

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UNIRIO)  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS (CCJP)  
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS (ECJ)

**YAGO CORBICEIRO FONSECA**

**ANÁLISE CRÍTICA DA DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA NOS  
CRIMES ECONÔMICOS**

Rio de Janeiro

2017

**YAGO CORBICEIRO FONSECA**

**ANÁLISE CRÍTICA DA DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA NOS  
CRIMES ECONÔMICOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Simone Schreiber

Rio de Janeiro

2017

Fonseca, Yago Corbiceiro, 1993 -

345.05270981 F676 Análise crítica da decretação de prisão preventiva nos crimes econômicos / Yago Corbiceiro Fonseca ; orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup> Simone Schreiber. – 2017.

115 f. ; 30 cm

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Escola de Ciências Jurídicas, 2017.

Inclui bibliografia

1. Prisão preventiva - Brasil. 2. Processo penal. 3. Crimes econômicos.  
I. Schreiber, Simone. II. Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Escola de Ciências Jurídicas. III. Título.

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar eu agradeço a Deus, pois Ele é o meu porto seguro, minha fortaleza, porque sei que minha vida está em suas mãos. Como se encontra na Bíblia, mais especificamente na Epístola do Apóstolo Paulo aos Romanos, capítulo 11, primeira parte do versículo 36: “Porque Dele e por Ele, e para Ele, são todas as coisas”.

Aos meus pais Flavio e Mery, por todo amor, carinho e cuidado que me dão. Sou muito grato por ter um pai e uma mãe que sempre me mostraram o caminho correto a seguir, por terem me ensinado valores e princípios que guardarei pelo resto da vida. Tenho os dois como verdadeiros exemplos e todas minhas conquistas são deles também.

Ao meu irmão e melhor amigo Victor Hugo, pois sei que sempre posso contar com ele e desde o dia que ele entrou na minha vida eu soube que nunca ia estar sozinho.

Agradeço muito a minha namorada Lizandra, pois além de todo amor e carinho que me dá, sempre foi minha companheira, participando de momentos fundamentais da minha vida, inclusive vivenciando e colaborando em toda minha trajetória na faculdade.

Aos professores que tive ao longo de toda graduação, por todo conhecimento que me proporcionaram. Em especial agradeço à minha Orientadora Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Simone Schreiber, por ter me ensinado Processo Penal, sobre o instituto da prisão preventiva e por ter me orientado neste trabalho.

## RESUMO

Este trabalho traz um estudo do instituto da prisão preventiva no direito brasileiro, abordando também sobre a utilização demasiada e incorreta desta medida no Brasil. Buscando confirmar tal pensamento, se expôs à natureza jurídica de medida cautelar que possui esse tipo de prisão provisória, assim como todos os principais princípios que regem o assunto, complementando com o estudo teórico dos principais artigos do Código de Processo Penal que tratam do tema. Buscando unir à teoria a prática foram analisados casos concretos de decretações de prisões preventivas relevantes em crimes econômicos, que geraram grande apelo social por punição dos envolvidos. Sendo demonstrado nesta análise que de fato a prisão preventiva tem sido usada de maneira muito distante de sua real natureza, já que como medida cautelar, não tem como objetivo fazer um julgamento antecipado de mérito e sim agir como um instrumento a favor do processo, nunca como meio de antecipar a execução penal. Sem sombra de dúvidas a prisão preventiva é valiosa no sentido de evitar a impunidade de agentes que visam atrapalhar o regular andamento do processo, contudo, por se tratar de medida demasiadamente drástica só pode ser aplicada quando se mostre realmente necessária e desde que de acordo com a Constituição e cumpridos os requisitos legais.

Palavras-chave: Prisão preventiva - Brasil; Processo penal; Crimes econômicos

## ABSTRACT

This work brings a study about the institution of preventive prison in the Brazilian law. Also it brings out the excessive and erroneous use of it in Brazil. Seeking confirmation of this thought, the juridical nature of such measure which has this type of preventive prison is exposed, as well as all of the main principles that direct the subject, complementing with a model study of the panel's code main articles of the Penal Process that deals with the subject. Searching to unite theory with practice, concrete cases of preventive imprisonment in relevant economic embezzlements crimes caused social appeal to punish those involved. This analysis demonstrates that a preventive imprisonment in fact has been used far from its real nature. Note that the preventive measurement has been used far from its real meaning, since its objective is to anticipate the merit of its judgement, but yet works as an instrument in the process' favor, but never as a way to anticipate the penal execution. Without a doubt, the preventive imprisonment is worth to prevent those trying to interfere with the normal process flow. However due to the drastic nature of such measurement it must be used when it is really necessary and in accordance with the Constitution e following its legal requirements.

Keywords: Preventive prison - Brazil; Criminal procedure; Economic crimes

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
Art.	Artigo
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeira
COMPERJ	Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro
CP	Código Penal
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DETRO-RJ	Departamento de Transportes Rodoviários do Estado do Rio de Janeiro
FETRANSPOR	Federação das Empresas de Transportes de Passageiros do Estado do Rio de Janeiro
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MPF	Ministério Público Federal
ONU	Organização das Nações Unidas
ORCRIM	Organização criminosa
PL	Projeto de Lei
PT	Partido dos Trabalhadores
RHC	Recurso em Habeas Corpus
S/A	Sociedade Anônima
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
TRF-4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
1.1 Objetivos .....	12
1.2 Justificativa .....	12
1.3 Metodologia .....	13
<b>2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PRISÃO PREVENTIVA</b> .....	<b>14</b>
2.1 Presunção de inocência .....	15
2.2 Jurisdicionalidade .....	18
2.3 Proporcionalidade .....	19
2.4 Excepcionalidade .....	22
2.5 Provisionalidade .....	23
2.6 Provisoriedade .....	23
2.7 Legalidade .....	26
2.8 Contraditório .....	28
<b>3 NATUREZA JURÍDICA, REQUISITOS E FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA</b> .....	<b>30</b>
3.1 Natureza Jurídica .....	30
3.2 Momento de decretação e legitimados .....	33
3.3 Requisitos e fundamentos da prisão preventiva: uma análise doutrinária do Art. 312, do CPP .....	36
3.4 <i>Periculum Libertatis</i> : Fundamentos de aplicação da prisão preventiva .....	40
3.4.1 Garantia da ordem pública .....	40
3.4.2 Garantia da ordem econômica .....	48
3.4.3 Conveniência da instrução criminal .....	51
3.4.4 Assegurar a aplicação da lei penal .....	53
3.4.5 Nova hipótese do Parágrafo Único do Art. 312 .....	55
3.5 Circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva: uma análise do Art. 313, do CPP .....	57
3.6 Circunstâncias que impedem a aplicação da prisão preventiva: análise do Art. 314, do CPP .....	61



<b>4 ANÁLISE DE DECRETAÇÕES DE PRISÕES PREVENTIVAS EM CASOS DA OPERAÇÃO LAVA JATO E OPERAÇÃO PONTO FINAL .....</b>	<b>63</b>
4.1 José Carlos Costa Marques Bumlai, Prisão Preventiva N° 5056156-95.2015.4.04.7000/PR.....	64
4.2 Sergio de Oliveira Cabral Santos Filho, Prisão Preventiva N° 5056390-43.2016.4.04.7000/PR.....	74
4.3 Eduardo Cosentino da Cunha, Prisão Preventiva N° 5052211-66.2016.4.04.7000/PR.....	84
4.4 Rogério Onofre de Oliveira, Prisão Preventiva N° 0504942-53.2017.4.02.5101/RJ .....	98
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>106</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>111</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A liberdade é sem dúvida um dos bens mais importantes do ser humano e como tal merece ser protegida e respeitada o máximo possível, sendo inclusive direito fundamental presente no *caput* do art. 5 da Constituição. Mas como todo direito ele não é absoluto, trazendo a Carta Magna no próprio art. 5, inciso LXI os casos em que são possíveis as prisões: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;” O objeto de estudo do presente trabalho é exatamente uma das formas de cerceamento de liberdade, qual seja, a prisão preventiva, que é uma modalidade de prisão provisória.

Como será demonstrado neste trabalho, a prisão preventiva é uma medida cautelar de natureza processual penal, portanto, sua finalidade é garantir o normal desenvolvimento do processo e a eficaz aplicação da lei penal, sendo com isso, uma forma excepcional de prisão, já que não se trata de prisão-pena e sim de um instrumento processual cautelar. Logo, é uma prisão que não tem como função ser um cumprimento antecipado de pena, muito pelo contrário, não possui função punitiva e sim de tutelar o processo. Para justamente evitar seu uso de maneira incorreta e extremamente prejudicial, tendo em vista que se encontra em disputa a liberdade que é um dos maiores bens da humanidade e o caráter estigmatizante da prisão, é necessário conhecer seus requisitos, fundamentos, hipóteses de incidência e princípios norteadores. Marco Aurélio Leite Silva (2009) leciona nesse sentido de excepcionalidade da medida:

A prisão cautelar deve ser sempre entendida como um fenômeno excepcional, somente admitido ante requisitos rigorosamente comprovados e, assim, capazes de excepcionar a regra constitucional da presunção de inocência. A segregação de alguém no cárcere tem legitimidade, de ordinário, apenas diante de condenação penal transitada em julgado; quaisquer outras formas de aprisionamento constituem licenças perigosíssimas, de que se serve o Poder Público no interesse da coletividade. Basta um milímetro aquém desse rigor para que a prisão seja ilegal. (*apud* PÂNGARO, 2010)

Com isso, o problema da presente pesquisa foi: Como usar a prisão preventiva, garantido a sua função cautelar, mas sem ferir direitos fundamentais e as normas processuais? O presente trabalho demonstrará que apesar de ser medida excepcional a prisão preventiva tem sido usada de maneira abusiva, demonstrando tal uso incorreto através da análise de casos concretos de decretações de prisões preventivas em

relevantes crimes econômicos, que receberam grande exposição midiática. Importa salientar, que existe no próprio CPP fundamentos que motivam esse uso indevido. Exatamente para solucionar essa questão o presente trabalho foca na demonstração dos princípios e das regras que devem ser seguidos para que a decretação de medida tão excepcional como a prisão preventiva seja válida e conviva de maneira harmoniosa com a presunção de inocência exposta no artigo 5º, inciso LVII da constituição.

O uso excessivo da prisão preventiva muito se da pela comoção midiática e popular por “justiça”. Visto que o Brasil realmente tem um histórico de alta criminalidade e o sentimento de impunidade persegue a sociedade, principalmente quando os acusados são pessoas de grande relevo, destacando-se políticos. O judiciário muitas vezes buscando dar respostas rápidas à sociedade, já que a execução da pena deve ser feita apenas após todo devido processo legal, usa da prisão preventiva como forma de antecipar o julgamento e satisfazer a população.

