosa análise de um arcabouço neutro e concreto.

2.2 DIREITO DE NÃO SE AUTOINCRIMINAR

Consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o direito de não se autoincriminar possui raízes no medievo e se desenvolveu inicialmente na Inglaterra, sendo esta responsável pela expansão do conceito às Treze Colônias, resultando no hoje conhecido como “*privilege against self compelled incrimination*”²⁷. Ao passo que, na Europa, a derrocada do Antigo Regime, conseqüente das revoluções de caráter iluminista, culminou no afastamento do sistema inquisitório, conferindo tal direito aos acusados²⁸. No Brasil, o referido direito – também conhecido pelo verbete *nemo tenetur se detegere*²⁹- não se desenvolveu no período colonial, isso porque as ordenações portuguesas (Manuelinas e Filipinas) possuíam natureza inquisitória; já a Constituição Outorgada de D. Pedro II (1824)³⁰

²⁶ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES JUNIOR, Aury. **Presunção de inocência entre Renans, Garotinhos e linchamentos**. 2016. Limite Penal , Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-09/limite-penal-presuncao-inocencia-entre-renans-garotinhos-linchamentos>. Acesso em: 21 abril 2021.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário**. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília. Julgado em 05/08/2016, In BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Coletânea temática de jurisprudência: direito penal e processual penal / Supremo Tribunal Federal. – 3. ed. – Brasília : STF, Secretaria de Documentação, 2017. P.74

²⁸ Idem.

²⁹ Ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo.

³⁰ NOGUEIRA, Octavio. 1824 / Octavio Nogueira (**Coleção Constituições Brasileiras ; v.1**) – 3. ed. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2018. P. 86

demonstrou o seu avanço no artigo 179, inciso XIX³¹, quando aboliu expressamente as penas cruéis e torturas; no Código de Processo Criminal de 1832, em razão das influências liberais, ficou descrito que a confissão será válida para comprovação do crime somente se fosse livre, ou seja, espontânea³²; anteriormente à Carta de Outubro, o Código de Processo Penal, de 1941, vigente atualmente, previa, em seu artigo 186, que o réu poderia exercer o direito de silêncio, porém, tal conduta resultaria em prejuízo ao acusado. Por fim, somente em 1988, quando promulgado o inciso LXIII, do artigo 5³³ da CRFB, é que o direito a não autoincriminação foi consagrado em sua plenitude.

Observando o direito norte-americano, restou fixado que a 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos prevê que:

*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.*³⁴

No caso *Twining v. State*, 211 U.S. 78 (1908), a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a quinta emenda só seria aplicada no âmbito da justiça federal, os fóruns locais não estavam obrigados a seguir o preceito da norma referida³⁵. Por isso, Albert C. Twining não conseguiu modificar o resultado de seu julgamento, pois se manteve o direito de a

³¹ XIX – Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.

³² Art. 94. A confissão do réu em Juízo competente, sendo livre, coincidindo com as circunstâncias do facto, prova o delicto; mas, no caso de morte, só póde sujeital-o á pena immediata, quando não haja outra prova.

³³ LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

³⁴ UNITED STATES OF AMERICA. **Constitution of the United States of America**. 17-09-1787. 5th Amendmend. Tradução livre: Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.

³⁵ AMARAL, Thiago Bottino do; VIEIRA, José Ribas. **Do direito ao silêncio à garantia de vedação de auto-incriminação: o Supremo Tribunal Federal e a consolidação das garantias processuais penais**. 2008. 287 f. Tese (Doutorado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. P. 113.

acusação instruir os jurados de que o silêncio do réu evidenciaria a prática do crime que lhe foi imputada³⁶.

Foi quando do julgamento do caso *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), quase sessenta anos depois, que a Suprema Corte dos Estados Unidos mudou o seu entendimento. O jovem Ernesto Arturo Miranda não havia sido informado do seu direito de se consultar com advogado antes de prestar depoimento à polícia³⁷. Ernesto foi condenado a 30 anos de prisão por estupro, mas recorreu da decisão e a Suprema Corte dos Estados Unidos alterou o seu precedente e decidiu que a 5ª emenda é exigível em qualquer esfera judicial ou mesmo extrajudicial³⁸. E ainda, passou a exigir que autoridades policiais avisassem aos suspeitos que: eles têm direito de permanecer calados; tudo que disserem poderá ser utilizado contra eles em processo criminal; possuem o direito de conversar com advogado antes do interrogatório, bem como em tê-lo presente durante o ato; e que se não tiveram condições de pagar um advogado, terão direito a um defensor público³⁹.

No direito brasileiro parte da doutrina entende que o interrogatório é meio de prova de defesa e que assim sendo pode ser realizado do modo que o réu achar melhor para sua defesa, seja respondendo todas, parte ou nenhuma das perguntas feitas a ele. Ademais, tratando-se de direito do acusado, a conduta inerte não pode ser valorada negativamente, ou seja, juridicamente significa simplesmente não exercer um direito que lhe foi concedido⁴⁰. Sobre o interrogatório, o professor Aury Lopes Júnior leciona da seguinte forma:

O interrogatório deve ser tratado como um verdadeiro ato de defesa, em que se dá oportunidade ao imputado para que exerça sua defesa pessoal. Para isso, deve ser considerado como um direito e não como dever, assegurando-se o direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo, sem que dessa inércia resulte para o sujeito passivo qualquer prejuízo jurídico. Além disso, entendemos que deve ser visto como um ato livre de qualquer pressão ou ameaça.⁴¹

Comungando do mesmo entendimento, o professor Eugenio Pacelli:

³⁶ *Ibidi*. P. 114.

³⁷ *Ibidi*. P. 115.

³⁸ *Idem*.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 16ª. São Paulo: Saraiva, 2019. P. 155.

⁴¹ *Idem*.

Atingindo duramente um dos grandes pilares do processo penal antigo, qual seja, o dogma da verdade real, o direito ao silêncio, ou a garantia contra a autoincriminação, não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, como impede que ele seja compelido – compulsoriamente, portanto – a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse.⁴²

É correto afirmar que o sujeito que detém o direito de não se autoincriminar é qualquer pessoa, esteja ela em qualquer situação processual: acusada, ré, indiciada. E o exercício de tal direito poderá ser realizado em momentos que o suspeito é obrigado a falar sob pena de sofrer sanções penais. É o caso do cidadão que é chamado para prestar depoimento na condição de testemunha, possuindo, portanto, o dever de falar a verdade, e se cala, ou mesmo mente em determinada ocasião para não se autoincriminar. Nesse sentido esclarece o professor Renato Brasileiro:

Não é válido, por outro lado, arrolar alguém como testemunha e querer, em razão do dever de dizer a verdade aplicável à hipótese, forçá-la a responder sobre uma pergunta que importe, mesmo que indiretamente, em incriminação do depoente. De certo que a testemunha, diferentemente do acusado, tem o dever de falar a verdade, sob pena de responder pelo crime de falso testemunho (CP, art. 342), porém não está obrigada a responder sobre fato que possa, em tese, incriminá-la⁴³. Daí ter decidido o Supremo que não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la^{44, 45}.

Desse modo, as decisões condenatórias baseadas em atos jurídicos que afrontam o direito a não autoincriminação não são válidas no ordenamento jurídico brasileiro, são as palavras do professor Thiago Bottino:

Como já frisado anteriormente, a garantia contra a auto-incriminação está indissociavelmente ligada à proteção do indivíduo contra eventuais abusos das autoridades públicas na condução de uma investigação criminal ou instrução penal,

⁴² PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal – 24. ed.** – São Paulo: Atlas, 2020. P. 72

⁴³ “Ofende o princípio da não-autoincriminação denúncia baseada unicamente em confissão feita por pessoa ouvida na “condição de testemunha”, quando não lhe tenha sido feita a advertência quanto ao direito de permanecer calada: STF, 2ª Turma, RHC 122.279/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/08/2014, DJe 213 29/10/2014.”

⁴⁴ STF, Pleno, HC 73.035/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13/11/1996, DJ 19/12/1996. Com entendimento semelhante: STF, Pleno, HC 79.812/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 08/11/2000, DJ 16/02/2001, p. 21; STF, 2ª Turma, HC 106.876/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/06/2011, DJe 125 30/06/2011).

⁴⁵ Lima, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. P. 71.

com a finalidade de obter informações fazendo uso de ameaças ou coações ou engodos que levem o indivíduo a abrir mão de seu direito de defesa.

Nesse contexto, representa o reconhecimento de que o direito de autodefesa do indivíduo é um valor em si, **cujo desrespeito invalida qualquer decisão condenatória**, independente da responsabilidade criminal do agente estar provada.⁴⁶

(grifos nossos)

Após compreender a evolução do direito de não se autoincriminar e apresentar o seu conceito, vale trazer a discussão que ocorreu no Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade de prisão exclusivamente para a colheita de provas. Sob a relatoria do Ministro Eros Grau no HC 95.009, julgado em 2008⁴⁷. A Corte Maior concluiu que não é possível a prisão para interrogar o réu, baseado no princípio da *nemo tenetur se detegere*, afinal, não haveria porque acautelar o acusado, tendo em vista que tal a segregação não o obrigaria a falar.

Desse modo, assim como o princípio da presunção de inocência é essencial ao devido processo legal no estado democrático de direito, o direito ao silêncio aniquila a possibilidade de o Estado se utilizar de meios torturantes e violentos para conseguir uma confissão, consagrando o sistema acusatório e colocando um ponto final no período inquisitorial.

2.3 REGIME LEGAL DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva está prevista no Código de Processo Penal no Capítulo III, que inicia no artigo 311 e termina no parágrafo único do artigo 316. Dos seis artigos, somente os

⁴⁶ AMARAL, Thiago Bottino do; VIEIRA, José Ribas. **Do direito ao silêncio à garantia de vedação de auto-incriminação: o Supremo Tribunal Federal e a consolidação das garantias processuais penais**. 2008. 287 f. Tese (Doutorado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. P. 194.