Visando demonstrar didaticamente o que é a prisão preventiva e como ela deve ser utilizada, conseqüentemente apontando os erros e abusos na sua aplicação indevida, o presente trabalho foi estruturado nos seguintes capítulos: o capítulo 1 faz a introdução do trabalho, dando um panorama geral do tema; o capítulo 2 traz toda a base principiológica que norteia à aplicação da prisão preventiva, visto que os princípios constituem a base para a correta aplicação e interpretação de qualquer instituto jurídico; o capítulo 3 explana todos os principais pontos da prisão preventiva através de uma análise prioritariamente doutrinária, sendo eles, sua natureza jurídica, legitimados a solicitar à decretação da medida, requisitos e fundamentos; o capítulo 4 demonstrará como a prisão preventiva tem sido aplicada, através da análise de casos concretos de crimes econômicos relacionados à operação lava-jato e operação ponto final, além dos desdobramentos dessas decisões nas instâncias superiores, buscando expor quais os fundamentos mais usados, se a medida tem sido aplicada de maneira correta e os entendimentos jurisprudências da matéria; por fim, o capítulo 5 traz as considerações finais e os conseqüentes resultados alcançados com a pesquisa.

## 1.1 Objetivos

O objetivo geral deste trabalho é demonstrar a excepcionalidade da prisão preventiva, seu caráter cautelar e não punitivo, expondo todos os principais elementos da medida que condenam sua utilização como meio de execução penal antecipada.

Possuindo como objetivos específicos

- Analisar como conciliar a prisão preventiva com as garantias fundamentais do indivíduo, expondo os princípios que orientam o instituto.
- Expor e analisar a natureza jurídica, os requisitos e fundamentos da prisão preventiva.
- Através do estudo de casos, provar que a medida tem sido utilizada muitas vezes de maneira incorreta no Brasil.

## 1.2 Justificativa

No Brasil, a prisão preventiva, que era para ser uma medida cautelar excepcional, usada em última hipótese para proteger o regular desenvolvimento do processo e garantir à aplicação da lei penal, tem se tornado quase a regra. A medida tem sido usada de maneira exagerada, e muitas vezes com motivações muito distantes da sua cautelaridade, como por exemplo: para dar uma resposta a sociedade, uma falsa sensação de segurança e trazer credibilidade ao judiciário.

Contudo, isso não se coaduna com a natureza jurídica desse instituto, que claramente não tem finalidade punitiva e sim um caráter instrumental ao processo. E esse uso exacerbado da medida é provado pelos dados de fevereiro de 2017 do CNJ que demonstram que ao tempo da pesquisa haviam no Brasil 221.054 presos provisórios, o que corresponde a 34% da população carcerária do país. Obviamente se trata de um grande número de presos que são considerados presumidamente inocentes, visto que esse é o entendimento estampado pela nossa Lei Suprema no seu artigo 5º, inciso LVII.

O grande número de prisões preventivas faz crescer um entendimento popular de que se a pessoa está sendo acusada por um crime, deve ela ser presa preventivamente, afinal de contas “não é possível deixar um criminoso livre”.

Esse trabalho tem exatamente o intuito de desmistificar o instituto, mostrando que seu uso deve ser sempre excepcional, com o objetivo de proteger o processo e não como meio de punir antecipadamente pessoas que até aquele momento são inocentes. A aplicação correta da prisão preventiva levará o país a um processo penal mais democrático e transparente, onde reine o respeito ao devido processo legal e a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Já a não observância da aplicação correta da prisão preventiva, leva a prisões ilegais, desrespeito a garantias fundamentais e proporciona injustiças.

No âmbito acadêmico a presente pesquisa visa auxiliar estudantes de direito e profissionais da área a melhor conhecerem o instituto da prisão preventiva, estimulando o debate da correta aplicação dessa medida cautelar excepcional, visto que muitas vezes mudanças ocorrem a partir de estudos acadêmicos. Já no campo prático o objetivo do presente trabalho é demonstrar para todos os interessados o que é realmente a prisão preventiva, desmistificando o entendimento popular sobre o assunto, demonstrando como essa medida cautelar tem sido aplicada longe da sua real finalidade, visando estimular sua correta aplicação.

### 1.3 Metodologia

A metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica, tendo como fonte de consulta, livros e artigos de autores que exploram esta área do saber, tendo sido procurados autores que tratavam de maneira específica a prisão preventiva, buscando relacionar as ideias semelhantes e demonstrar as divergências doutrinárias. Com o intuito de esclarecer mais o tema foi utilizado também à pesquisa qualitativa jurisprudencial, visando trazer dados concretos ao presente trabalho e os entendimentos mais relevantes dos Tribunais Superiores sobre o tema. Por fim, buscando trazer uma demonstração prática do estudo, foi feito o estudo de casos de decretações de prisões preventivas em 3 casos relevantes da lava-jato (prisões de: José Carlos Bumlai, Sérgio Cabral e Eduardo Cunha) e 1 da operação ponto-final (prisão de Rogério Onofre). Foram escolhidas essas operações, pois as mesmas são recentes, tendo as mesmas ganho bastante destaque na mídia e possuem reconhecido apoio popular.

## 2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PRISÃO PREVENTIVA

Visando um estudo completo e uma real compreensão da prisão preventiva em todos seus aspectos, é de extrema importância estudar os princípios que regem essa medida cautelar, conforme leciona Aury Lopes Jr.:

A base principiológica é estruturante e fundamental no estudo de qualquer instituto jurídico. Especificamente nessa matéria – prisões cautelares - são os princípios que permitirão a coexistência de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com a garantia da presunção de inocência. (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 593)

Destarte é de grande valia o estudo dos princípios para que se alcance a melhor aplicação de qualquer instituto jurídico. Nessa mesma linha de pensamento, José Afonso da Silva, conceitua e demonstra a importância dos princípios no ordenamento jurídico:

Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] “núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais”. Mas, como disseram os mesmo autores, “os princípios que começam por ser à base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional. (SILVA, 2014, p. 93-94)

Logo é possível extrair do exposto que os princípios possuem papel de estruturação dos institutos jurídicos. Além disso, os princípios são vistos por grande parte da doutrina como normas (gênero dos quais regras e princípios seriam as espécies) e como tal possuem poder vinculante. E tratando-se de medida extrema como são as prisões cautelares, de maior relevo é a máxima observância de todos os direitos do acusado/indiciado.

Feita essa exposição demonstrando porque é necessário estudar os princípios ligados a prisão preventiva, adentraremos no estudo dos princípios mais importantes que norteiam essa modalidade de prisão provisória.

## 2.1 Presunção de inocência

Sem sombra de dúvidas um dos principais postulados que deve ser observado na aplicação da prisão preventiva é o da presunção de inocência também conhecido como não-culpabilidade. Estampado no artigo 5º, inciso LVII, da nossa Constituição: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Logo a nossa lei suprema deixa claro que até que haja uma sentença irrecorrível o acusado é considerado inocente. Badaró (2016, p. 63) afirma: “A presunção de inocência assegura a todo e qualquer indivíduo um prévio estado de inocência, que somente pode ser afastado se houver prova plena do cometimento do delito”. O autor Aury Lopes Jr. tratando do tema fala da importância desse princípio:

É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 586)

Destarte trata-se de norma constitucional que estipula o estado de inocência, como uma verdadeira opção do nosso poder constituinte de proteger a todos os inocentes, mesmo que ao preço de muitas vezes um verdadeiro culpado se beneficiar dessa presunção. O que faz todo o sentido, pois se houvesse permissão de prender sem qualquer limitação, o preço seria muito maior do que a impunidade de alguns.

Além do exposto grande parte da doutrina afirma que esse princípio estipula um verdadeiro dever de tratamento, o réu deve ser tratado como inocente, e uma regra de julgamento (probatório), na qual a carga probatória cabe ao acusador e na existência de dúvida deverá o juiz absolver o acusado. Estando nessa linha de pensamento Badaró (2016, p. 63) e Pacelli (2017, p. 50). Lopes Jr (2015, p. 588) divide o dever de tratamento em dimensão interna e externa, na primeira seria um dever direcionado ao juiz, devendo ele impor todo o ônus probatório ao acusador, na resistência de dúvida absolver e ainda afirma que esse dever impõe limites às prisões provisórias. Ao passo que o tratamento externo:

Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiro limite democrático à abusiva exploração midiática

em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 588)

Com o exposto fica claro o quão importante é a devida observação desse princípio, principalmente em matéria de prisão preventiva. Visto que, trata-se de medida cautelar que restringe a liberdade do acusado/indiciado sem o mesmo ser considerado culpado, logo é necessário que a prisão preventiva seja imposta com o intuito único e exclusivo de tutelar o processo, de servir como verdadeiro instrumento e não como um fim em si mesmo.

De fato, mesmo com a presunção de inocência é possível haver prisão antes da sentença transitada em julgado, desde que puramente cautelar. Nesse sentido de compatibilidade entre presunção de inocência e prisões cautelares ensina Badaró:

A presunção de inocência não veda, porém, toda e qualquer prisão no curso do processo. Desde que se trate de uma prisão com natureza cautelar, fundada em um juízo concreto de sua necessidade, e não em meras presunções abstratas de fuga, periculosidade e outras do mesmo gênero, a prisão será compatível com a presunção de inocência. (BADARÓ, 2016, p. 63)

Esse princípio veda exatamente o uso da prisão preventiva, ou qualquer outra medida cautelar, como modalidade de antecipação de pena. Qualquer prisão preventiva que decretada sem qualquer intuito cautelar é manifestamente inconstitucional.

Exatamente nesse sentido de vedação à execução antecipada da pena e tratando da regra de tratamento que a presunção de inocência impõe, explica Pacelli:

Naquele campo, como se verá, o princípio exerce função relevantíssima, ao exigir que toda privação da liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de ordem judicial devidamente motivada. Em outras palavras, o estado de inocência (e não a presunção) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela de efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal. (PACELLI, 2017, p. 51)

Nessa mesma linha de pensamento leciona Tourinho Filho:

Sendo o homem presumidamente inocente, sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória implicaria antecipação da pena, e ninguém pode ser punido antecipadamente, antes de ser definitivamente condenado, a menos que a prisão seja indispensável a título de cautela. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 72)



Contudo, importa salientar, que recentemente o STF proferiu decisão que abalou a presunção de inocência e todo esse sistema, relativizando a mesma no julgamento do HC 126.292/SP por 7 votos a 4. Nessa decisão entendeu o STF que a partir da condenação em segundo grau já é possível o comprimento provisório da pena, por entender o mesmo que já estaria encerrada a análise da matéria de fato e valoradas as provas, com a prolação de acórdão condenatório em segunda instância, com isso já estaria demonstrada a culpa do réu. Tal entendimento foi confirmado pelo STF nas ADCs 43 e 44, onde a Suprema Corte, por maioria, entendeu que o art. 283, do CPP (cujo *caput* afirma que: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”), não impede o início da execução da pena a partir da condenação em segunda instância.

Sem sombra de dúvidas as decisões vêm de encontro à expressa previsão constitucional do Art. 5, inciso LVII, que deixa clara a necessidade de trânsito em julgado, ou seja, a necessidade daquela decisão ter se tornado imutável. Gustavo Henrique Badaró faz críticas a essa decisão proferida no HC 126.292/SP:

A decisão é equivocada, e restringe indevida e inadmissivelmente a garantia constitucional do art.5º., caput, LVII, que estabelece como marco final da presunção de inocência o “transito em julgado de sentença penal condenatória” e não “até a confirmação da sentença em segundo grau”! A diferença prática das duas posições é que o novo posicionamento do STF implica negar efeito suspensivo ao recurso especial e extraordinário. Logo, poderão os tribunais locais, em caso de acórdão condenatório, determinar a expedição de mandado de prisão, como efeito da condenação a ser provisoriamente executada. (BADARÓ, 2016, p. 61)

Eugênio Pacelli também tem posicionamento diverso do atual entendimento do STF:

Pensamos que a referida decisão não só afronta o princípio constitucional da não culpabilidade, como também atinge o texto legal vigente do art. 283, CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/11. Por isso e para isso a referida execução (provisória) somente seria possível em situações excepcionais, em que se comprovasse o manifesto interesse protelatório dos recursos aviados. (PACELLI, 2017, p. 617)

De fato, tal entendimento do STF abala a garantia da presunção de inocência. Contudo esse princípio constitucional deve continuar sendo observado e respeitado,

principalmente em sede de prisão preventiva. Tendo em vista que essa medida cautelar tem que ter intuito único e exclusivo de tutelar o processo, garantir seu regular andamento, e nunca servir como cumprimento antecipado de pena.

## 2.2 Jurisdicionalidade

Esse princípio também se encontra na Carta Magna no art. 5º, inciso LXI: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Como lecionam Tourinho Filho (2010, p. 641) e Aury Lopes Jr. (2015, p. 593-594), somente a autoridade judiciária pode emanar a ordem escrita de prisão preventiva, afastando a possibilidade de a mesma ser feita por delegados de polícia, por membros do Ministério Público, além de que não basta ser apenas autoridade judiciária, é necessário que a mesma seja revestida com competência para tal medida.

Seguindo o entendimento de competência exclusiva do juiz, para decretação das medidas cautelares, são as precisas palavras de Lima (2009, p. 373): “O poder de cautela é destinado exclusivamente ao juiz, e, desta jurisdicionalidade, resulta a chamada reserva de jurisdição, que nada mais é do que o necessário controle jurisdicional sobre a medida cautelar.”

O art. 311 do CPP, também traz esse princípio da jurisdicionalidade: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”

Esse artigo deixa clara a competência do juiz para decretar prisões preventivas, contudo o artigo é infeliz quando possibilita a decretação dessa medida cautelar de ofício pelo juiz, violando claramente o sistema acusatório do processo penal adotado pela constituição de 1988 e a imparcialidade do juiz. Aury Lopes Jr. ilustra bem a quebra da imparcialidade que tal dispositivo gera:

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou pior,

quando ele assume uma postura inquisitória decretando - de ofício – a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do inquisidor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e outro de inércia. (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 613)

No que pese a crítica feita a esse artigo do CPP, da qual Tourinho Filho (2010, p. 671) também compartilha, entendendo que não deveria haver essa possibilidade de decretação de ofício, pois acredita que o papel de pedir a mesma deveria vir da Autoridade Policial ou do Ministério Público. Tanto o art. 5º, inciso LXI da constituição quanto o artigo 311 do CPP, deixam claro que a autoridade competente para decretação da prisão preventiva é apenas a judiciária.

### 2.3 Proporcionalidade

É apontado por muitos autores como o principal princípio de qualquer medida cautelar, tendo em vista que ele tem papel fundamental na conciliação entre a prisão preventiva e o princípio constitucional da presunção de inocência. Tal princípio, que está implícito na constituição, teve sua importância reforçada com a lei 12.403/2011 que ampliou o rol de medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319 do CPP), proporcionando ao julgador um juízo de ponderação mais eficiente, já que pode dentre todas as medidas escolher a que melhor se adequa ao caso, causando o menor prejuízo possível. Deixando clara a intenção do legislador de tornar a proporcionalidade o princípio norteador das prisões cautelares, sendo sempre elas usadas em último caso.

Grande parte da doutrina, para esclarecer melhor o princípio da proporcionalidade em todos os seus aspectos, o divide em subprincípios: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Inclusive o legislador estampou no CPP os dois primeiros, no art. 282: “As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da Lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.”

A doutrina mais tradicional define necessidade, como uma vedação ao excesso, ou seja, a medida deve ser suficiente sem exceder a estrita necessidade da situação:

Na sequência, tem-se o juízo de necessidade da medida, também conhecido como proibição de excesso ou busca de alternativa menos gravosa. O que se objetiva é invadir a esfera de liberdade do indivíduo o mínimo necessário, na comparação entre as diversas medidas que tenham se mostrado adequadas ao atingimento da finalidade de proteção ou realização do direito fundamental. (BADARÓ, 2016, p.1003).

Souza de Oliveira (*apud* LOPES JÚNIOR, 2015, p. 605) também vai nessa linha de pensamento conceituando necessidade: “preconiza que a medida não deve exceder o imprescindível para a realização do resultado que almeja”. Com isso se extrai que é extremamente necessário que o juiz faça uma reflexão e análise concreta do caso para ver se realmente a prisão preventiva é necessária para alcançar o fim cautelar objetivado, ou caso contrário, por se trata de medida extrema, poderia estar violando a liberdade do indivíduo de maneira desnecessária.

Já adequação é normalmente conceituada como aptidão entre os motivos e fins (Lopes Jr., 2015, p. 604), em outras palavras, se o meio escolhido é realmente capaz de se alcançar o objetivo desejado, a tutela do processo. Com isso, se existe outra medida igualmente apta a solucionar a questão e que seja menos prejudicial ao acusado/indiciado ela que deve ser usada no caso concreto, sendo a prisão preventiva usada apenas em ultimo caso (Lopes Jr., 2015, p. 604). Badaró (2016, p. 1003) afirma que adequação: “É, pois uma relação de causalidade entre a medida restritiva adotada e o fim a que se destina.”

Por fim, proporcionalidade em sentido estrito é classificada por muitos como “o sopesamento dos bens em jogo, cabendo ao juiz utilizar a lógica da ponderação” (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 605). Logo, deve o juiz na análise do caso levar em conta os benefícios que a medida adotada trará e os prejuízos que a mesma gera contra quem ela é empregada. Devendo sempre haver prevalência dos benefícios sobre os prejuízos, se não se estará frente à verdadeira medida desproporcional. Badaró, lecionando sobre a proporcionalidade em sentido estrito, adverte:

O juiz deverá também considerar a probabilidade de que seja imposta uma pena privativa de liberdade a ser executada em regime prisional. Somente no caso em que se anteveja, com base nos elementos concretos existentes nos autos, que o acusado terá que se submeter a uma pena privativa de liberdade, a prisão cautelar será proporcional ao provimento definitivo que ela visa assegurar. (BADARÓ, 2016, p. 1007)

Deveras, a medida cautelar não pode ser mais grave do que a provável condenação, pois haveria verdadeiro desequilíbrio na proteção dos bens, pois se estaria, no caso da prisão preventiva, privando o indivíduo de sua liberdade sendo que no final do processo o mesmo não seria condenado a uma pena privativa de liberdade. Visivelmente tal hipótese demonstra uma desproporcionalidade muito grande, já que as medidas cautelares têm o fito único e exclusivo de preservar o normal desenvolvimento do processo e assegurar a aplicação da lei penal.

Exatamente visando coibir o exercício irregular das medidas cautelares nós temos o parágrafo 1º do art. 283, do CPP: “As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade”. Também nessa linha se encontra o parágrafo 1º do art. 313, do CPP que prevê a possibilidade, em regra, para decretação de prisão preventiva apenas para crimes puníveis com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos. O que é extremamente coerente visto que o inciso I, do art. 44, do Código Penal, deixa clara a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando a pena máxima não seja superior a 4 anos e o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça. Logo não faria sentido prender preventivamente alguém que caso condenado teria sua pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos.

Importa salientar que Badaró afirma que o CPP no seu art. 282, com a redação alterada pela Lei 12.403/2011, trouxe definições de adequação e necessidade diversas das reconhecidas normalmente na doutrina:

Todavia, a Lei 12.403/2011 trilhou outro caminho ao definir as características da necessidade e adequação das medidas cautelares pessoais. E o fez para dar a tais expressões o sentido que normalmente o têm no campo processual penal. Na seara criminal, para a imposição de alguma medida cautelar, seja ela pessoal ou real, será sempre imperativo verificar, por primeiro, se há necessidade de tal medida e, sendo imprescindível sua imposição, em segundo momento buscar entre as medidas possíveis a mais adequada, entendida esta, como a que impõe uma restrição menos gravosa ao direito do acusado a ser afetado pela medida cautelar. E foram nesses termos que o legislador empregou as expressões necessidade e adequação no novo art. 282, caput, do CPP. (BADARÓ, 2016, p. 1004)

De todo o exposto se extrai a grande importância da devida observação do princípio da proporcionalidade, e de seus três subprincípios, para a imposição de

qualquer medida cautelar, ainda mais no caso das prisões preventivas. Se não observado tal princípio se estará diante de uma prisão provisória descabida e abusiva visto que não obedece aos ditames da proporcionalidade.

## 2.4 Excepcionalidade

Talvez um dos princípios mais deixado de lado nos últimos tempos, se encontra consagrado no art. 282, parágrafo 6º do CPP: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”. Tal artigo deixa claro que a decretação de prisão preventiva deve ser a ultima hipótese, ou seja, quando não houver outro meio de proteger o regular andamento do processo do que a privação de liberdade do indivíduo. E com a reforma do CPP de 2011, no capítulo das medidas cautelares, foi positivado um extenso rol de medidas que podem substituir a prisão preventiva, podendo elas ser usadas isolada ou cumulativamente.

Destarte muito bem ilustra Lopes Jr. (2015, p. 601) “[...] prisão preventiva somente quando inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.” Pacelli trata também da prisão preventiva como medida excepcional:

Deve-se ter em conta que, em princípio, não se recorrerá à prisão preventiva, salvo quando constatadas imediatamente as hipóteses legais dispostas nos arts. 312 e 313, CPP. A primazia deverá ser da imposição de medida cautelar diversa da prisão. (PACELLI, 2017, p. 513)

Concluindo, para que a prisão preventiva não continue sendo uma medida usada com tanta frequência é necessário que se atenha ao princípio da excepcionalidade, levando se em consideração o grande preço que o indivíduo paga com a prisão provisória. Nesse pensamento, precisas são as palavras de Aury Lopes Jr. sobre o princípio em tela:

Ademais, a excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservadas para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam. (LOPES JR., 2015, p. 602)

## 2.5 Provisionalidade

Este princípio demonstra que as prisões preventivas só são legais enquanto perdurarem os fatos, os fundamentos que a legitimaram. Ou seja, acabada a situação fática que gerava risco ao normal desenvolvimento do processo, deve ser revogada a medida cautelar. Lopes Jr. ilustra a importância desse princípio: “Nas prisões cautelares, a provisionalidade é um princípio básico, pois são elas acima de tudo, situacionais, na medida em que tutelam uma situação fática.”

Tem como base normativa o parágrafo 5º, do art. 282 do CPP: “O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.”

O CPP, com isso, deixa clara a necessidade de que não adianta apenas a existência dos fundamentos no momento da decretação para que a prisão preventiva seja mantida indeterminadamente, pelo contrário é preciso para se manter o indiciado/acusado preso preventivamente que subsistam os fundamentos que a justificaram durante toda a prisão.