⁴⁷ O controle difuso da constitucionalidade da prisão temporária deverá ser desenvolvido perquirindo-se necessidade e indispensabilidade da medida. A primeira indagação a ser feita no curso desse controle há de ser a seguinte: em que e no que o corpo do suspeito é necessário à investigação? Exclua-se desde logo a afirmação de que se prende para ouvir o detido, pois a Constituição garante a qualquer um o direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII), o que faz com que a resposta à inquirição investigatória consubstancie uma faculdade. Ora, não se prende alguém para que exerça uma faculdade. Sendo a privação da liberdade a mais grave das constringências que a alguém se pode impor, é imperioso que o paciente dessa coação tenha a sua disposição alternativa de evitá-la. Se a investigação reclama a oitiva do suspeito, que a tanto se o intime e lhe sejam feitas perguntas, respondendo-as o suspeito se quiser, sem necessidade de prisão. [HC 95.009, rel. min. Eros Grau, j. 6-11-2008, P, DJE de 19-12-2008.]

incisos do artigo 313 que não foram modificados ou incluídos pela Lei 13.964/2019, todos os outros foram modificados pelo comumente conhecido “Pacote Anticrime”.

O artigo 311, do Código de Processo Penal, previa que a prisão preventiva poderia ser decretada de ofício pelo magistrado, exclusivamente no curso da ação penal. Contudo, tal previsão foi suprimida, e em qualquer momento processual será necessário requerimento do Ministério Público, do querelante, assistente de acusação ou representação da autoridade policial⁴⁸.

Por outro lado, no artigo 312, de grande importância, uma vez que elenca os requisitos legais da prisão preventiva, a nova lei acrescentou que o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deverá ensejar a cautelar pessoal. Além disso, só corroborou os requisitos anteriores, quais sejam, garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria⁴⁹. No mesmo dispositivo legal foi acrescentado o §2º, passando a exigir que o magistrado justifique e fundamente o decreto prisional baseado em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada⁵⁰.

Analisando o artigo 313, percebe-se que ele aponta nos seus incisos os casos nos quais se admite a prisão preventiva:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

⁴⁸ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

⁴⁹ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

⁵⁰ § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

IV - (revogado).

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Ademais, foi acrescentado o §2º, que cria óbice à antecipação do cumprimento de pena, ou decretação da cautelar como decorrência imediata da uma investigação criminal instaurada, ou da apresentação ou recebimento da denúncia⁵¹.

Certamente, a maior mudança foi a do artigo 315, que anteriormente era somente o *caput* e afirmava: “*A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada*”. Após a mudança, foram acrescentados dois parágrafos e seis incisos que buscam apontar o que o magistrado deve ou não fazer quando da decretação da preventiva, senão vejamos:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

V - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

⁵¹ § 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

O artigo 316 trata da revogação da prisão preventiva, e a legislação atual acrescentou no *caput* que tal decisão poderá ser tomada tanto de ofício quanto a requerimento das partes⁵². A maior mudança no dispositivo ficou no parágrafo único acrescido, que determinou a revisão da prisão preventiva a cada noventa dias, sob pena de tornar a prisão ilegal⁵³.

Sobre o parágrafo único citado, o Supremo Tribunal Federal debateu a respeito da ilegalidade tratada no dispositivo em caso de inércia do poder judiciário por mais de noventa dias. O que ensejou o debate foi o fato de o Ministro Marco Aurélio, no dia 02 de outubro de 2020, ter determinado liminarmente a soltura do paciente conhecido como André do Rap⁵⁴, que foi efetivamente solto no dia 10 do referido mês. Ato contínuo, poucas horas depois, o Ministro Luiz Fux, presidente da Suprema Corte, acatou o pedido da Procuradoria-Geral da República e suspendeu a liminar de Marco Aurélio determinando que o paciente fosse preso novamente. Na decisão, o presidente afirmou que a sua liberdade resultava em risco à ordem pública.⁵⁵

No julgamento do Referendo na Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1.395, por maioria dos votos do plenário, a liminar foi suspensa pelos ministros. Eles postularam que ultrapassado o prazo de noventa dias do parágrafo único do artigo 316, do Código de Processo Penal, sem que tenha havido a revisão da prisão não implica em revogação automática da medida cautelar, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade a atualidade de seus fundamentos⁵⁶.

Portanto, em linhas gerais, são esses os dispositivos que devem ser analisados quando da decretação da prisão preventiva. Contudo, a decisão ainda precisa satisfazer

⁵² O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

⁵³ Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

⁵⁴ Apontado como um dos líderes da organização criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC).

⁵⁵ VALENTE, Fernanda; CALEGARI, Luiza. **Ausência de renovação da prisão após 90 dias não revoga preventiva, diz STF**. 2020. Rap do HC, Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-15/ausencia-renovacao-prisao-90-dias-nao-revoga-preventiva>. Acesso em: 21 abril 2021.

⁵⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF ratifica decisão que determinou a prisão imediata de líder do PCC**. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=453446&ori=1>. Acesso em: 21 abril 2021.

fundamentos mais específicos, e se basear em dados concretos para tolher a liberdade alheia de indivíduo cuja culpa ainda não foi comprovada.

2.3.1 REQUISITOS LEGAIS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

O Código de Processo Penal Brasileiro apresenta no Capítulo III do Título IX o ponto principal deste trabalho: “Da Prisão Preventiva”. Inicialmente, com a redação atual concebida pela Lei nº 13.964 de 2019 (conhecido como Pacote Anticrime) o art. 311 inaugura o capítulo apontando que a qualquer tempo, seja na fase de investigação policial, bem como no processo penal, caberá decretação da prisão preventiva pelo Juiz.

Ocorre que, um instrumento que pode parecer uma simples decisão judicial traz consigo um peso enorme, é o que chamou Bento de Faria⁵⁷ de injustiça necessária do Estado contra o indivíduo que acarreta na maximização da estigmatização do réu no processo penal, e por isso deve ser tomada com a devida cautela, se atendo ao texto legal e a jurisprudência pátria.

Nesse sentido, o artigo 312 elenca os fundamentos para uma possível decretação de prisão preventiva, são eles: a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal. Para isso, necessita-se: prova da existência do crime, indício suficiente de autoria e por fim, que haja perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

A doutrina processual penal importou os requisitos de cautelaridade do processo civil e os adaptou para que melhor lhe servissem. O Ministro do Superior Tribunal de Justiça Rogério Schietti Cruz abordou cirurgicamente a temática em seu livro sobre o tema:

É bem conhecida a alegoria de Francesco CARNELUTTI (1946) a respeito da relação entre Direito Penal, o Direito Processual Penal e o Direito Processual Civil, ciências que ilustrou com a fábula da Cinderela, a infeliz donzela que, ao contrário de suas meia-irmãs, vestia-se mal e somente cuidava do serviço duro e braçal da casa.

⁵⁷ apud TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 18. São Paulo: Saraiva, 2018. P. 706.

Na verdade, assim como Cinderela se contentava em usar os vestidos velhos de suas afortunadas irmãs, o Direito Processual Penal pavimentou seu caminho quase integralmente adaptando para si os institutos e os conceitos do Direito Processual Civil. Em uma palavra, dizia CARNELUTTI (1950, p. 18), ‘la teoria del processo penal se halla todavia en una fase de neta dependencia respecto de la teoria del proceso civil’⁵⁸

Ao que se refere o autor, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* são fórmulas extraídas do civilismo *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Não seria semanticamente possível afirmar que a decretação da prisão preventiva se deu pois há fumaça do bom direito, afinal o delito é exatamente o oposto do que se considera bom direito⁵⁹. Por isso, trata-se de uma adaptação que ainda merece certos ajustes.

Ainda há operadores do direito e doutrinadores que considerem o *periculum libertatis* como requisito à decretação da cautelar pessoal. De modo diferente assevera o professor Aury Lopes Jr., pois o considera como fundamento:

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência de direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo o correto é afirmar que o requisito para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus comissi delicti*, enquanto probabilidade de ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Seguindo a mesma linha de CALAMANDREI, a doutrina considera, equivocadamente, o *periculum in mora* como outro requisito das cautelares.

Em primeiro lugar, o *periculum* não é requisito das medidas cautelares, mas sim o seu fundamento.

[...]

O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição de prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo.

Logo, o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado⁶⁰

(grifos nossos)

⁵⁸ CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 5ª. Salvador: JusPODIVM, 2020. P. 237/238.

⁵⁹ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 5. Ed ver, atual e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. P. 25.

⁶⁰ Idem. P. 26.

Em se tratando dos fundamentos do art. 312, impende destacar que apesar de os conceitos parecerem vagos (ordem pública, ordem econômica), a doutrina e a jurisprudência se encarregaram de preencher a lacuna na Lei.

Embora seja bastante criticada na doutrina, a garantia da ordem pública é muito utilizada na prática forense para fundamentar a decretação e prisões preventivas. A fórmula “garantia da ordem pública” se tornou um coringa jurídico. Contudo, em termos práticos, como pode o magistrado afirmar que a liberdade de um indivíduo pode – de fato – perturbar a ordem pública? Em que nível essa perturbação torna-se intolerável ao ponto de culminar na supressão do direito de ir e vir de alguém?

Discorreu o professor Fernando Da Costa Tourinho Filho nos seguintes termos:

[...] Na maior parte das vezes, é o próprio Juiz ou o órgão do Ministério Público que, como verdadeiros ‘sismógrafos’, mesuram e valoram a conduta criminosa proclamando a necessidade de ‘garantir ordem pública’, sem nenhum, absolutamente nenhum, elemento de fato, tudo ao sabor dos preconceitos e da maior ou menor sensibilidade desses operadores da justiça. E a prisão preventiva, nesses casos, não passará de uma execução sumária. Decisão dessa natureza é eminentemente bastarda, malferindo a Constituição da República. O réu é condenado antes de ser julgado. E se for absolvido? Ainda que haja alguma indenização, o anátema cruel da prisão injusta ficará indelével para ele, sua família e o círculo da sua amizade⁶¹

Para desvincular as decisões de primeiro grau do clamor popular, Fernando da Costa Tourinho afirma em seus estudos que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formaram jurisprudência na mesma direção (HC 80.719/SP⁶² e RHC 4.724-PR⁶³). Tais

⁶¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 18. São Paulo: Saraiva, 2018. P. 706.