Aury Lopes Jr. destaca a mudança causada pelo advento das novas medidas cautelares:

Sublinhe-se que a provisionalidade adquire novos contornos com a pluralidade de medidas cautelares agora recepcionadas pelo sistema processual, de modo a permitir uma maior fluidez na lida, por parte do juiz, dessas várias medidas. Está autorizada a substituição de medidas por outras mais brandas ou mais graves, conforme a situação exigir, bem como cumulação ou mesmo revogação, no todo ou em parte. (LOPES JUNIOR, 2015, p. 597)

## 2.6 Provisoriedade

Sendo a prisão preventiva uma espécie de prisão provisória logicamente não poderia faltar o estudo desse princípio. Lopes Jr. (2015, p. 597-598) diferencia muito bem a provisionalidade da provisoriedade, enquanto a primeira está relacionada à persistência das situações fáticas, a provisoriedade está relacionada ao fator tempo. Em outras palavras, a prisão preventiva deve ter uma curta duração, visto que, nas palavras de Lopes Jr. (2015, p. 598) essa medida cautelar “[...] é apenas tutela de uma situação fática (provisionalidade) e não pode assumir contornos de pena antecipada.”

Badaró conceituando a provisoriedade diferencia essa do conceito de temporário:

Assim, a prisão preventiva é provisória porque em tese tende a perdurar até seja revogada ou substituída pelos efeitos da sentença transitada em julgado. Já prisão temporária, como o próprio nome indica, é temporária, isto é, terá o término dos seus efeitos condicionados não a uma decisão de um futuro processo ou qualquer outra situação processual, mas sim ao transcurso de um determinado lapso de cinco dias, ou de 30 dias conforme o caso. (BADARÓ, 2016, p. 991)

Logo, para Badaró (2016, p. 990): “O provimento cautelar é provisório porque seus efeitos perdurarão até a superveniência de um evento sucessivo.”

Contudo, o que os dois autores deixam claro é que nenhuma medida cautelar pode ter efeitos infinitos, sem nenhuma previsão da resolução da demanda. E na indefinição é que reina o grande problema do nosso CPP nesse ponto, visto que não há previsão expressa no código da duração máxima da prisão preventiva. Pacelli destaca que:

A única exceção em nossa legislação encontra-se na Lei 12.850/13, que cuida das ações praticadas por organizações criminosas, cujo art. 22 estabelece o prazo de 120 dias, prorrogáveis por igual período, para o encerramento da instrução, quando preso o acusado. (PACELLI, 2017, p. 577)

Lopes Jr. tratando do tema leciona que houve uma tentativa frustrada de impor um limite temporal na prisão preventiva:

Ao longo da tramitação do PL 4208/2001, tentou-se fixar um prazo máximo de duração da prisão cautelar, inclusive sendo redigido o art. 315-A, que determinava que “a prisão preventiva terá duração máxima de 180 dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado ou acusado tiver dado causa à demora.” (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 598)

Como esse prazo acabou vetado na Lei 12.403/2011, nosso sistema continua sem um limite temporal firmado em lei para prisão preventiva. Para se corrigir essa falha a jurisprudência tentou fixar prazos conforme explica Pacelli:

Entendendo que a ausência, no CPP, de fixação de prazo certo para a duração da prisão preventiva deixava o acusado inteiramente à mercê do Estado, nossa jurisprudência elaborou o entendimento segundo o qual, cuidando-se de réu preso provisoriamente no curso da ação penal, esta deverá estar concluída nos prazos previstos em lei, sob pena de caracterização de constrangimento ilegal. A hipótese, então estaria a ensejar o *habeas corpus*, com fundamento no art. 648, II, do CPP, cujo comando considera ilegal a coação “quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei.” (PACELLI, 2017, p. 577)



Através dessa construção jurisprudencial, Pacelli (2017, p. 577-578) ensina que se chegou ao prazo de 81 dias no rito comum ordinário, levando em conta todos os prazos, desde a conclusão do inquérito até a sentença. Contudo, a Súmula 52 do STJ estipula que: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”. Sendo esse hoje o entendimento que prevalece nos tribunais.

Lopes Jr. faz duras críticas a essa súmula:

Esse encurtamento do termo final, ou seja, a adoção de um termo *a quo* anterior ao julgamento em primeiro grau, é incompatível com o direito ao processo penal em prazo razoável, assegurado pelo art.5º, inc. LXXVIII, da Constituição. O direito à “razoável duração do processo” não pode ser reduzido ao direito à “razoável duração da instrução”. O término da instrução não põe fim ao processo, adverte BADARÓ. Encerrada a instrução, ainda poderão ser realizadas diligências complementares deferidas pelo juiz, memoriais substitutivos dos debates orais, e, finalmente, o prazo para a sentença. (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 599)

Importa salientar que a lei 11.719/08 trouxe modificações nos ritos procedimentais, gerando, conforme Pacelli (2017, p. 578), necessidade de uma revisão: “A Lei nº 11.719/08, no entanto, veio modificar totalmente os ritos procedimentais do processo comum, ordinário e sumário, com o que haverá de ser feita outra contagem de prazos para a aplicação de antiga jurisprudência.” Para o autor, portanto, com as alterações os prazos ficaram da seguinte forma: “[...] no rito ordinário, chegará aos 86 dias, como regra (e de 107 dias, na Justiça Federal), ressalvadas circunstâncias específicas de cada caso concreto.”

Porém, mesmo com a jurisprudência tentando resolver esse problema, o fato é que a nossa legislação não contém prazo máximo para prisão preventiva, fazendo com que muitas vezes o acusado/indiciado fique preso indeterminadamente, e às vezes em situação pior que o condenado, visto que não pode ter progressão de regime.

Lopes Jr (2015, p. 599) não vê muita segurança nesses prazos criados jurisprudencialmente: “São marcos que podem ser utilizados como indicativos de excesso de prazo em caso de prisão preventiva. Contudo, são prazos sem sanção, logo, com um grande risco de ineficácia.”

Razão assiste ao autor, tendo em vista que, para termos de fato o princípio da provisoriedade respeitado, é necessário que se tenha demarcado de maneira precisa os prazos máximos de prisão preventiva. Sendo o ideal, logicamente, que tais prazos sejam

estabelecidos por meio de lei, com respectivas sanções em caso de descumprimento, para aí sim termos o princípio da provisoriedade cumprido e conseqüentemente se evitando prisões abusivas e prolongadas de maneira injustificável.

## 2.7 Legalidade

Qualquer ação estatal que gere cerceamentos de direito dos cidadãos, deve ser pautada pela máxima observância às regras legais. E no processo penal o princípio da legalidade se revela de maneira muito forte, principalmente em matéria de medidas cautelares, pois muitas vezes o que está em jogo é um dos maiores bens da humanidade, a liberdade.

Tratando de tal tema, Badaró deixa claro que são cabíveis apenas as medidas cautelares previstas em lei, e somente nos casos em que a lei permite que sejam aplicadas:

As prisões cautelares são apenas aquelas previstas em lei e nas hipóteses estritas que a lei autoriza. Há, pois, um princípio de taxatividade das medidas cautelares pessoais, que implica admitir somente aquelas medidas previstas no ordenamento jurídico. A vedação das medidas cautelares atípicas no processo penal sempre esteve ligada à idéia de legalidade da persecução penal. Ou seja, as medidas cautelares processuais penais são somente aquelas previstas em lei e nas hipóteses estritas que a lei as autoriza. Somente assim será possível evitar a arbitrariedade e o casuísmo, dando-se total transparência às “regras do jogo”. (BADARÓ, 2016, p. 995)

O autor deixa claro que o juiz na hora de decretar qualquer medida cautelar, tem que se ater apenas aquelas existentes na legislação penal e dentro dos casos possíveis de aplicação. Essa mencionada taxatividade impede exatamente no campo processual penal o chamado poder geral de cautela, existente no processo civil.

Lopes Jr., citando Calamandrei, explica como funciona o poder geral de cautela:

No processo civil, explica CALAMANDREI, é reconhecido o poder geral de cautela (*potere cautelare generale*) confiando aos juízes, em virtude do qual eles podem, sempre, onde se manifeste a possibilidade de um dano que deriva do atraso de um procedimento principal, providenciar de modo preventivo a eliminar o perigo, utilizando a forma e o meio que considerem oportunos e apropriados ao caso. Significa que o juiz cível possui amplo poder de lançar mão de medidas de cunho acautelatório, mesmo sendo atípicas as medidas, para efetivar a tutela cautelar. (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 591-592)

De fato, em campo criminal é extremamente perigoso dar ao magistrado um poder geral de cautela, fazendo com que o mesmo não tenha que obedecer as regras do jogo e dando o direito do mesmo lançar mão de medidas não previstas e ainda em hipóteses que a lei não sustenta o uso da prisão preventiva. O processo penal lida com a liberdade do indivíduo, logo deve máxima observância à legislação penal e à Constituição, pois só assim é possível em um campo tão delicado que o acusado/indiciado tenha seus direitos e garantias respeitados. Nesse sentido e demonstrando a importância do princípio da legalidade, leciona Lopes Jr.:

No processo penal, não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela. No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para “poderes gerais”, pois todo poder é estritamente vinculado a limite e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder. (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 592).

Segundo Pacelli (2017, p. 531), atribuir ao juiz de primeiro grau, poderes gerais de cautela, que o possibilitaria a decretar medidas cautelares inominadas, seria um grande risco, por conta do devido controle de pertinência e oportunidade da medida. Por isso, em regra deve ser proibido, somente podendo ser permitido em casos excepcionais.

Embora considerável a análise feita por Pacelli (2017), acredito que razão assiste a Badaró (2016) e Lopes Jr. (2015). Visto que de fato no processo penal forma representa garantia, pois somente com máxima vinculação às leis e à Constituição em matéria de aplicação de medidas cautelares, será possível conciliar a aplicação de uma medida tão drástica como a prisão cautelar com o princípio da presunção de inocência.

Por fim, Badaró, explica de maneira bem clara a fundamentação legal da legalidade das medidas cautelares:

Poder-se ia objetar que o Código de Processo Penal brasileiro, mesmo diante da recente reforma, não estabeleceu um princípio da legalidade das medidas cautelares. A resposta estaria, para quem lê o Código à luz da Constituição, no próprio direito à liberdade (CF, art. 5.º, caput), garantido pelo devido processo legal, isto é, que ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal (CF, art. 5.º, LII). No entanto, ainda que se queira uma norma expressa e explícita, tendo por objeto direto as medidas cautelares, é de considerar que a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), em seu art. 7.º, ao assegurar o direito à liberdade pessoal, prevê: “7.1 Toda pessoa tem

direito à liberdade e à segurança pessoais. 7.2 Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.” (BADARÓ, 2016, p. 996)

## 2.8 Contraditório

Último princípio tratado no presente trabalho, o contraditório em sede de prisão preventiva de fato gera muita polêmica. O CPP no parágrafo 3º de seu art. 283, traz um contraditório prévio em sede de medida cautelar: “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 acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo”. Deveras, tal medida é de difícil aplicação no campo das prisões preventivas, contudo não de impossível aplicação com adverte Badaró:

Destaque-se que a exigência de contraditório prévio é aplicável, em tese, tanto à prisão preventiva quanto às medidas alternativas a prisão. Afirma-se “em tese” porque, segundo o que normalmente acontece, haverá perigo de ineficácia da decretação de prisão preventiva se a decisão judicial for precedida de contraditório de partes. De qualquer forma, mesmo em relação à prisão, não se pode, porém, “exagerar-se o perigo, nem pressupô-lo”. (BADARÓ, 2016, p. 1009)

De fato, esse artigo se mostra de difícil aplicação para as prisões preventiva nos casos concretos, principalmente quando o fundamento da medida é justamente o risco de fuga, o que tornaria inviável um contraditório prévio. Visando solucionar o problema desse contraditório anterior a medida, propõe Lopes Jr. (2015, p. 594-595) que nesses casos de maior dificuldade o contraditório poderia ocorrer após a realização da prisão, dando ênfase à audiência de custódia, onde o acusado/indiciado poderia demonstrar logo após a sua prisão a desnecessidade dessa medida, tendo com isso, o seu direito ao contraditório preservado e garantido.