⁶² HABEAS CORPUS - CRIME HEDIONDO - ALEGADA OCORRÊNCIA DE CLAMOR PÚBLICO - TEMOR DE FUGA DO RÉU - DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA - RAZÕES DE NECESSIDADE INOCORRENTES - INADMISSIBILIDADE DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE - PEDIDO DEFERIDO. A PRISÃO PREVENTIVA CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU. - A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a

julgados apontam no sentido de considerar ilegal a decisão que decreta medida cautelar pessoal baseada na opinião pública.

função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. O CLAMOR PÚBLICO, AINDA QUE SE TRATE DE CRIME HEDIONDO, NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedentes. - A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. A PRESERVAÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES E DA ORDEM PÚBLICA NÃO CONSUBSTANCIA, SÓ POR SI, CIRCUNSTÂNCIA AUTORIZADORA DA PRISÃO CAUTELAR. - Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional de privação cautelar da liberdade individual, a alegação de que o réu, por dispor de privilegiada condição econômico-financeira, deveria ser mantido na prisão, em nome da credibilidade das instituições e da preservação da ordem pública. ABANDONO DO DISTRITO DA CULPA PARA EVITAR SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA - DESCABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. - Não cabe prisão preventiva pelo só fato de o agente - movido pelo impulso natural da liberdade - ausentar-se do distrito da culpa, em ordem a evitar, com esse gesto, a caracterização da situação de flagrância. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva. DISCURSOS DE CARÁTER AUTORITÁRIO NÃO PODEM JAMAIS SUBJUGAR O PRINCÍPIO DA LIBERDADE. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irreversível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. (HC 80719, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 26/06/2001, DJ 28-09-2001 PP-00037 EMENT VOL-02045-01 PP-00143)

⁶³ PROCESSUAL PENAL - RECURSO EM "HABEAS CORPUS" - PRISÃO PREVENTIVA - FUNDAMENTAÇÃO - CLAMOR PÚBLICO - INOCORRÊNCIA. - O DECRETO CAUTELAR E MEDIDA EXCEPCIONAL NÃO OBRIGATORIA, CABENDO A AUTORIDADE JUDICIÁRIA COMPETENTE DECIDIR DA CONVENIÊNCIA OU NÃO DE SUA IMPOSIÇÃO, EM DESPACHO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO, APONTANDO AS PROVAS DA EXISTÊNCIA DO CRIME E DO ENVOLVIMENTO DA PESSOA DO INDICIADO OU ACUSADO, ALEM DE DEMONSTRAR, COM BASE EM ELEMENTOS DE FATO, A NECESSIDADE DA CUSTODIA. - O CLAMOR PÚBLICO QUE JUSTIFIQUE A ADOÇÃO DE MEDIDAS NECESSÁRIAS PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, HA QUE SER ESPONTANEO E IMEDIATO, CONSTITUINDO-SE EM MANIFESTAÇÃO PRONTA DE REVOLTA DA COLETIVIDADE A ATITUDE TIDA COMO SOCIALMENTE AFRONTADORA. - CONVOCAÇÕES FEITAS PARA MANIFESTOS EM CARREATAS E PASSEATAS, COM HORA E LOCAL PREVIAMENTE MARCADOS, ATRAVÉS DE CHAMAMENTOS PUBLICADOS NA IMPRENSA LOCAL NÃO LEGITIMAM A IMPOSIÇÃO DA PREVENTIVA, COM BASE NO MENCIONADO CLAMOR PÚBLICO. - INEXISTINDO JUSTIFICAÇÕES PLAUSÍVEIS PARA MANTENÇA DA CUSTODIA CAUTELAR, NÃO SUBSISTE A PREMISSA DE NECESSIDADE DA PRISÃO POR GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL E/OU DA ORDEM PÚBLICA.- RECURSO PROVIDO. (RHC 4.724/PR, Rel. Ministro JOSÉ DANTAS, Rel. p/ Acórdão Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/1995, DJ 26/02/1996, p. 4031)

Além disso, sobre o fundamento da reiteração criminosa, o professor Aury Lopes Jr., em sua publicação a respeito de prisões cautelares, apresenta entendimento distante da jurisprudência atual. O autor entende que o fundamento da ordem pública para o fim da reiteração criminosa não é crível se observado com cautela. Indaga-se: como poderia o juiz, o Direito ou a lei realizar o exercício de previsão e apontar com probabilidade suficiente que um indivíduo irá reincidir em conduta delituosa? Não seria possível⁶⁴. Na visão do professor, a presunção de reiteração delitiva é frontalmente contra a presunção de não culpabilidade, esta prevista e assegurada pela Constituição Federal.⁶⁵ Contudo, Lopes Jr. faz constar que, baseando-se no direito comparado, é possível a aplicação do fundamento do risco da reiteração delitiva.

Nesse sentido, o artigo 503.2 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LECrim – Espanha): “2. *También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1.º y 2.º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos*”.

No mesmo prisma, se observarmos o fundamento da aplicação da lei penal para a decretação da prisão preventiva, não se poderá cogitar que tal decisão se baseie na presunção de fuga. Inclusive, já há decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal asseverando que a decisão não pode se basear exclusivamente na presunção de fuga do réu (HC 127.754)⁶⁶.

⁶⁴ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 5. Ed ver, atual e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. P. 122.

⁶⁵ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 5. Ed ver, atual e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. P. 122.

⁶⁶ HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DO STJ QUE NEGOU SEGUIMENTO A PEDIDO EM RAZÃO DO ÓBICE DA SÚMULA 691/STF. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. 1. À vista da Súmula 691/STF, de regra, não cabe ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator pela qual, em habeas corpus requerido a tribunal superior, não se obteve a liminar, sob pena de indevida e, no caso, dupla supressão de instância, ressalvadas situações em que a decisão impugnada é teratológica, manifestamente ilegal ou abusiva. Precedentes. A hipótese dos autos, todavia, autoriza a superação dessa regra procedimental. 2. A prisão preventiva supõe prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria; todavia, por mais grave que seja o ilícito apurado e por mais robusta que seja a prova de autoria, esses pressupostos, por si sós, são insuficientes para justificar o encarceramento preventivo. A eles deverá vir agregado, necessariamente, pelo menos mais um dos seguintes fundamentos, indicativos da razão determinante da medida cautelar: (a) a garantia da ordem pública; (b) a garantia da ordem econômica; (c) a conveniência da instrução criminal; ou (d) a segurança da aplicação da lei penal. 3. No caso, os pacientes permaneceram em liberdade durante as investigações e a colheita de toda a prova acusatória ao longo da instrução processual. A medida extrema decretada de ofício, pois, não se faz indispensável, podendo ser eficazmente substituída por medidas alternativas, sobretudo se considerado (a) o decurso do tempo desde a suposta prática criminosa (14 anos); e (b) a ausência de qualquer demonstração de fato superveniente apto a justificar a custódia antecipada de réus. 4. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da impossibilidade de decretação da prisão preventiva com base apenas em presunção de fuga. Precedentes. 5. Ordem parcialmente concedida. (HC 127754, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 29/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 09-10-

Sobre o fator da Ordem Econômica, o professor Aury Lopes Jr. destaca a seguinte reflexão: se o intuito da prisão cautelar é para resguardar o Sistema Financeiro Nacional, não seria mais eficaz a tomada de medidas assecuratórias de sequestro de bens ou indisponibilidade dos patrimônios? Assim, as medidas resultariam mais objetivas e com menor custo – financeiro e processual – de encarcerar um réu. No final, o intuito desta pesquisa é propor uma reflexão sobre a possibilidade de existir uma medida menos gravosa que garanta a Ordem Pública, Ordem Econômica a Garantia da Lei Penal, bem como a Instrução criminal.

Sobre a prisão preventiva conveniente para a instrução criminal, as palavras do professor Fernando da Costa Tourinho Filho:

[...] Assim, se o indiciado ou réu estiver afugentando testemunhas que possam depor contra ele, se estiver subornando quaisquer pessoas que possam levar ao conhecimento do juiz elementos úteis ao esclarecimento do fato, peitando peritos, aliciando testemunhas falsas, ameaçando vítima ou testemunhas, é evidente que a medida será necessária, uma vez que, do contrário, o Juiz não poderá colher, com segurança, os elementos de convicção de que necessitará para o desate do litígio penal.⁶⁷

Feita uma breve análise do instituto da prisão preventiva no Brasil, se iniciará a discussão de caráter prático a respeito das decisões da Sétima Vara Federal Criminal que decretaram prisões provisórias a 265 de 339 denunciados, um percentual de 78%.

2015 PUBLIC 13-10-2015): BRASIL. Supremo tribunal federal. Habeas Corpus 127.754. Rel. Min, Teori Zavascki. Brasília. Julgado em 29/09/2015.

⁶⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 18. São Paulo: Saraiva, 2018. P. 707/708.

3. O USO DA PRISÃO PREVENTIVA NA LAVA JATO

De todas as 39 operações que culminaram em denúncia do Ministério Público Federal, houve 20 medidas cautelares que ensejaram as prisões preventivas de 217 acusados e 48 prisões temporárias⁶⁸. Todos esses dados são exclusivamente do Estado do Rio de Janeiro cuja super-competência dos mega-processos da Lava-Jato Fluminense foram designadas à Sétima Vara Federal Criminal. Destaca-se brevemente que tal tema ainda é bastante discutido, tendo em vista que a maioria das decisões analisadas para este trabalho possuía um tópico próprio sobre a competência da referida Vara.

Além disso, a primeira observação sobre as decisões se dará a respeito do modelo de escrita e fundamentação utilizada pelo juízo. A forma se repete invariavelmente em todos os documentos perscrutado no presente estudo. De modo que na conclusão da pesquisa restou verificada a presença de um modelo fixo, generalizado, que foi utilizado para todas as decisões de decretação da prisão preventiva.

Tomando para análise todas as vinte decisões, debruçando-se sobre o tópico “Prisões Preventivas”, salta aos olhos que os primeiros parágrafos, inequivocamente, alegaram que os supostos crimes cometidos pelos réus são de gravidade extrema. Asseveram ainda que não se pode atrelar a questão da gravidade exclusivamente a violência física.

Tais parágrafos são encontrados em todas as decisões:

Inicialmente, cumpre reiterar o que tenho afirmado quanto à importância de não tratar os casos de corrupção como crimes menores, reporto-me especialmente aos autos dos processos nº 0509565-97.2016.4.02.5101 (Operação Calicute), nº 0501024- 41.2017.4.02.5101 (Operação Eficiência), 0504938-16.2017.4.02.5101 (Operação Ratatouille), 0507524-26.2017.4.02.5101 (Operação Unfair Play I), já que vários dos crimes ora apontados estariam intimamente relacionados aos ali descritos e, em tese, teriam sido praticados por sujeitos que integram o mesmo grupo criminoso apontado.

Entendo que casos de corrupção e delitos relacionados não podem ser tratados como crimes menores, pois a gravidade de ilícitos penais não deve ser medida apenas sob o enfoque da violência física imediata. Reafirmo que os casos que envolvem corrupção de agentes públicos, sobretudo os de altos escalões, têm enorme potencial para atingir, com severidade, um número infinitamente maior de pessoas. Basta considerar que os recursos públicos que são desviados por práticas corruptas deixam de ser utilizados em

⁶⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato, 2020**. Resultados. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>>. Acesso em: 20 de jul. de 2020.

serviços públicos essenciais, como saúde e segurança públicas e, no caso específico, valores de titularidade dos trabalhadores. A gravíssima crise financeira por que passam o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro, dentre outras Unidades da Federação, é exemplo eloquente desse mal

E logo após, o juízo prolator da decisão recorre ao direito internacional para fundamentar a gravidade dos crimes e a necessidade de decretação da prisão. Novamente, os parágrafos abaixo são encontrados em todas as decisões analisadas:

Por isso a sociedade internacional, reunida na 58ª Assembleia Geral da ONU, pactuou a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, promulgada no Direito brasileiro através do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Já em seu preâmbulo é declarada a preocupação mundial “com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito”.

No mesmo sentido, a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, aqui promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, deixa claro o entendimento comum dos Países de nosso continente de “que a corrupção solapa a legitimidade das instituições públicas e atenta contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, bem como contra o desenvolvimento integral dos povos”.

Cabem mais algumas considerações que reputo pertinentes a partir dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

De fato, uma vez ratificadas pela República Federativa do Brasil, as Convenções internacionais assumem o mesmo status das demais leis federais (Resp. 426495/PR-STJ, Rel. Min Teori Zavaski, DJ 25/08/2004). Em sendo assim, é de rigor a observância das referidas Convenções Contra a Corrupção, bem como da Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção Palermo – Decreto 5.015/2004), que trazem disposições específicas sobre a prisão cautelar no curso de processos criminais relativos a esses temas.

Dispõe o artigo 30, item ‘5’, da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção:

5. Cada Estado Parte terá em conta a gravidade dos delitos pertinentes ao considerar a eventualidade de conceder a liberdade antecipada ou a liberdade condicional a pessoas que tenham sido declaradas culpadas desses delitos (grifei).

Repare que o instrumento normativo internacional, cujo texto genérico se explica pela possibilidade de ser observado por muitos e distintos sistemas jurídicos ao redor do mundo, permite também sua incidência a um momento processual anterior a eventual condenação. Ou seja, o que a norma convencional estatui é que, em caso de processo por crimes de corrupção e

outros relacionados, o reconhecimento da gravidade do caso deve dificultar a concessão de liberdade provisória, consideradas sua lesividade extraordinária para a sociedade.

É certo que não há, por ora, um decreto condenatório em desfavor de nenhum dos investigados, e a análise a ser feita adiante sobre o comportamento de cada um dos requeridos é ainda superficial, mas o fato é que os crimes de corrupção e outros relacionados, como os tratados neste processo, numa análise ainda superficial, não de observar o regramento compatível com a sua gravidade, além da necessidade de estancar imediatamente a atividade criminosa.

Os relatos da representação demonstram, em análise inicial e provisória, a existência de núcleos organizados para o fim da prática reiterada de crimes contra a Administração Pública (Organização Criminosa), núcleos estes que, inter-relacionados, formariam uma organização criminosa para o mesmo fim, qual seja a lesão ao erário com a subsequente lavagem, ocultação e divisão do produto ilícito entre agentes públicos corruptos e pessoas e empresas particulares voltados a práticas empresariais corruptas. Assim sendo, deve-se voltar os olhos para os termos do artigo 2º item 'a' da Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional, com força de lei federal após sua promulgação pelo Decreto nº 5.015 de 12/03/2004, ao definir o que se deve entender por organização criminosa:

a) “Grupo criminoso organizado - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concentradamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;”

Da mesma forma, este importante instrumento internacional, hoje parte integrante de nosso ordenamento jurídico (Decreto nº 5.015 /2004), é cristalino em seu artigo 11, item 4, ao determinar que:

4) Cada Estado Parte providenciará para que os seus tribunais ou outras autoridades competentes tenham presente a gravidade das infrações previstas na presente Convenção quando considerarem a possibilidade de uma libertação antecipada ou condicional de pessoas reconhecidas como culpadas dessas infrações; (grifei)

Tal como se disse linhas atrás, claro que não há, por ora, um decreto condenatório contra os investigados, e a análise a ser feita em seguida sobre o comportamento deles é ainda provisória, mas o fato é que os crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e organização criminosa, como o narrado, devem ser tratados com a gravidade legalmente determinada. Note-se que são crimes praticados, via de regra, com a participação relevante de agentes públicos graduados, cujo desvio de conduta tem o potencial lesivo muito maior do que os crimes em geral.

Em outras palavras: a repressão à organização criminosa que teria se instalado nos governos do estado e município do Rio de Janeiro há de receber deste Juízo Federal o rigor previsto no Ordenamento Jurídico nacional e internacional, sem esquecer da necessária e urgente atuação tanto para a cessação de atividades criminosas que estejam sendo praticadas (branqueamento de valores obtidos criminosamente, por exemplo) como

para a recuperação dos valores desviados das fazendas públicas estadual e federal.

Demonstra-se, inclusive, no penúltimo parágrafo, um malabarismo interpretativo na medida em que recorre a um dispositivo legal pertinente à execução penal para justificar uma prisão cautelar. Nesse sentido, seria então uma analogia *in malam partem*. Anota-se que no processo penal tal artifício não é categoricamente proibido. Contudo, somente poderá ser utilizada quando há uma lacuna na lei, nos termos do artigo 3º do Código de Processo Penal, o que não se verifica no caso em tela, uma vez que o instituto foi bem delimitado pelos artigos 311 e seguintes do mesmo diploma legal.

É seguido um modelo também quando da explicitação dos conceitos de *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*:

À luz da garantia constitucional da não presunção de culpabilidade, nenhuma medida cautelar deve ser decretada sem que estejam presentes os pressupostos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. Entende-se por *fumus comissi delicti* a comprovação da existência de crime e de indícios suficientes de sua autoria e por *periculum libertatis*, o efetivo risco que o agente em liberdade pode criar à garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e à aplicação da lei penal (artigo 312 do Código de Processo Penal).

No que toca especialmente ao fundamento da garantia da ordem pública, o Supremo Tribunal Federal já assentou que esta envolve, em linhas gerais: a) necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do preso ou de terceiros; b) necessidade de assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial o Poder Judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal; e c) objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente.

Certamente as decisões não são idênticas, isso porque o magistrado busca apresentar o *fumus* a fim de ensejar a preventiva, contudo, o que se pretende demonstrar é que os fundamentos legais, ou seja, a base processual para a decretação da prisão, não abarca os casos concretos, limitando-se apenas a reproduzir o modelo genérico.

Salienta-se que a utilização de modelos fixos que não dialogam com o caso concreto foi vedada quando da inserção do parágrafo segundo no artigo 315 do Código de Processo Penal pela lei 13.964/2019. Apesar de as decisões datarem de antes da validade do dispositivo legal, já se entendia que fórmulas prontas não são aptas a fundamentar a decretação da prisão

preventivas nos termos do artigo 489, §1º, inciso III, do Código de Processo Civil, cujo texto foi inserido no Código de Processo Penal *ipsis litteris*, no art. 315, §2º, inciso III: “*invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão*”.

O fato de ter havido 41⁶⁹ condenações na 1ª e 2ª instância do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em detrimento ao número de decretações de prisões preventivas que é mais de cinco vezes esse número (217)⁷⁰, demonstra que nem todas essas prisões eram necessárias.

Como mencionado acima, as decretações são modelos que - na visão do juízo - são bem-sucedidos, e, portanto, apostam na sua repetição. Contudo, os tribunais superiores estão vigilantes aos termos legais.

A seguir, a análise de três casos paradigmáticos, que somam os fatores já expostos: clamor popular, imprensa, colaborações premiadas, modelos de decretação de prisão preventiva e revogação da medida por tribunais superiores. A fim de servirem de paradigmas à presente pesquisa.

3.1 ESTUDOS DE CASO

3.1.1 OPERAÇÃO EFICIÊNCIA E A PRISÃO DE EIKE FUHRKEN BATISTA

A pesquisa inicia analisando a Operação Eficiência, que é um desdobramento da Operação Calicute, deflagrada pela Polícia Federal do Rio de Janeiro em 2016. Ela teve como principal alvo o ex-governador do Estado do Rio de Janeiro Sérgio Cabral, outrossim, apurou crimes de lavagem de dinheiro e associação criminosa nas obras de urbanização do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) Favelas, projeto do governo de Sérgio Cabral que foi realizado em Mangueiras, além da construção do Arco Metropolitano e a reformado no estádio do Maracanã.

⁶⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato, 2020**. Resultados. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>>. Acesso em: 20 de jul. de 2020.

⁷⁰ Idem.

O juízo destaca já no relatório da decisão de decretação da prisão preventiva que data de 13 de janeiro de 2017⁷¹, que a base da decretação se deu por acordo de colaboração premiada, que vem apresentada em frase que oculta o nome do instrumento: *“Importante notar que alguns dos elementos de prova referidos foram trazidos espontaneamente por pessoas envolvidas nos fatos sob investigação”*.

Uma vez imputado aos réus o crime de organização criminosa, o órgão acusatório entendeu por bem separá-los em grupos, tal qual a investigação de Horacio Cartes, que será vista mais adiante. Trata-se, portanto, de quatro grupos: econômico, administrativo, financeiro operacional e político, que se tornará um modelo.

Para sua fundamentação o juízo enfatiza o que foi descoberto pelo Ministério Público – que ainda não passou pelo crivo do contraditório – em relação aos supostos crimes de corrupção perpetrados pela organização criminosa. É possível observar que o juiz se estende na materialidade da imputação para enfatizar o argumento, que trará mais à frente, sobre a gravidade dos delitos.

No primeiro parágrafo a respeito das prisões preventivas, o juiz menciona o fundamento em que baseia todas as suas decisões, qual seja, a gravidade do ilícito penal de corrupção. Ademais, salienta as consequências da corrupção para o estado do Rio de Janeiro, uma vez decretado o estado de calamidade pública pelo ex-governador Luiz Fernando Pezão.