Sem sombra de dúvidas a audiência de custódia pode ser uma fundamental ferramenta para efetivar o contraditório, a garantia da audiência de custódia se encontra no art. 7.5 do CADH: “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em

liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.” Tal norma como destaca BADARÓ (2016, p. 1050) por ser norma de direito internacional que trata de direitos humanos, tem, para o STF, status de norma supralegal no nosso ordenamento jurídico, logo prevalece se em confronto com o CPP.

Badaró (2016, p. 1050-1056) faz uma análise ao direito de ser levado a presença do juiz sem demora, destacando quatro aspectos: cabimento, temporal, subjetivo e procedimento. Em síntese cabimento trata-se de que esse direito cabe em todos tipos de prisão, logicamente a preventiva aí incluída. Na questão temporal o mesmo analisa a expressão sem demora, que de fato é vaga, mas analisando o entendimento no direito comparado o autor chega a um prazo entre 24h e 48h. No plano subjetivo deixa claro que a autoridade competente é o juiz, não cabendo obviamente a audiência de custódia a um delegado de polícia nem a nenhuma outra autoridade, sem ser a judicial. Por fim analise o procedimento, ou seja, como serão os atos praticados para garantir a efetividade do direito do preso. Importante se destacar passagem em que o autor demonstra a importância de se ouvir o preso:

A situação de controle de uma prisão já se dá na forma de contraditório diferido, o que diminui a possibilidade de uma efetiva confrontação de argumentos, ainda mais se uma das partes está presa e não tem a chance de procurar documentos ou obter outros meios de prova que demonstrem a ilegalidade ou desnecessidade de prisão. Assim, a realização de uma audiência, levando-se o preso à presença do juiz, que deverá ouvi-lo, de viva voz, implementa um importante mecanismo dialético de controle da legalidade e justiça da prisão cautelar. (BADARÓ, 2016, p. 1054)

Pacelli (2017, p. 554-555) demonstra que o Conselho Nacional de Justiça, buscando garantir o direito garantido pelo CADH, em conjunto com o Tribunal de Justiça de São Paulo, implementou a audiência de custódia no país através do Provimento Conjunto 03/15, sendo que a princípio seria apenas para o estado de São Paulo, buscando gradativamente a sua melhor aplicação. Contudo, Tribunais de diversos estados já aderiram à medida. O autor destaca que diversas dúvidas foram respondidas com esse Provimento:

O Provimento dirime algumas dúvidas que a doutrina sempre levantou, como qual seria o prazo de “sem demora” (24 horas, de acordo com o art. 1º), se haveria participação do defensor do detido e do Ministério Público (sim, conforme os arts. 5º e 6º), e se a autoridade em questão poderia ser um Delegado de Polícia (não, a

competência para presidir a audiência é exclusivamente de um magistrado, nos termos do art. 3º). (PACELLI, 2017, p. 555)

Com relação ao procedimento, importa salientar que a audiência deve tratar da legalidade e da necessidade ou não da prisão, logo ela não serve para analisar todos os temas do processo. Sua função é assegurar o contraditório com relação à medida cautelar adota, ou seja, se é realmente o caso de aplicação da prisão provisória e se a mesma foi efetuada dentro dos trâmites legais. (PACELLI, 2017, p. 555-556)

Com tudo que foi exposto fica claro que é possível sim, e mais do que isso, é necessário, aplicar o princípio do contraditório em sede de prisão preventiva. Como demonstrado se não for possível antes da execução da medida, pelo menos posteriormente, sendo a audiência de custódia uma ferramenta muito interessante para sua concretização.

Com isso, concluído está o estudo dos principais princípios que orientam a prisão preventiva. Destacando-se que, somente com a devida observância de todos eles, é possível aplicar essa medida cautelar da maneira mais eficiente e menos abusiva possível.

### 3. NATUREZA JURÍDICA, REQUISITOS E FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA

Feito o estudo dos principais princípios que regem a prisão preventiva, é essencial estudar agora o instituto a fundo. No presente capítulo serão visto todos os aspectos relevantes da prisão preventiva, visto que para se conhecer essa medida e consequentemente aplicá-la de maneira correta é necessário conhecer sua natureza jurídica, ou seja, o que de fato ela é, seus pressupostos e hipóteses de incidência.

#### 3.1 Natureza Jurídica

A prisão preventiva, conforme leciona grande parte da doutrina, tem natureza jurídica de medida cautelar, pois seu objetivo é tutelar o processo. Ou seja, são medidas usadas com o intuito de proteger o desenvolvimento do processo e consequentemente a

eficácia da lei penal. Nesse sentido são as palavras de Nucci (2015, p. 548) sobre o instituto: “Trata-se de uma medida cautelar de conrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei.” Como já demonstrado as prisões preventivas não possuem natureza de pena antecipada, muito pelo contrário, sua finalidade única e exclusiva é tutelar o processo. Logo prisões preventivas são medidas cautelares de cunho pessoal, visto que atuam diretamente sobre o indivíduo e não sobre o patrimônio como as medidas cautelares reais.

Apesar de se tratar de prisão, cujo conceito traz Nucci (2015, p. 519): “É a privação de liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere.” é de extrema importância não igualar as prisões processuais com a prisão pena, conforme leciona Badaró:

Embora do ponto de vista prático e fático não haja grande distinção entre as prisões cautelares e a prisão como sanção penal consistente em pena privativa de liberdade, limitando-se aos locais distintos de encarceramento, não se pode confundir a prisão como forma de cumprimento de pena privativa de liberdade (sanção penal) com a prisão processual de natureza cautelar. Os fundamentos e as hipóteses que autorizam cada uma delas são distintos. (BADARÓ, 2016, p. 1002)

Porque como já demonstrado as medidas cautelares objetivam proteger o processo e exatamente demonstrando a instrumentalidade da medida são as palavras do autor Aury Lopes Jr. (2015, p. 589): “As medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo.”

Como dito grande parte da doutrina classifica a prisão preventiva como medida cautelar pessoal, contudo, em sentido oposto se encontra interessante artigo escrito por Elaine Martins de Sousa Alves e Tiago Guimarães Vilela (2014), no qual os mesmos alegam que a prisão preventiva não possui natureza cautelar e sim de tutela antecipatória, buscando essa conceituação com ajuda do campo civilista. Acreditam que a tutela antecipada se assemelha mais a caracterização da prisão preventiva como medida excepcional e que diante de suas drásticas consequências tem de possuir requisitos mais rigorosos. Os autores trazem a seguinte definição de Tutela Antecipada:

A tutela antecipada se baseia em juízo de probabilidade, motivo pelo qual é considerada espécie de tutela jurisdicional sumária. É deferida, em regra no âmbito do processo de conhecimento, independente desse modo, de processo autônomo. Mas, não é capaz de antecipar todas as

modalidades de sentença. Alexandre Câmara defende somente a possibilidade de conceder a tutela antecipada dos efeitos da sentença condenatória, argumente: “apenas a eficácia condenatória, consistente na imposição ao demandado de uma prestação (dar, fazer ou não fazer) pode ser concedida antes de se obter a certeza quanto à existência ou não do direito afirmado pelo autor”, autorizando dessa forma, instauração prévia de uma execução fundada em título instável e provisório, logo, ainda sujeita a revisão judicial. (ALVES E VILELA, 2014, p.13.)

Diferenciando a tutela antecipada da cautelar Alves e Vilela (2014) buscam expor: “[...] a tutela cautelar destina-se a proteger os efeitos úteis da tutela definitiva satisfativa, já a tutela antecipada propicia o gozo imediato daquela e também da cautelar. Pode-se dizer então, que a tutela cautelar é mediata e que a tutela antecipada, é imediata.”

Em que pese os bons argumentos elencados pelos autores, acredito que a natureza da prisão preventiva é realmente cautelar. Em primeiro lugar é perigoso trazer conceitos e institutos do direito processual civil para o processo penal, pois são processos que tratam de bens de relevância diferentes. No campo civil em regra o que se está em disputa são os bens materiais ao passo que na seara penal está à liberdade do indivíduo. Em segundo lugar, tendo visto o exposto pelos autores acredito que a prisão preventiva não tem a finalidade de antecipar uma pena provável, de satisfazer antecipadamente a parte contrária. Muito pelo contrário, o intuito deve ser único e exclusivo de tutelar o processo, de ser um instrumento usado apenas em caso de necessidade, quando a liberdade do acusado possa causar prejuízo ao normal desenvolvimento do processo ou a futura aplicação da lei penal, mas nunca satisfazer antecipadamente uma futura prisão-pena.

Logo acredito que razão assiste à doutrina tradicional ao classificar a prisão preventiva como uma medida cautelar de natureza pessoal, nesses termos segue entendimento do autor Eugênio Pacelli (2017) reforçando a cautelaridade do instituto: “[...] a prisão preventiva revela sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo.”

Concluindo, é importante destacar que não existe no processo penal processo cautelar, conseqüentemente não existe ação cautelar, conforme leciona Lopes Jr.:



Essa questão foi muito bem tratada por TUCCI, que categoricamente refuta a possibilidade de uma ação cautelar, concebendo apenas ações cognitivas e executivas. O que se tem são “medidas cautelares penais”, a serem tomadas no curso da investigação preliminar, do processo de conhecimento e até mesmo do processo de execução. As prisões cautelares, sequestros de bens, hipoteca legal e outras são meras medidas incidentais (ainda que na fase pré-processual, onde se cogitaria de um pseudocaráter preparatório), em que não há o exercício de uma ação específica, que gere um processo cautelar diferente do processo de conhecimento ou que possua uma ação penal autônoma. (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 591)

### 3.2 Momento de decretação e Legitimados

Como já visto quando tratado do princípio da jurisdição, o único que pode decretar a prisão preventiva é o juiz. O art. 311, do CPP, reafirma tal entendimento e traz o rol de legitimados a realizar o pedido da prisão preventiva: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação de autoridade policial.”

Em primeiro lugar o artigo destaca que a prisão preventiva pode ser decretada tanto na fase de investigação quando durante o processo, ou seja, é possível uma prisão preventiva de uma pessoa que nem propriamente é réu ainda, não há nenhum processo em curso. Exatamente por não ter processo em curso e visando não ferir o princípio da inércia da jurisdição e da imparcialidade da figura do julgador que o CPP não permite que o magistrado decreto prisões preventivas de ofício no curso da investigação.