Tal necessidade de reafirmar a gravidade do delito será vista em todas as decisões analisados no presente trabalho. Destaca-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já consagrou a impossibilidade de se decretar a prisão preventiva baseada na gravidade abstrata do delito. Nesse sentido, decisão do Ministro Teori Zavascki:

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SÚMULA 691/STF. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS CONHECIDO EM PARTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. À vista da Súmula 691 do STF, de regra não cabe ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator pela qual, em habeas corpus requerido a tribunal superior, não se obteve a liminar, sob pena de indevida e, no caso, dupla supressão de instância, ressalvadas situações em que a decisão impugnada é teratológica, manifestamente ilegal ou abusiva. Precedentes. A hipótese dos autos, todavia, autoriza a superação dessa regra procedimental. 2. Nos termos do art. 387 do Código de Processo Penal, o juiz, ao proferir sentença condenatória, decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção

⁷¹ BRASIL. Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro. **Cautelar Inominada nº 0501024-41.2017.4.02.5101**. Juiz Marcelo Bretas. Rio de Janeiro. Julgado em 13 de janeiro de 2017.

de eventual prisão já realizada. Pode-se até aceitar uma nova fundamentação em termos mais sintéticos; mas há que se exigir, de todo modo, a explicitação quanto à permanência, no tempo, das mesmas circunstâncias autorizativas da prisão anterior. Doutrina. 3. Hipótese em que o juízo sentenciante (a) não teceu qualquer consideração sobre a permanência ou não dos motivos inaugurais do decreto prisional; e (b) **lastreou sua decisão tão somente na gravidade em abstrato do delito, circunstâncias que são rechaçadas categoricamente pela jurisprudência desta Corte.** 4. Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, concedido.

(HC 128195, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 08/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 22-09-2015 PUBLIC 23-09-2015) [grifos nossos]

No mesmo entendimento a ainda apontando a jurisprudência majoritária, o Ministro Nefi Cordeiro:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO FUNDAMENTADO EM RELAÇÃO AO RECORRENTE NORTO EVANGELISTA SOUZA SILVA. REITERAÇÃO DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA EM RELAÇÃO AO OUTRO RECORRENTE IGOR RAFAEL DA SILVA SOUSA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE. PRESENÇA. RECURSO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO EM RELAÇÃO A UM RECORRENTE, E PROVIDO EM RELAÇÃO AO OUTRO. 1. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, explicitado na vivência delitiva do recorrente Nortto, pois respondeu, conforme a certidão de antecedentes criminais, por dois roubos quando menor (procedimentos nº 0001290-04.2016.8.18.0005 e nº 0000646-95.2015.8.18.0005), não há que se falar em ilegalidade do decreto de prisão preventiva. 2. Havendo a indicação de fundamentos concretos para justificar a custódia cautelar, não se revela cabível a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, visto que insuficientes para resguardar a ordem pública. 3. Quanto ao recorrente Igor, o decreto prisional não traz qualquer motivação concreta para a prisão do paciente, fazendo referência às circunstâncias já elementares do delito, **valendo-se de fundamentação abstrata e com genérica regulação da prisão preventiva, além de presunções e conjecturas, evidenciando a ausência de fundamentos para o decreto prisional. Em que pese fazer referência à gravidade do delito não discriminou qualquer conduta do paciente que extrapole as elementares do tipo penal de roubo majorado, o que impossibilita a imposição da mais gravosa medida cautelar, sob pena de admitir a mesma somente em face da gravidade abstrata do delito, o que não é admitido tanto pela pacífica jurisprudência desta Corte como do Supremo Tribunal Federal.** 4. Recurso em habeas corpus improvido em relação ao recorrente NORTO EVANGELISTA SOUZA SILVA, e provido em relação ao recorrente IGOR RAFAEL DA SILVA SOUSA, para a soltura deste último, o que não impede nova e fundamentada decisão cautelar penal, inclusive menos gravosa do que a prisão processual.

(RHC 87.871/PI, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018) (grifos nossos)

Em se tratando dos resultados obtidos pela investigação do Ministério Público Federal, a decisão descreve o *modus operandi* do grupo e firma novamente a gravidade dos fatos com frases adjetivadas e com grifos: “*As cifras são indubitavelmente astronômicas!*”.

Outro fundamento explorado pelo juízo é baseado em instrumentos normativos internacionais sobre a gravidade dos crimes de corrupção e a necessidade de se processá-los com celeridade. Cabe destacar que mesmo em decisões cujo crime imputado não é de corrupção, os mesmos diplomas internacionais fazem parte do arcabouço argumentativo da decisão, caso que será visto na prisão de Horácio Cartes. A Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção e a Convenção Interamericana Contra a Corrupção são utilizadas para nortear o conceito de “corrupção”.

Após novamente pontuar a gravidade do crime de corrupção. O Juízo apresenta os requisitos da decretação da preventiva oriundos do firmamento jurisprudencial.

Com o intuito de embasar o argumento da contemporaneidade afirma haver a “necessidade de estancar imediatamente a atividade criminosa”. A obrigatoriedade de demonstrar a contemporaneidade, à época, se tratava de consenso jurisprudencial (como será visto na revogação da medida) e passou a ser exigido pelo artigo 312, §2º do Código de Processo Penal após a Lei 13.964/2019.

Dos critérios legais, conceitua os corolários do *fumus comissi delicti e periculum libertatis* nos termos do art. 312, do Código de Processo Penal. Ato contínuo, explana sobre a garantia da ordem pública, evocando entendimento que o Supremo Tribunal Federal consagrou:

a) necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do preso ou de terceiros; b) necessidade de assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial o Poder Judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência na implementação de políticas e persecução criminal; e c) objetivo de impedir reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentalmente

Finaliza a parte genérica da decisão demonstrando o “*gravíssimo caso de traição eleitoral*” em razão de o ex-governador do estado do Rio de Janeiro, Sergio Cabral, ser o mandante da organização criminosa.

Em relação ao preso Eike Fuhrken Batista, a fim de não se debruçar tanto no mérito da ação, destaca-se o seguinte: há uma investigação sobre o pagamento realizado por Eike, de um milhão de reais, ao escritório da então primeira dama Adriana Anselmo. Tal fato foi justificado pelo réu que alegou tratar-se de honorários de consultoria e assessoria do Fundo de Investimento e Participações de administração da Caixa Econômica Federal em parceria com

o empresário, cujo objetivo era arrecadar meio bilhão de reais, para projetos nos quais os retornos seriam de dois bilhões de reais.

O juiz entendeu que as alegações do Ministério Público Federal foram suficientes para inferir que o interrogando não estava falando a verdade em depoimento prestado, o que, no seu entendimento, reforçaria a tese de seu maior envolvimento na ORCRIM. Ademais a Caixa Econômica Federal teria informado que nunca indicou o escritório Coelho e Anselmo Advogados, como teria dito o réu.

No mais, o restante da decisão é baseado única e exclusivamente no acordo de colaboração premiada de Marcelo Chebar e Renato Chebar. São citadas e tomadas referências por seis vezes dos depoimentos dos colaboradores, que, na realidade, nada narraram sobre as condutas de Eike Batista, mas sim de Flávio Godinho, seu suposto “braço direito”, supostamente responsável pela transação de informações e dinheiro entre Sergio Cabral e Eike Batista.

Entende o juiz que Eike teria tentado obstruir as investigações, em razão de o seu “braço direito” ter realizado contrato falso entre ARCADIA e CENTENNIAL para acobertar a lavagem de dinheiro, inclusive instruindo os sócios controladores a lerem e estudarem o contrato fraudulento para que em sede de interrogatório na polícia federal soubessem responder tudo que perguntassem.

Conclui a decisão:

Diante de tais constatações, bem como pela representatividade de Eike Batista no cenário empresarial do Brasil, parece sensato supor que este investigado ocupe papel de grande relevo na ORCRIM descrita, e que encontra-se envolvido em ilícitos criminais de expressivo volume monetário, sendo de rigor, pois, o deferimento da medida cautelar extrema requerida (prisão preventiva – artigo 311 e ss. CPP).

Na Medida Cautelar no *Habeas Corpus* de nº 143.247, do Rio de Janeiro, que foi impetrado no Supremo Tribunal Federal em favor do paciente Eike Batista, o Ministro Relator Gilmar Mendes inicia a sua decisão superando a Súmula 691 do STF, em razão da ocorrência de constrangimento ilegal.

Isso foi necessário, pois a cautelar direcionada ao Supremo Tribunal Federal foi ajuizada em face de decisão liminar da Ministra Maria Thereza de Assis Moura do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu a revogação da prisão cautelar do empresário. Portanto,

correto se fez o exame da Súmula 691 pelo Ministro Gilmar Mendes, em face do seu conceito: “*Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar*”.

Superado o ponto supramencionado, o relator apontou que a prisão tem suporte exclusivo nas declarações dos doleiros Renato e Marcelo Chebar. Asseverou que Eike foi denunciado somente por corrupção ativa (art. 333 do CP) e de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/1998), sem que lhe fosse imputado organização criminosa.

Aduziu o ministro que, mesmo se tratando de crimes com gravidade exacerbada, os fatos narrados datam de 2010 e 2011. Além disso, o ora paciente não foi acusado de manter relações com outros membros da organização criminosa, o que pôde se verificar pela ausência de imputação de crime de organização criminosa (art. 2º, da Lei 12.850/13).

Conclui o relator que “*o perigo que a liberdade do paciente representa à ordem pública ou à instrução criminal pode ser mitigado por medidas cautelares menos gravosas do que a prisão*”.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal confirmou a decisão liminar do Ministro Gilmar Mendes e no julgamento pairou uma preocupação da Corte em afirmar que os *Habeas Corpus* não são concedidos exclusivamente às pessoas ricas.

Sobre a decisão de decretação, é certo afirmar que apesar de reconhecer a contemporaneidade como um requisito à prisão preventiva, inclusive defendendo a sua existência, o juízo ignorou as datas dos fatos e não apresentou outro argumento que qualifique os delitos como contemporâneos, como poderia, por exemplo, sustentar a permanência do crime de lavagem de dinheiro.

A sua base é exclusiva em acordos de colaborações premiadas que, a princípio, não trouxeram documentos hígidos que pudessem embasar a decisão conforme apontou o Ministro Gilmar Mendes.

Consoante se verá nas decisões do juízo estudadas, sempre que um réu que atrai o interesse da mídia é indiciado/denunciado, se verificará a recorrente alegação da gravidade do crime de corrupção. Ocorre que, tal fundamento sozinho não é hígido o suficiente para suprir os requisitos da prisão preventiva. Isso porque usurparia o princípio da presunção de inocência.