Badaró critica essa possibilidade de decretação dessa medida cautelar no curso do inquérito policial, por acreditar que o instituto das prisões temporárias são mais adequadas nesse momento:

Tal sistemática poderia ser adequada no regime originário do CPP em que não existia a prisão temporária, que somente é cabível durante o inquérito policial, e tem requisitos mais tênues que os da prisão preventiva, não tem mais sentido, diante de uma interpretação sistemática, a decretação da prisão preventiva no curso do inquérito policial. (BADARÓ, 2016, p. 1022)

Nucci também corrobora tal crítica, entendendo que a prisão temporária é o instituto mais adequado. Destacando que em sua opinião, só seria apropriada a prisão preventiva em sede de inquérito em casos muito excepcionais:

Se não cabe, por exemplo, prisão temporária para o caso de incêndio, porque a Lei 7.960/89 não o arrola dentre os delitos que comportam a medida (art.1º, III), teria sentido decretar a prisão preventiva? Somente em caráter excepcional, como poderia ocorrer se estivéssemos cuidando de indiciado com inúmeros antecedentes e imputação da prática de vários crimes contra a incolumidade pública, não merecedor da liberdade, pois coloca em risco a ordem pública. Mas, essa situação, repita-se, é incomum, de modo que a preventiva se tornou escassa durante a fase do inquérito. (NUCCI, 2015, p. 549)

Para Badaró (2016, p. 1022) se já existem indícios suficientes de autoria e materialidade para decretação da prisão preventiva, conseqüentemente a justa causa para a ação penal também existirá. O autor adverte que com o advento da Lei 12.403/2011 a prisão em flagrante virou medida pré-cauteladora não sendo possível converter a mesma em prisão temporária, apenas em prisão preventiva, caso seja necessária a medida mais extrema. Contudo, mesmo com esses novos parâmetros, para o autor a questão da justa causa se mantém não se justificando a não instauração da ação penal.

Além de poder ser decretada no curso da investigação, também é possível no curso do processo advertindo Lopes Jr. (2015, p. 632) que poder ser decretada até mesmo na fase recursal. Contudo, a maior diferença entre as duas possibilidades é que no curso do processo é possível a decretação até mesmo de ofício pelo juiz. Isso logicamente gera críticas como a de Aury Lopes Jr.:

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando - de ofício - a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do inquisidor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e o outro de inércia. (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 633)

De fato razão existe ao autor, visto que dar ao juiz a possibilidade de decretar prisões preventivas sem a provocação de nenhum interessado gera uma total quebra da imparcialidade, visto que o magistrado sai da sua função de inerte, de julgador, para tomar ação de um acusador. Para garantir todas as garantias do indivíduo e o papel de julgador imparcial do magistrado, seria melhor não permitir atuação de ofício do juiz em tais medidas. Nesse sentido também são as palavras de Badaró, acreditando que o juiz não deveria ser impedido de decretar essa prisão cautelar apenas na fase de inquérito policial:

A mudança, contudo, deveria ser mais ampla, impedindo, também, que no curso do processo o juiz pudesse decretar a prisão preventiva de ofício. Ainda que em tal momento já haja denúncia ou queixa, mesmo assim o risco de perda da imparcialidade é muito grande, sendo melhor impedir totalmente tal possibilidade. (BADARÓ, 2016, p. 1023)

Além da possibilidade do juiz decretar de ofício, o art. 311, do CPP, demonstra o rol de legitimados para pedir tal medida. Em primeiro lugar, obviamente se encontra o Ministério Público, parte de acusação por excelência, além do Ministério Público existe a possibilidade de representação da autoridade policial competente. Esses dois primeiros não geram muitas controvérsias. O código permite tal pedido também ao querelante e ao assistente de acusação e nesse ponto residem certas críticas.

Para Lopes Jr. (2015, p. 632) a prisão preventiva é incompatível com os crimes em que cabe ação penal privada, visto que o art. 311, I, do CPP, exige crime doloso com pena máxima superior a 4 anos. Logo para o autor querelante só tem um significado:

Então que querelante é esse? Pensamos que só pode ser o querelante de ação penal privada subsidiária da pública (art.29 do CPP), em que a situação do querelante é similar àquela ocupada pelo Ministério Público (que por inércia não está ali), podendo perfeitamente requerer a prisão preventiva, demonstrando seus fundamentos. (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 632)

Já Badaró, que não vê problemas na solicitação da prisão preventiva pelo querelante nos crimes de ação penal privada, vê como errada a inclusão do assistente de acusação no rol de legitimados:

Por outro lado, com a alteração do art. 311, promovida pela Lei 12.403/2011, o assistente de acusação também passou a ter legitimidade para requerer a prisão preventiva. Tal previsão é incompatível com o papel de parte secundária ou *ad coadjuvandum* do assistente. Somente a parte acusadora, isto é, o Ministério Público na ação penal pública, ou o querelante, na ação penal privada, podem promover a utilidade e eficácia. Poder-se-ia chegar ao cúmulo de o Ministério Público, isto é, a parte principal, ser contrário à prisão, mas o assistente, a parte secundária e subordinada ao interesse daquela, requerer a prisão! (BADARÓ, 2016, p. 1023)

No que pese as críticas, ambas muito bem fundamentadas, o art. 311 mantém tal redação, sendo ainda esse o rol de legitimados. Com isso, se conclui o estudo do momento da decretação e os legitimados a pedir tal medida.

### 3.3 Requisitos e fundamentos da prisão preventiva: uma análise doutrinária do art. 312, do CPP

Grande parte da doutrina afirma que os requisitos da prisão preventiva se encontram no art. 312, do CPP, que seriam o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. O primeiro significaria “A aparência do delito” (PACELLI, 2017, p. 565), “fumaça da existência de um crime” (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 634), e está consubstanciado nas palavras do CPP na: “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”, ou seja, o primeiro requisito necessário para que se decrete uma prisão preventiva é que existam provas de que foi cometido um crime e mais que hajam indícios suficiente de autoria, provas que apontem para um provável autor. Tal necessidade é de máxima importância, visto que inconcebível prender alguém presumidamente inocente por um fato que não se sabe se existiu ou se é crime, e muito menos quando não existem indícios apontando para uma pessoa específica.

Nucci lecionando sobre a prova da existência do crime afirma:

A prova da existência do crime é a certeza de que ocorreu uma infração penal, não se podendo determinar o recolhimento cautelar de uma pessoa, presumidamente inocente, quando há séria dúvida quanto à própria existência desse evento típico. Essa prova, no entanto, não precisa ser feita, mormente na fase probatória, de modo definitivo e fundada em laudos periciais. Admite-se que haja a certeza da morte de alguém (no caso de homicídio, por exemplo), porque as testemunhas ouvidas no inquérito assim afirmaram, bem como houve a juntada da certidão de óbito nos autos. O laudo necroscópico posteriormente pode ser apresentado. (NUCCI, 2015, p. 552)

Badaró segue a linha de raciocínio de Nucci, afirmando também a necessidade de prova, não mera probabilidade:

[...] Quanto à existência do crime, ou seja, a materialidade delitiva, é necessário que haja “prova”, isto é, certeza de que o fato existiu. Neste ponto, há uma exceção ao regime normal das medidas cautelares, na medida em que para a caracterização do *fumus boni iuris* há determinados fatos sobre os quais o juiz deve ter certeza, não bastando à mera probabilidade. (BADARÓ, 2016, p.1024-1025)

O autor se refere à *fumus boni iuris*, que é conceito ligado ao direito civil, onde aqui denominamos *fumus commissi delicti*. Feita essa explicação, de fato ambos os autores demonstram que a prova da existência do crime foge um pouco da sistemática das cautelares, visto que trata-se de prisão cautelar, com o fito de proteger o processo, podendo ser decretada até mesmo antes do processo ser instaurado, tendo obviamente

muito vezes pouco conteúdo probatório. Contudo, tal lógica se justifica pela gravidade da medida, visto que se estará privando a liberdade do indivíduo, portanto medida tão drástica não pode ser imposta com meras ilações.

Aury Lopes Jr.(2015, p.634), também reconhecendo a gravidade da medida aponta que não pode ser decretada com meras suposições, contudo, o autor também acredita que nesse momento não é exigida a certeza da existência do crime para que se decrete a prisão preventiva, na verdade se exige uma probabilidade real:

*O fumus commissi delicti* exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapaixonado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto. (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 634)

Lopes Jr.(2015, p. 634 – 635), vai além e, citando Carnelutti, diferencia possibilidade de probabilidade. Possibilidade seria quando não houvesse predomínio nem das razões positivas nem negativas da ocorrência do crime, e para o Autor o recebimento denúncia ou queixa pode ser feito com um juízo de possibilidade. Já probabilidade, seriam as circunstâncias que afirmam a ocorrência do crime serem maiores que a neguem, ou seja, é mais provável que tenha ocorrido o crime alegado. E para a decretação de medida tão drástica quanto à prisão preventiva, é necessário um juízo mais forte, logo de probabilidade para o autor.

Já o segundo elemento da fumaça do crime, é o indício suficiente de autoria, ou seja, que hajam provas, indícios que apontem para o acusado/indiciado como autor do crime, e nesse mesmo sentido leciona o autor Guilherme de Sousa Nucci (2015, p. 552): “O indício suficiente de autoria é a suspeita fundada de que o indiciado ou réu é o autor da infração penal. Não é exigida prova plena da culpa, pois isso é inviável num juízo meramente cautelar, feito como regra, muito antes do julgamento de mérito”.

O próprio CPP quando escolheu usar a expressão “indício” deixou claro que não se trata de certeza científica, contudo não pode ser baseado apenas em meras ilações, sendo necessário um mínimo probatório. Nesse viés são as palavras de Badaró:

[...] quanto à autoria delitiva, não se exige que o juiz tenha certeza da autoria, bastando que haja elementos probatórios que permitam afirmar, no momento da decisão, a existência de “indício suficiente”, isto é, a probabilidade de autoria. Cabe destacar que neste ponto, a

expressão indício foi utilizada no sentido de uma simples “prova leve” ou uma prova semiplena de autoria. (BADARÓ, 2016, p. 1025)

Nucci (2015, p. 553) afirma que indícios são provas indiretas conforme o art. 239, do CPP, ou seja, através de um fato que chega ao conhecimento do juiz, o mesmo através de indução chega a outro fato de maior amplitude. O autor afirma que os indícios devem ser suficientes, ou seja, sólidos, porque está se prendendo de maneira prematura alguém que é presumidamente inocente.

Já o outro requisito apontado por grande parte da doutrina é o *periculum libertatis*, que significa o perigo que a liberdade do indivíduo pode causar ao processo. Como afirma Lopes Jr. (2015, p. 590), para quem o *periculum libertatis* não é requisito e sim fundamento das prisões preventivas: “O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo.”

Logo para que haja a decretação da prisão preventiva, além da fumaça da existência de um crime é necessário que o fato do acusado/indiciado estar em liberdade signifique um grave risco ao regular andamento do processo ou a eficácia da lei penal.<sup>1</sup> Ele se encontra consubstanciado no art. 312, do CPP, mais especificamente nas expressões: “[...] garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal [...]”. Cada uma desses fundamentos da prisão preventiva serão estudados mais a fundo no próximo item.

Por fim, cabe salientar, que grande parte da doutrina utiliza o termo *periculum in mora* (perigo da demora) para designar o que aqui foi chamado de *periculum libertatis*, e *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) para designar o *fumus commissi delicti*. Isto se dá pela confusão que muitas vezes é feita entre os institutos do processo civil e do processo penal. Sendo de fato o processo civil uma norma subsidiária de diversas outras normas processuais, muitas vezes emprestando seus institutos e termos para resolver problemas em outros campos processuais, acredito que nessa matéria não é adequada. Nesse exato sentido leciona Lopes Jr. (2015, p. 589), entendendo ser semanticamente incorreto alegar como requisitos da prisão preventiva a “fumaça do bom direito” e o risco ligado à demora. O autor destaca a necessidade de se respeitar as peculiaridades do processo penal: “O equívoco consiste em buscar a aplicação literal da doutrina

<sup>1</sup> Evidente que em nosso entendimento de *periculum libertatis* o risco a ordem pública e a ordem econômica apesar de estarem no CPP, não se encaixam como fundamentos idôneos para a decretação da medida, já que não representam nenhum dos riscos apresentados. Tais críticas serão detalhadamente expostas nos itens 3.4.1 e 3.4.2

processual civil ao processo penal, exatamente em um ponto em que devemos respeitar as categorias jurídicas próprias do processo penal, pois não é possível tal analogia”

Razão assiste ao autor, visto que não é possível que se alegue um “bom direito” para prender alguém, muito pelo contrário, no campo penal a prisão se justifica justamente porque alguém transgrediu as normas jurídicas, alguém atentou contra o “bom direito”. No campo civilista tal expressão se adéqua perfeitamente para demonstrar o direito de uma parte, contudo, no campo processual penal, melhor é usar a expressão *fumus commissi delicti* que como já demonstrada é a aparência da existência de um crime.

A utilização de *periculum in mora* também é criticável, visto que a mesma tem um sentido de que a demora do processo pode gerar um dano irreversível, fazendo com que muitas vezes a coisa litigiosa sofra deteriorações ou pereça, frustrando todo o andamento do processo. Contudo no processo penal como leciona Loper Jr. (2015 p. 590) “O perigo não brota do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto.” A demora do andamento processual não justifica a prisão cautelar, e sim o perigo que o indivíduo em liberdade pode gerar ao processo e conseqüentemente à aplicação da lei penal.

Corroborando tal entendimento são as palavras de Lopes Jr.:

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 da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo. (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 590)

Com todo exposto fica claro que para o melhor entendimento e aplicação do instituto da prisão preventiva é de boa praxe utilizar os termos *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* quando quiser se falar do requisito e do fundamento de aplicação dessa medida respectivamente. Deixando, conseqüentemente, de lado as expressões puramente civilistas que não se encaixam perfeitamente nessa situação.

### 3.4 *Periculum Libertatis*: Fundamentos de aplicação da prisão preventiva

O *periculum libertatis* está positivado no art. 312, do CPP: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, de 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. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, parágrafo 4º)”

Logo as hipóteses que demonstram o perigo gerado pelo estado de liberdade do indivíduo ao processo são: garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal. Neste item será estudado cada um dos fundamentos dessa medida cautelar.

#### 3.4.1 Garantia da ordem pública

A primeira hipótese é ligada a garantia da ordem pública, sem sombra de dúvidas é a que gera mais polêmica devida a sua definição vaga e abstrata, Pacelli assim leciona:

A expressão garantia da ordem pública, todavia, é de difícil definição. Pode prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, no ponto em que se arrima na noção de ordem, e pública, sem qualquer referência ao que seja efetivamente desordem. (PACELLI, 2017, p. 568)

Exatamente por reinar essa indefinição muitos doutrinadores alegam que quase tudo pode ser encaixado em garantia da ordem pública, fazendo com que se decretem medidas cautelares muitas vezes sem nenhum caráter cautelar. Contudo buscando um padrão na aplicação desse fundamento alguns autores demonstram como são utilizados na maioria das vezes. Assim são as palavras de Badaró:

[...] A jurisprudência tem se valido das mais diversas situações reconduzíveis à garantia da ordem pública: “comoção social”, “periculosidade do réu”, “perversão do crime”, “insensibilidade moral do acusado”, “credibilidade da justiça”, “clamor público”, “repercussão na mídia”, “prevenção da integridade física do indiciado”. Tudo cabe na prisão para garantia da ordem pública. (BADARÓ, 2016, p. 1027)

Pacelli também demonstra a falta de definição jurisprudencial, mas na mesma linha ilustra as conceituações mais usadas:



No Brasil, a jurisprudência, ao longo desses anos, tem se mostrado ainda um pouco vacilante, embora já dê sinais de ter optado pelo entendimento da noção de ordem pública como risco ponderável da repetição da ação delituosa objeto do processo, acompanhado do exame acerca da gravidade do fato e de sua repercussão. A Lei nº 12.403/11 parece ter aceitado essa realidade, prevendo algumas hipóteses de decretação de medidas cautelares para evitar a prática de infrações penais, conforme se vê do art. 282, I, CPP. (PACELLI, 2017, p. 568-569)

De todas as definições uma coisa transparece, nenhuma delas tem intuito de tutelar o processo. E daí se extraem as maiores discussões doutrinárias, pois muitos acreditam que por não ter finalidade cautelar não poderia ser aplicada, visto que a prisão imposta antes da concretização da culpa só pode se dar para fins cautelares. Outros já alegam que não é possível se prender ao formalismo da lei e fechar os olhos para realidade social, demonstrando que há casos em que necessário é restringir a liberdade do indivíduo a título de ordem pública.

Badaró que faz ferrenhas críticas a esse fundamento, alegando sua falta de caráter cautelar:

Quando se prende para “garantir a ordem pública”, não se está buscando a conservação de uma situação de fato necessária para assegurar a utilidade e a eficácia de um futuro provimento condenatório. Ao contrário, o que se está pretendendo é antecipação de alguns efeitos práticos da condenação penal. No caso, privar o acusado de sua liberdade, ainda que juridicamente tal situação não seja definitiva, mas provisória, é uma forma de tutela antecipada, que propicia uma execução penal antecipada. (BADARÓ, 2016, p. 1028)

Sem sombra de dúvidas, como já visto, antecipar a execução penal, usar a prisão preventiva como pena antecipada é manifestamente inconstitucional, visto que afronta diretamente o princípio da presunção de inocência. Muito clara fica a afronta a esse princípio quando se usa a expressão “periculosidade do acusado”, já que se estaria partindo do pressuposto que o indivíduo se permanecer em liberdade irá cometer novos crimes, ou seja, se faz um juízo de culpa não só para o caso julgado, mas para fatos futuros, se prende porque o indivíduo, se em liberdade, irá praticar atividades criminosas.

Notadamente afronta o princípio da presunção de inocência punir alguém, pela possibilidade de fatos futuros notadamente incertos. Outra definição passível de críticas é a ligada a “gravidade do delito”, Badaró (2016, p. 1029) leciona que os tribunais em regra não têm aceitado a decretação dessa prisão provisória apenas com esse

fundamento, nem mesmo para caso de crimes hediondos. Notadamente nada mais certo, visto que com a gravidade do delito quem tem que se preocupar em estipular penas mais graves é o legislativo, não é possível que só porque alguém foi acusado por um homicídio, por exemplo, ele já tenha que ser preso preventivamente, pois a acusação de crime grave já configuraria por si só uma culpa antecipada, incompatível novamente com a presunção de inocência.

Já Pacelli (2017, p. 569), em sentido oposto, tratando do tema, acredita que em certos momentos, de extrema excepcionalidade, a presunção de inocência deve ser flexibilizada quando em confronto de bens de mesma relevância. E demonstra o exemplo de utilização da prisão preventiva com fundamento na ordem pública baseado na gravidade abstrata do delito:

Com efeito, haverá, como já houve, situações em que a gravidade do crime praticado, revelada não só pela pena abstratamente cominada ao tipo, mas também pelos meios de execução, quando presentes a barbárie e o desprezo pelo valor ou bem jurídico atingido, reclame uma providência imediata do Poder Público, sob pena de se pôr em risco até mesmo a legitimidade do exercício da jurisdição penal. Muitas vezes, ou melhor, na maioria destes crimes, o seu autor assume a autoria do crime e nem sempre em situação que se possa identificar, de pronto, o risco de tortura ou de qualquer outra legalidade da obtenção da confissão. (PACELLI, 2017, p. 569)

Luciano Anderson de Sousa (2012), em artigo tratando da prisão preventiva de Elize Araújo Kitano Matsunaga, demonstra a aplicação da prisão preventiva sobre o argumento da gravidade abstrata do delito. No caso em questão a acusada era ré primária de bons antecedentes, possuía residência fixa, ocupação lícita e era acusada de ter assassinado o marido, esquartejá-lo e dispersar as partes por lugares diferentes.

O autor salienta que a acusada tentou fugir, mas desistiu voluntariamente e confessou o crime, logo não podendo ser alegado risco de fuga, já que a mesma demonstrou comprometimento com o processo e sentimento de culpa. Contudo, o acórdão que decretou a prisão preventiva utilizou como fundamento principal a ordem pública, por conta da gravidade do delito, alegando que foi um crime brutal e perverso e que nem todas as condições favoráveis da acusada poderiam ser levadas em consideração em face da brutalidade do crime.

Consequentemente o autor demonstra a ilegalidade da prisão, já que toma contornos de pena antecipada, o que é vedado em sede de prisão preventiva. Ainda

advertiu que a mídia nesse caso como em muitos outros teve relevante influência na decretação da prisão preventiva, visto que muitas vezes acaba criando uma “opinião popular” que “precisa” ser satisfeita:

Tudo isso é por demais importante na análise da hipótese concreta trazida pelo presente acórdão. Seria absolutamente ingênuo imaginar que um julgador de uma situação como a em foco, apesar de apenas se referir à mídia ao descrever as alegações do impetrante, não se visse em alguma medida subjetivamente influenciado por ela. Muito dificilmente. Com isso quer-se expressamente dizer apenas que nos casos de repercussão as decisões judiciais muitas vezes revestem-se de caráter de “satisfação à sociedade”, supostamente representada pela mídia, pois haveria maior sensação de insegurança ou questionamentos quanto às decisões dos Tribunais se uma medida favorável à defesa fosse adotada. Trata-se da suposta eficiência tolhendo o garantismo, como se contrapostos fossem. (SOUSA, 2012, p. 6)

Lopes Jr. exatamente nesse sentido do papel da mídia na decretação da prisão preventiva faz duras críticas à expressão “clamor público”:

O clamor público, tão usado para fundamentar a prisão preventiva, acaba se confundindo com a opinião pública, ou melhor, com a opinião “publicada”. Há que se atentar para uma interessante manobra feita rotineiramente: explora-se, midiaticamente, um determinado fato (uma das muitas “operações” com nomes sedutores, o que não deixa de ser uma interessante manobra de marketing policial), muitas vezes com proposital vazamento das informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão (a conhecida teoria do agendamento). (LOPES JÚNIOR, 2015, p.648)

Lopes Jr. (2015, p. 648-649), ainda fazendo críticas à prisão preventiva decretada sob esse fundamento deixa claro que essa medida cautelar não serve para satisfazer o sentimento de vingança da sociedade, não é ela medida adequada para antecipar a pena, sua função é meramente cautelar. E vai além, demonstra que muitas vezes o suposto clamor público, a revolta popular, o sentimento de injustiça gerado pelo crime, são muitas vezes provocados pela mídia, ou seja, o que seria um sentimento de justiça, uma revolta gerada no interior de cada cidadão, na verdade foi algo manipulado, inserido pela mídia.

Logo, fica evidente que não é a função da prisão preventiva acalmar a sociedade, satisfazer o desejo de vingança da população. Muito menos quando esse desejo foi provocado por agentes externos. O objetivo dessa prisão provisória é só um, qual seja,

assegurar a aplicação da lei penal, e não aplicá-la antecipadamente, sobre o discurso de instabilidade social criada pelo crime.