3.1.2 OPERAÇÃO DESCONTAMINAÇÃO E A PRISÃO DE MICHEL MIGUEL ELIAS TEMER LULIA

A análise do caso Michel Temer recomenda a contextualização dos fatos que antecederam sua prisão.

Era março de 2019, Temer havia deixado o cargo de presidente da república há três meses, Jair Bolsonaro foi eleito com discurso de anticorrupção e levou consigo figuras como Sérgio Moro para o Ministério da Justiça e Segurança Pública, o mesmo discurso foi importante para a vitória de Wilson Witzel a governador do Estado do Rio de Janeiro, que, apesar de ter sido juiz de varas de execuções fiscais, se fortaleceu com o discurso de que também fora responsável por processos que condenaram corruptos da lava jato.

Destaque ao Rio de Janeiro pois, apesar de este capítulo tratar de Michel Temer, em razão de seu apelo midiático, poderia também ser sobre o ex-governador do estado Moreira Franco, que compartilhou do decreto prisional da Sétima Vara Federal Criminal, e em razão desta decretação passou a ser lembrado em todas as matérias jornalísticas apontando que 5 dos 7 ex-governadores vivos do Rio de Janeiro já foram presos.

É certo que o sensacionalismo busca espaço mesmo que de forma injusta. Afinal, dos cinco que foram presos, apenas Sérgio Cabral permanece em cárcere por condenação transitada em julgado.

Portanto, o ambiente político era de perseguição das agentes públicos supostamente envolvidos em crimes de corrupção.

Em suma, a decisão de decretação da prisão preventiva de Michel Temer, datada de 19 de março de 2019⁷², se deu pelo suposto recebimento de propina e lavagem de capital na construção da Usina Nuclear de Angra 3. Apontou o *Parquet* Federal ainda que a reforma no apartamento de Maristela Temer, filha do ex-presidente, seria fruto de lavagem de dinheiro.

Como não poderia ser diferente, a decisão é baseada no acordo de colaboração premiada, no caso em tela de José Antunes Sobrinho, responsável pela pessoa jurídica Engevix, que teria participado do esquema de propina junto com João Baptista Lima Filho (Coronel Lima), suposto operador financeiro de Michel Temer.

⁷² BRASIL. Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro. **Pedido de Prisão Preventiva nº0500591-66.2019.4.02.5101**. Rio de Janeiro. Julgado em 18 de março de 2019.

Inicialmente, o juiz se preocupou em resguardar a competência do processo. Isso porque o Supremo Tribunal Federal havia decidido há pouco, no Inquérito número 4435, que quando houvesse crime conexo a outro de competência eleitoral, haveria o deslocamento de todos os crimes para a Justiça Eleitoral. Desse modo, o decreto prisional fez constar que não foi apresentado qualquer indício de crime eleitoral e que a competência era da 7ª Vara Federal Criminal em razão do julgamento das Operações Pripryat, Radioatividade e Irmandade.

No que tange especificamente à prisão preventiva, manteve a mesma vertente argumentativa. A decisão afirma reiteradas vezes a gravidade do crime de corrupção, apresenta dispositivos internacionais que foram recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro, cita decisão da própria Sétima Vara (sentença da Operação Radioatividade) alegando que réus condenados era novamente alvos de imputação agora nesse pedido cautelar, e se utilizou da colaboração premiada de José Antônio Sobrinho.

Ateve-se às imputações do Ministério Público Federal detalhadamente. Separou a lavagem de capitais em dois momentos, quando da reforma do apartamento de Maristela Temer e do contrato simulado firmando entre a empresa CONSTRUBASE e a PDA PROJETO E DIREÇÃO ARQUITETÔNICA.

Diferente de outras decisões de decretação de prisão preventiva, o magistrado não individualizou a conduta dos réus, e quando iniciou a fundamentação dos requisitos de *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, repetiu *ipsis litteris* a decisão que foi destacada no capítulo anterior desse trabalho, e que também foi repetida na decretação de prisão preventiva de Horácio Manuel Cartes Jara (próximo capítulo). Segue, *in verbis*:

Pois bem, cabe destacar que o ordenamento jurídico estabelece genericamente que, para a concessão da prisão cautelar, de natureza processual, faz-se necessária a presença de pressupostos e requisitos legais, que uma vez presentes permitem a formação da convicção do julgador quanto à prática de determinado delito por aquela pessoa cuja prisão se requer.

À luz da garantia constitucional da não presunção de culpabilidade, nenhuma medida cautelar deve ser decretada sem que estejam presentes os pressupostos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. Entende-se por *fumus comissi delicti* a comprovação da existência de crime e de indícios suficientes de sua autoria e por *periculum libertatis*, o efetivo risco que o agente em liberdade pode criar à garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e à aplicação da lei penal (artigo 312 do Código de Processo Penal).

No que toca especialmente ao fundamento da garantia da ordem pública, o Supremo Tribunal Federal já assentou que esta envolve, em linhas gerais: a) necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do preso ou de terceiros; b) necessidade de assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial o Poder Judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes

e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal; e c) objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente

Importante destacar que, tratando-se de medida cautelar, o pedido não passou pelo crivo do contraditório, e por isso a narrativa do juiz que adentra inteiramente sobre o mérito da causa é capaz de demonstrar certo enviesamento do juízo. Afinal, não cabe ao juiz conceder presunção de veracidade à palavra do *parquet*.

A questão suscitada deve ser analisada com cautela. O juiz não pode se antecipar ao exame de mérito, mas por outro lado, é necessário comprovar o *fumus comissi delicti* para que haja decretação da prisão preventiva. O principal problema de avançar sobre o mérito do processo é a impossibilidade de a defesa do investigado se manifestar sobre os indícios.

Nos casos analisados neste trabalho não há crimes de violência que exijam o imediato afastamento do indivíduo sob pena de fragilizar a incolumidade pública. Tratam-se de crimes majoritariamente financeiros, que não pertencem ao grupo de urgência ou que provoquem perigo de ineficácia da medida cautelar, de modo que o mais recomendável seria a utilização do preceito previsto no artigo 282, §3º do Código de Processo Penal⁷³.

Desse modo, a defesa do representado seria intimada para se manifestar no prazo de cinco dias. O procedimento legitimaria ainda mais a decisão de decretação da preventiva, uma vez abarcada pelo direito da ampla defesa e do contraditório, e criaria, outrossim, um filtro que repeliria as prisões desnecessárias.

Ocorre que, nos presentes casos, o juízo se utilizou dos depoimentos oriundos de acordos de colaboração premiada e de indícios apresentados pelo Ministério Público Federal, sem que houvesse um questionamento dos fatos apresentados.

Sobre a reforma da decisão que decretou a prisão preventiva do ex-presidente Michel Temer, em sede de *Habeas Corpus*⁷⁴, o Desembargador Ivan Athié (relator para os processos

⁷³ § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.

⁷⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Habeas Corpus 0001249-27.2019.4.02.0000**. Rio de Janeiro. Julgado em 25 de março de 2019.

atinentes a operação lava jato no Rio de Janeiro), no dia 22 de março de 2019, sexta-feira, despachou alegando que a 1ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região iria decidir sobre todos os pedidos na quarta-feira da semana seguinte.

Ocorre que, no plantão jurídico do sábado, dia 23/03/2019, a desembargadora federal plantonista apreciou dois habeas corpus cujo ato coator era a decisão da 7ª Vara Federal Criminal que havia decretado a prisão de Michel Temer e outros réus. Contudo, nesse caso, foram analisadas somente as prisões temporárias⁷⁵. A desembargadora entendeu que a prisão temporária com o objetivo de criar óbice à comunicação dos réus não estava prevista em lei e concedeu a ordem liminarmente ressaltando que não iria apreciar os outros *habeas corpus* referentes a prisões preventivas, pois o desembargador natural já havia se manifestado inicialmente sobre elas.

Alterando a determinação inicial, o desembargador federal Ivan Athié decidiu sobre os pedidos de liberdade na segunda-feira após o plantão, dia 25/03/2019.

Na peça, antes do relatório, o desembargador fez ressalvas, esclarecendo não ser contra a operação lava jato. O que demonstra a preocupação do judiciário com a opinião pública das suas decisões. O desembargador optou por uma decisão mais prolixa e entendeu necessário demonstrar sua aprovação à operação lava jato.

Combatendo a decisão do juízo *a quo*, apontou que o item 5 do artigo 30, da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção exige que o réu tenha sido declarado culpado para que se recomende e sua imediata prisão. E o argumento da Sétima Vara sobre o fato de o réu ainda não ter sido considerado culpado, afirmando que seria somente uma questão de tempo, não foi recepcionado pelo relator. Este, fez constar que era necessário observar e cumprir o devido processo legal e o princípio da presunção de inocência. Destaque às palavras do Desembargador:

No dispositivo convencional acima transcrito consta a expressão, que não dá margem a qualquer interpretação (embora alguns até digam que é vetusto e ultrapassado o *in claris cessat interpretativo*”, e só o é quando a interpretação for *in malam partem*), “pessoas que tenham sido declaradas culpadas desses delitos”, evidentemente declaradas culpadas em devido processo legal, e por juiz competente.

⁷⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Habeas Corpus 0100078-43.2019.4.02.0000**. Rio de Janeiro. Julgado em 25 de março de 2019.

Além disso, o relator apontou outra inconsistência na decisão do juízo *a quo*, qual seja, a contemporaneidade. Indicou que os fatos teriam se encerrado no máximo em 2015, passados, portanto, quatro anos da data da decretação e por isso não havia necessidade de se impor uma cautelar tão gravosa quanto a prisão preventiva. Afirmou ainda que o ex-presidente sequer ocupa o cargo público que teria lhe proporcionado a possibilidade de cometer o ilícito, portanto, não havendo necessidade de mantê-lo em prisão.

Quando a 1ª Turma Especializada se reuniu para o julgamento de mérito desse *habeas corpus*, o relator manteve seu posicionamento expresso em sede de liminar. Contudo, restou vencido nos termos do voto do desembargador federal Abel Gomes.

O relator para acórdão entendeu que a decisão do juízo *a quo* foi baseada no inquérito 4621/STF, afastando, portanto, a alegação da defesa que consistia na falta de inquérito policial que embasasse a decisão recorrida. Além disso, retomou os fatos que entendeu serem suficientes para a decretação. Asseverou que mesmo a decisão tendo como base o acordo de colaboração premiada, o simples relato não seria suficiente para a prisão, contudo, os documentos colacionados e apresentados pelo *parquet* federal e citados pelo juiz foram suficientes para satisfazer o *fumus comissi delicti*.

Com intuito de demonstrar que o juiz se baseou em indícios que seriam suficientes à decretação da prisão preventiva, o Desembargador fez constar em seu voto documentos do inquérito que comprovariam os fatos narrados pelo magistrado de piso.

Sobre a garantia da ordem pública, entendeu ter sido bem motivada pela gravidade dos fatos de forma sucinta, mas bem delineada no suporte fático contido na investigação prévia e na correta compreensão jurídica de seu alcance.

Ademais, esclareceu seu posicionamento sobre a necessidade de se comprovar a contemporaneidade dos crimes para justificar a cautelar:

Quanto à “contemporaneidade” dos fatos, trata-se de requisito de construção meramente teórica, contida em “teses advogadas” sempre pelas defesas, mas inexistente na letra da lei (art. 312 do CPP), e até absolutamente contrário e incongruente à essência da prisão preventiva, que nunca é exatamente contemporânea a fato algum, mas acontece sempre posterior à sua ocorrência. Por isso há de ser refutada.

Por maioria dos votos, a ordem foi denegada e o ex-presidente se entregou à polícia federal em São Paulo.

Impetrado o habeas corpus pela defesa do ex-presidente no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Relator Antonio Saldanha Palheiro capitaneou voto que conduziu à concessão da ordem para determinar a liberdade do paciente.

Inicialmente em seu voto, o Ministro alegou que o ordenamento jurídico brasileiro admite a liberdade como regra, somente cabendo a prisão preventiva quando estiver concretamente comprovada a existência do *periculum in libertatis*. Acrescentou que a garantia de ordem pública serve de fundamento quando há risco considerável de reiteração delituosa, acompanhado de exame acerca da gravidade concreta dos fatos.

Após citar a decisão atacada na íntegra, o Ministro apontou que durante as investigações o acusado colaborou com a justiça prestando depoimentos e mantendo, inclusive, endereço residencial e laboral fixos.

Destacou que a presença da contemporaneidade é requisito essencial para a verificação do risco. Afirmou que a falta desse item transforma a prisão cautelar em mera antecipação da pena, vedada expressamente pela Constituição da República Federativa do Brasil. Apontou ainda entendimento do Ministro Gilmar Mendes nos autos do *Habeas Corpus* número 169.119, do Supremo Tribunal Federal que assevera “*fatos antigos não autorizam a prisão preventiva, sob pena de esvaziamento da presunção de inocência*”.

Ademais, afirmou que a decisão do juízo *a quo* foi baseada especialmente no acordo de colaboração premiada:

A declaração de um agente colaborador se relaciona, então, com a instauração de investigações, a realização de diligências preliminares e, no máximo, a possibilidade de decretação de outras medidas cautelares aptas ao alcance de provas, como a busca e apreensão, as quebras de sigilo e as interceptações, mas não a prisão cautelar

Concluiu alegando ausência de contemporaneidade, afirmou que os fatos narrados não teriam sido praticados mediante violência ou grave ameaça, as condições pessoais do investigado e a íntima relação dos fatos imputados estariam interligados com o cargo público que não mais ostentaria o paciente, demonstrou-se, portanto, a suficiência da imposição das medidas previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal.

Nesses termos, conclui-se que uma parte relevante da fundamentação para decretação da prisão preventiva se firmou essencialmente em relatos, cuja credibilidade deve ser atestada

pelo poder público antes de transformar-se em prova ensejadora da decretação da prisão cautelar.

É importante destacar, outrossim, que a contemporaneidade, era uma construção de entendimentos dos tribunais superiores, que em razão da segurança jurídica serviam de modelo aos tribunais regionais e estaduais, de modo a criar um estado jurídico de coerência. Contudo, a Lei 13.964/2019 fez constar no artigo 315, §1º, do Código de Processo Penal que o juiz deve indicar na decisão de decretação da prisão preventiva a existência de fatos novos ou contemporaneidade dos fatos.

3.1.3 OPERAÇÃO *PATRÓN* E A PRISÃO DE HORÁCIO MANUEL CARTES JARA

A Operação *Patrón* é um desdobramento da Operação Câmbio Desligo que tem “*como finalidade aprofundar as investigações relacionadas ao doleiro DARIO MESSER e os supostos agentes que o auxiliaram em sua fuga e nos atos de dissimulação de capital*”⁷⁶.

As autoridades policiais entenderam que três grupos foram responsável pela fuga e dissimulação de capital do doleiro Dario Messer, quais sejam, núcleo financeiro, administrativo e o político, no qual se encontra o investigado Horácio Manuel Cartes Jara, doravante Horácio Cartes, cuja decretação de prisão será analisada.

Em sua fundamentação, datada de 12/11/2019, o juízo apontou, em suma, dois argumentos jurídicos para cumprir os requisitos do art. 312, CPP.

Primeiramente, fez questão de argumentar sobre a gravidade dos fatos imputados. Apesar de o caso em tela tratar-se de evasão de divisas, lavagem de dinheiro e organização criminosa, a decisão apontou que a corrupção e os delitos relacionados “*não podem ser tratados como crimes menores*”. E asseverou ainda que a gravidade não pode ser medida unicamente pelo enfoque da violência física imediata. Afirmou, outrossim, que a “*lesividade extraordinária*” do caso deve dificultar a concessão de liberdade provisória. Por fim, apesar de nenhum dos investigados desse pedido de prisão preventiva fossem agentes públicos, fez

⁷⁶ BRASIL. Justiça Federal do Rio de Janeiro. **Pedido de Prisão Preventiva nº 5078012-07.2019.4.02.5101**. Juiz Marcelo da Costa Bretas. Rio de Janeiro, 13 de novembro de 2019.

constar em sua decisão “[...] com a participação relevante de agentes públicos graduados, cujo desvio de conduta tem o potencial lesivo muito maior do que os crimes em geral”.

Utilizou-se, novamente, do direito internacional, citando as normas que já foram internalizadas: a Convenção Interamericana Contra a Corrupção (Decreto 4.410/2002) a Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional (Decreto 5.015/2004).

Posteriormente, debruçou-se sobre o caso concreto e buscou singularizar as condutas de modo a justificar a cautelar para todos.

Sobre o réu em questão, Horácio Cartes, o juízo se baseou em termo de colaboração premiada de Dan Messer – filho do doleiro Dario Messer, para decretar a prisão do ex-presidente.

Informou que a relação entre Dario e Horácio teve início com o pai do ex-presidente, que foi o maior acionista do Banco Amambay (atual Banco Basa) fundado por Dario Messer na década de 80. Já na década de 90, ambos os réus teriam adquirido juntos uma fazenda (não foi dito pelo juízo onde é a fazenda) e que em 2016, em evento público, Horácio Cartes teria declarado que Dario seria seu irmão de alma (*hermano de alma*).

A 7ª Vara Federal Criminal argumenta que é importante para a formação do *fumus boni juris* considerar a mensagem enviada por Dario a Horácio em junho de 2018, quando da deflagração da Operação Câmbio Desligo, na qual solicita US\$ 500.000,00 a Horácio para financiar seus gastos jurídicos iniciais.

E conclui a fundamentação com a seguinte reflexão:

Ou seja, ao que parece, assim que iniciou sua empreitada de fuga das autoridades brasileiras, DARIO foi se abrigar no Paraguai, onde o Presidente era HORACIO CARTES, o seu “irmão de alma”, o qual lhe repassou, por intermédio do amigo ROQUE, montante de US\$ 500.000,00, para auxiliá-lo como foragido.⁷⁷

Opta por concluir a fundamentação com a confirmação da existência do *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis*. Aponta novamente à gravidade dos crimes e afirma haver contemporaneidade dos fatos, uma vez que se iniciaram com a fuga de Dario em maio de 2018 e teriam permanecido até a sua prisão em julho de 2019.

⁷⁷ Idem.

Cumpra esclarecer qual a conduta imputada ao réu Horácio Cartes. Seria a de supostamente entregar US\$ 500.000,00 a Dario e, ainda sugerir que era melhor o doleiro se entregar à polícia quando terminasse o mandato do ex-presidente. Dessa imputação não se verifica continuidade delitiva quanto a conduta de entregar dinheiro. A conduta é imediata e o suposto crime se consumaria na transferência do montante. Além disso, a entrega do dinheiro se deu fora do território brasileiro.

Em habeas corpus com pedido liminar impetrado em favor de Horacio Manual Cartes Jara no Tribunal Regional Federal da 2ª Região⁷⁸, o Juiz Convocado Gustavo Arruda Macedo entendeu que o fato de Dario Messer ter tido êxito em se evadir da justiça com o suposto auxílio do paciente demonstraria o *periculum libertatis* cumprindo o pré-requisito da preventiva.

Ademais, apontou a necessidade de uma análise mais acurada, a ser realizada no julgamento de mérito e pelo Colegiado, sobre a atuação e periculosidade em concreto do paciente.

Em posição diversa daquela firmada pelo juiz convocado Gustavo Arruda em decisão liminar na 1ª Turma Especializada o Tribunal Regional Federal da Segunda Região, o Ministro Rogério Schietti Cruz do Superior Tribunal de Justiça concedeu liminarmente a revogação do decreto prisional⁷⁹.

O ministro entendeu por bem superar a Súmula 691 do STF (que impossibilita conhecer habeas corpus de decisão que indeferiu liminar), haja vista excepcionalidade do caso em face da ilegalidade do ato coator.

Destacou em seu voto, como indispensável à decretação da prisão preventiva, que o crime imputado tenha como pena superior a quatro anos e “*suficientes indícios de que o(a) suspeito(a) seja o autor ou partícipe dos fatos tidos como delituosos, comprovada a materialidade delitiva*”⁸⁰.

⁷⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Habeas Corpus de nº 5010808-20.2019.4.02.0000**. Juiz Convocado Gustavo Arruda Macedo. Julgado em 22 de novembro de 2019.

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 548.096**. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Do Rio de Janeiro para Brasília. Julgado em 28 de novembro de 2019.

⁸⁰ Idem.

Dito isso, não identificou indícios suficientes de que o paciente teria incorrido em crime punido com pena superior a 4 anos.

Afirmou que a narrativa do juízo *a quo* pecou por sua argumentação e narrativas genéricas. Com a devida vênia, apontou que a entrega da quantia de US\$ 500.000,00 para Dario Nasser por si só não indicaria a ocorrência de crime alcançável pela lei brasileira.

Ainda sobre o *fumus comissi delicti*, entendeu que: “*o auxílio a foragido do Paraguai, por cidadão estrangeiro, não atrai a aplicação da lei e da jurisdição brasileira. Ademais, relações familiares e contatos em agenda telefônica não são condutas punidas criminalmente*⁸¹”.

Concluiu afirmando que “*os elementos informativos citados pelo Juiz não mostram, em juízo lógico, a prática ou a ajuda acessória do paciente em graves delitos, de forma suficiente a atrair a tipicidade*”⁸².

Do que se extrai do caso em tela, é a decretação de prisão preventiva sem que houvesse o primeiro requisito necessário a sua determinação, qual seja, o *fumus comissi delicti*.

Consoante anotado em sede de introdução, esse caso é capaz de demonstrar a utilização de instrumento processual penal para promoção política da operação lava jato. Determinar o acautelamento de Presidente estrangeiro, na visão política, poderia ensejar uma visão de justiça destemida no Brasil. Contudo, o fato de a decisão se fundar somente nos relatos de acordo de colaboração premiada cria ressalvas a credibilidade da segurança jurídica no processo penal pátrio.

⁸¹ Idem.

⁸² Idem.

4. CONCLUSÃO

A Operação Lava-Jato é resultado da soma de esforços dos órgãos de persecução penal e cujas intenções devem ser reconhecidas. A mudança do paradigma da seletividade penal se deu com a prisão de agentes políticos e grandes empresários que cometeram crimes contra o erário. Contudo, assegurar que o processo penal seja seguido por todos aqueles que serão investigados ou processados é uma luta de todo operador do direito independente de quem é o acusado.

Pelo exposto no presente trabalho, é necessário que se reflita sobre as medidas cautelares necessárias para garantia da ordem pública, econômica, aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal. Afinal, a prisão preventiva deve ser considerada a *ultima ratio*. Não somente por ser a medida mais gravosa, mas também pelos números que são apresentados pelo Departamento Penitenciário Nacional quanto as prisões provisórias. Entre julho e dezembro de 2019⁸³ aproximadamente 30%⁸⁴ dos presos no Brasil estavam em prisões provisórias. São quase 222.558⁸⁵ pessoas aguardando decisões da justiça.

Nesse cenário é indispensável que as decretações de prisão preventiva sejam realizadas como exceção. Em razão da superlotação carcerária, o crivo da tomada de decisão que segrega qualquer acusado cautelarmente deve ser aumentado. Afinal, as medidas cautelares diversas da prisão buscam o mesmo propósito das prisões provisórias, sem a necessidade de submeter o réu às inconstitucionais situações carcerárias do Brasil.

Como o trabalho busca fazer um paralelo entre a decretação de prisão preventiva sem necessidade e os personagens que atraem o interesse da mídia, é pertinente destacar que um dos juízes responsáveis pelas decisões proferidas pela 7ª Vara Federal Criminal analisadas no trabalho foi julgado administrativamente e condenado por unanimidade pelo plenário do

⁸³ Até a publicação deste trabalho, essa foi a última atualização do INFOPEN.

⁸⁴ Presos em Unidade Prisionais do País. **Departamento Penitenciário Nacional**: Levantamento de Informações Penitenciárias. Brasília, atualizado em 26/06/2020. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDIiIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2020.

⁸⁵ Idem.

Tribunal Regional Federal da Segunda Região⁸⁶ por ter se portado politicamente em evento de campanha.

A pesquisa não busca demonstrar que as decisões tomadas pela Sétima Vara Federal Criminal estão erradas. Na realidade, o que se busca é refletir sobre a necessidade das prisões preventivas em processos análogos aos expostos.

Destaca-se que, dos três casos, nenhum dos réus se furtou a responder o processo, nem a prestar informar em sede de juízo. Colaboraram com a justiça e se foram condenados terão de cumprir a sua pena. Todavia, o tempo comprovou que a decretação não se fazia necessária.

Apesar de proporcionar muitas discussões no meio acadêmico, o conhecido pacote anticrime (Lei 13.964/2019), foi exitoso em tornar lei precedentes jurisprudenciais atinentes a prisão preventiva que já eram pacíficos no Brasil. O §2º, do artigo 315, do Código de Processo Penal, foi uma adição bem-vinda, que cessou a discussão sobre a necessidade de contemporaneidade dos fatos para a decretação da preventiva.

No caso da prisão do ex-presidente Michel Temer, em julgamento colegiado do habeas corpus, o desembargador federal relator fez constar em seu voto que o requisito da contemporaneidade não se fazia presente na legislação e seria uma mera construção doutrinária de advogados. Contudo, a alteração trazida pela Lei 13.964/2019 encerra essa discussão e transforma em lei o que já era pacificado nos tribunais superiores, honrando a segurança jurídica.

De fato, as forças-tarefas da lava jato foram importantes na tentativa de estancar o crime de corrupção no Brasil. Entretanto, vale salientar que o juízo não faz parte da força-tarefa, o trabalho do juiz, ainda que muito importante, não é o de combater a corrupção. O que deve ser observado pelo magistrado é a equidistância das partes e a prolação de decisões baseada nos termos estritamente legais. Exigir a imparcialidade daquele que cumpre o papel central de julgar, é defender o estado democrático de direito a fim de que a corrida contra a corrupção não seja um atropelamento dos direitos fundamentais do indivíduo.

⁸⁶ Nesse sentido, observamos inclusive que houve condenação a pena de censura pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região em face do juiz Marcelo Bretas, quando da sua participação em atos políticos. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Processo Administrativo nº 0001413-77.2020.2.00.0000. Julgado em 17 de setembro de 2019.)

REFERÊNCIAS

AMARAL, Thiago Bottino do; VIEIRA, José Ribas. **Do direito ao silêncio à garantia de vedação de auto-incriminação: o Supremo Tribunal Federal e a consolidação das garantias processuais penais**. 2008. 287 f. Tese (Doutorado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>.

Brasil. **Código Penal Militar**. decreto lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 03 jan 2011, 16:20:00.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro. **Cautelar Inominada nº 0501024-41.2017.4.02.5101**. Juiz Marcelo Bretas. Rio de Janeiro. Julgado em 13 de janeiro de 2017.

BRASIL. Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro. **Pedido de Prisão Preventiva nº 0500591-66.2019.4.02.5101**. Rio de Janeiro. Julgado em 18 de março de 2019.

BRASIL. Justiça Federal do Rio de Janeiro. **Pedido de Prisão Preventiva nº 5078012-07.2019.4.02.5101**. Juiz Marcelo da Costa Bretas. Rio de Janeiro, 13 de novembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 548.096**. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. Do Rio de Janeiro para Brasília. Julgado em 28 de novembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 395 e 444/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 14/06/2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho821848/false>>. Acesso em: 20 de jul. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo em Recurso Extraordinário 857.535. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília. Julgado em 30/06/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Coletânea temática de jurisprudência: direitos humanos / Supremo Tribunal Federal.** – 3. ed. – Brasília : STF, Secretaria de Documentação, 2017. P.132/133.

BRASIL. Supremo tribunal federal. **Habeas Corpus 127.754.** Rel. Min, Teori Zavascki. Brasília. Julgado em 29/09/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 93.883. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília. Julgado em 26/08/2008, In BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Coletânea temática de jurisprudência: direito penal e processual penal / Supremo Tribunal Federal.** – 3. ed. – Brasília : STF, Secretaria de Documentação, 2017. P.88

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Habeas Corpus 0001249-27.2019.4.02.0000.** Rio de Janeiro. Julgado em 25 de março de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Habeas Corpus 0100078-43.2019.4.02.0000.** Rio de Janeiro. Julgado em 25 de março de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Habeas Corpus de nº 5010808-20.2019.4.02.0000.** Juiz Convocado Gustavo Arruda Macedo. Julgado em 22 de novembro de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Habeas Corpus Nº 0100078-43.2019.4.02.0000** em regime de plantão. Desembargadora Federal Simone Schreiber. Rio de Janeiro. Decisão em 24 de março de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Processo Administrativo nº 0001413-77.2020.2.00.0000.** Julgado em 17 de setembro de 2019.

CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas.** 5°. Salvador: JusPODIVM, 2020. P. 237/238.

CURY. Teo. **Prisão temporária cresce 32% após veto a condução.** Estadão. Seção Política, 21 de maio de 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/prisao-temporaria-cresce-32-apos-veto-a-conducao/>. Acesso em: 19 jan. 2021

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. P. 71.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16^a. São Paulo: Saraiva, 2019. P. 155.

LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 5. Ed ver, atual e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. P. 25.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato**, 2020. Resultados. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>>. Acesso em: 20 de jul. de 2020.

NOGUEIRA, Octavio. 1824 / Octavio Nogueira (**Coleção Constituições Brasileiras ; v.1**) – 3. ed. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2018. P. 86

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal** – 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. P. 72

PRATES, Fernanda; BOTTINO, Thiago. **Megaprocessos e o exercício do direito de defesa: uma abordagem empírica**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 27, n. 162, p. 145-170, 20 set. 2019.

Presos em Unidade Prisionais do País. **Departamento Penitenciário Nacional: Levantamento de Informações Penitenciárias**. Brasília, atualizado em 26/06/2020. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDliIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2020.

RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava jato: aprendizado institucional e ação estratégica na justiça**. 1^o ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020. P. 175.

ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES JUNIOR, Aury. **Presunção de inocência entre Renans, Garotinhos e linchamentos**. 2016. Limite Penal , Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-09/limite-penal-presuncao-inocencia-entre-renans-garotinhos-linchamentos>. Acesso em: 21 abril 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF ratifica decisão que determinou a prisão imediata de líder do PCC**. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=453446&ori=1>. Acesso em: 21 abril 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 18. São Paulo: Saraiva, 2018. P. 706.

UNITED STATES OF AMERICA. **Constitution of the United States of America**. 17-09-1787.

VALENTE, Fernanda; CALEGARI, Luiza. **Ausência de renovação da prisão após 90 dias não revoga preventiva, diz STF**. 2020. Rap do HC, Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-15/ausencia-renovacao-prisao-90-dias-nao-revoga-preventiva>. Acesso em: 21 abril 2021.