Badaró adverte que não tem sido aceita a decretação da prisão preventiva sob o fundamento de clamor público:

Também não tem sido aceita a identificação “ordem pública” com o “clamor público”, pois este era requisito apenas para que não se concedesse a liberdade provisória (CPP, art. 323, V, em sua redação anterior) – “nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público” – mas não é fundamento para a decretação da prisão preventiva. (BADARÓ, 2016, p. 1029)

Outra maneira que a prisão preventiva para ordem pública é decretada é sobre o argumento de credibilidade da justiça ou das instituições. Sem sombra de dúvidas não vai ser o maior número de prisões cautelares que vai trazer uma credibilidade real para as instituições, pode até ser que passe uma falsa impressão de eficiência, contudo, totalmente desvirtuada do seu fim. Não pode o Estado, para satisfazer o clamor social, a vontade da mídia e conseqüentemente se “promover” lançar mão de prisões preventivas com o único fundamento em credibilidade da justiça. Ou seja, usar das prisões preventivas para silenciar reclamações populares ligadas à demora do judiciário e conseqüente sentimento de impunidade dos criminosos. Não pode ser pautada nisso a prisão preventiva, pois se estará prendendo alguém presumidamente inocente, na qual a regra é liberdade, sob o falso pretexto de que o indivíduo em liberdade enfraquece a credibilidade da justiça.

O que se está pregando não é a impunidade do culpado, o mesmo deve sim responder por seus atos e, se realmente culpado, sofrer a pena devida, Só que tudo isso após o devido processo legal, não pode se antecipar a pena de ninguém sobre o argumento de que a liberdade do indivíduo enfraquece a força Estatal. Lopes Júnior demonstra o entendimento da prisão nesse sentido:

Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá a credibilidade. A prisão seria um antídoto para omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor. (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 637)

Como já exposto inconcebível se utilizar da prisão preventiva para cobrir omissões e falha estatais, não pode o indivíduo pagar por erros do Estado, a função da prisão preventiva, reafirmasse, nunca é antecipar a pena e sim tutelar o processo.

Por fim, a prisão preventiva para garantia da ordem pública, baseada na proteção da integridade física do acusado, visto que por conta do suposto fato praticado pode sofrer represálias da população, como linchamento, espancamento ou até mesmo ser morto. De fato trata-se de fundamento inidôneo, visto que a prisão tem o fito de afastar o indivíduo do convívio social e retirar sua liberdade, pois a mesma causa risco a população (prisão-pena), ou porque causa risco ao processo (prisão cautelar), nunca pode ser usada com a finalidade de proteger o acusado/indiciado. São notórias as condições precárias de nossas unidades prisionais, logo inconcebível alegar que se está enviando alguém para lá para ser protegido. Não pode o Estado se omitir do seu dever de segurança com seus habitantes, deve protegê-los em situação de liberdade, não é função da prisão servir de abrigo de proteção.

Nesse tom são as críticas feitas por Badaró:

Há casos em que se decretou a prisão preventiva para garantia da ordem pública até mesmo para assegurar a integridade física e a vida do acusado, diante de ameaças de linchamento. Trata-se de evidente abuso e ilegalidade. O Estado falha no seu dever de assegurar a integridade física e a vida de todo e qualquer cidadão, inclusive aquele que está sendo acusado de um delito, e quem paga pelo inadimplemento estatal é o próprio acusado. (BADARÓ, 2016, p. 1029)

Nucci também compartilha das críticas feitas a esse fundamento, acreditando não ser o fundamento da prisão cautelar, assegurar a proteção do indivíduo:

Fator que desautoriza a decretação da prisão preventiva é o argumento de que o agente estará melhor sob a custódia do Estado do que solto nas ruas, onde pode ser objeto da vingança de terceiros, inclusive de parentes da vítima. Cabe ao indiciado ou réu procurar a melhor maneira de se proteger, se for o caso, mas não se pode utilizar a custódia cautelar para esse mister. (NUCCI, 2015, p. 554)

Feitas as devidas críticas, Aury Lopes Jr. (2015, p. 637-638) adverte que tem predominado nos tribunais o entendimento de não ser aceitável a decretação da prisão preventiva sob o pretexto de proteger o acusado/indiciado, visto que incabível a prisão como figura de proteção, como se fosse algo melhor para a segurança do indivíduo.

Com isso concluída está a demonstração dos principais significados usados para a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública. E de todo exposto resta evidente que se trata de expressão demasiadamente aberta, cabendo diversos significados, e acima de tudo nenhum dos significados usualmente empregados apresentam caráter cautelar.

Dessa falta de cautelaridade e significação clara que vem a maioria das críticas, como a de Lopes Jr. (2015, p.648), para quem a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública é manifestamente inconstitucional, visto que a medida cautelar não tem como objetivo definir o mérito, fazer justiça, mas sim proteger o processo, sendo este um instrumento para aplicação da lei penal, daí advém o entendimento de que as medidas cautelares são instrumentos dos instrumentos, ou seja, possuem característica de “instrumentalidade qualificada ou ao quadrado.”

Por isso o autor faz duras críticas a esse fundamento garantia da ordem pública, visto que genérico e utilizado longe de seu fundamento cautelar, lembrando até mesmo períodos de grande autoritarismo da história:

Grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes. (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 648)

Badaró também leciona, usando das palavras de Geraldo Prado, no sentido de inaceitável a utilização da prisão preventiva para garantia da ordem pública, sendo a mesma inconstitucional:

[...] a inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública (e da ordem econômica) não decorre exclusivamente do que ela não é: de não se tratar de medida cautelar. Esta prisão é inconstitucional também pelo que ela é: medida de polícia judicial que antecipa a punição, o castigo, e o faz mais gravemente desvinculada da questão controvertida no processo – se o acusado é penalmente responsável pela conduta que lhe é atribuída – valendo-se do processo como mero veículo ou pretexto para impor privação de liberdade. (apud BADARÓ, 2016, p. 1028-1029)

Felipe Lazzari da Silveira em um artigo criticando o fundamento garantia da ordem pública, também afirma a inconveniência da mesma, visto sua vagueza, afronta ao princípio da presunção da inocência e claro sua inconstitucionalidade por não ter natureza de medida cautelar:

Em suma, podemos afirmar que a prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública sequer possui natureza cautelar. Assim, é substancialmente inconstitucional, uma vez que consiste na utilização de uma medida processual para o cumprimento de atividade relacionada à segurança pública. A prisão preventiva decretada sob esse fundamento tem sua essência em desacordo com a função designada às cautelares no processo, ou seja, carece completamente de legalidade, sendo que a banalização da aplicação da medida nestes moldes remonta ao que aconteceu no passado, mais precisamente nos Estados autoritários e totalitários do século XX. (SILVEIRA, 2015, p. 15-16)

Em sentido oposto leciona Nucci, acreditando ser um fundamento válido a garantia da ordem pública, demonstrando quando pode ser utilizada:

A garantia da ordem pública pode ser visualizada por vários fatores, dentre os quais: gravidade concreta da infração + repercussão social + periculosidade do agente. Um simples estelionato, por exemplo, cometido por pessoa primária, sem antecedentes, não justifica histeria, nem abalo à ordem, mas um latrocínio repercute negativamente no seio social, demonstrando que as pessoas honestas podem ser atingidas, a qualquer tempo, pela perda da vida, diante de um agente interessado no seu patrimônio, elementos geradores, por certo, de intranquilidade. (NUCCI, 2015, p. 553)

Nucci (2015, p. 553-554) afirma que a união desse trinômio: gravidade do crime, repercussão social e periculosidade do agente, legitimam a aplicação da prisão preventiva. Contudo, afirma que não necessariamente precisam estar presentes os três para a decretação a preventiva sobre esse fundamento, devendo o juiz ao analisar buscar pelo menos a formação de um binômio para legitimada estar a prisão preventiva. Além disso, afirma o autor que ao contrário do que já afirmamos a prisão preventiva para garantia da ordem pública é sim importante para a credibilidade da justiça.

Já Pacelli (2017, p.569-570) se encontra em um meio termo entre as opiniões expostas, ele acredita que a prisão preventiva para garantia da ordem pública pode sim ser aplicada, contudo, apenas para situações extremamente excepcionais quando estiverem em jogo bens extremamente relevantes. Reconhece a vagueza da expressão, sua inconveniência, e por isso devem ser tomados todos os cuidados na sua aplicação.

Mas visto o grau da intolerância que hoje se vê, com desrespeitos enormes pelo ser humano, não pode ser negado a todo custo a sua aplicação.

Com todo o exposto e mesmo com a boa sustentação de Nucci e Pacelli, acredito que razão assiste a Lopes Jr. e Badaró para quem a prisão preventiva para garantia da ordem pública é inconstitucional, visto não possuir nenhuma base cautelar e ser extremamente genérica. Logo para evitar a aplicação desse fundamento pelos nossos magistrados, o melhor seria ser retirada do art. 312, do CPP, essa possibilidade.

### 3.4.2 Garantia da ordem econômica

Segundo fundamento exposto no art. 312, do CPP, também é passível de muitas críticas, na sua grande maioria pela doutrina acreditar que a ordem econômica já estaria incluída na ordem pública, sendo espécie da mesma, por conta disso recebe muitas críticas ligada a sua inconveniência e inconstitucionalidade.

Lopes Jr. explica sua conceituação e quando foi inserida no CPP:

[...] tal fundamento foi inserido no art. 312 do CPP por força da Lei n. 8.884/94, Lei antitruste, para o fim de tutelar o risco decorrente daquelas condutas que, levadas a cabo pelo agente, afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras vultosas, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores. (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 638)

Destarte, a prisão preventiva é decretada nesse caso, basicamente pela possibilidade de reiteração da atividade criminosa, o que viola mais uma vez o princípio da presunção de inocência, pela grande lesão financeira gerada, ou mais uma vez pela credibilidade das instituições, conforme corrobora Gustavo Henrique Badaró (2016, p. 1031): “A prisão para garantia da ordem econômica tem sido identificada com situações de crimes que envolvem vultosos golpes no mercado financeiro, abalando a credibilidade da ordem econômica ou do sistema financeiro.” Basicamente uma reprodução, mais ligada à parte econômica obviamente, da ordem pública, portanto a maioria das críticas feitas àquela se encaixam aqui.

Com relação à magnitude da lesão precisas são as palavras de Pacelli:



Parece-nos, contudo, que a magnitude da lesão não seria amenizada e nem diminuídos os seus efeitos com a simples prisão preventiva de seu suposto autor. Se o risco é contra a ordem econômica, a medida cautelar mais adequada seria o sequestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração. Parece-nos que é dessa maneira que se poderia melhor tutelar a ordem financeira, em que há sempre o risco de perdas econômicas generalizadas. (PACELLI, 2017, p.568)

De fato assiste razão ao autor, já que, de nada adiantaria para amenizar a magnitude da lesão causada à restrição de liberdade do suposto autor. Realmente o que poderia surtir efeito e tutelar o processo seria atacar os bens do acusado/indiciado, podendo dessa maneira, sendo confirmada a culpa, amenizar os estragos possivelmente causados. Lopes Jr. (2015, p. 651-652) também acredita que de nada adianta privar a liberdade do indivíduo, sendo muita mais eficiente às medidas cautelares reais, criando um engessamento financeiro dos criminosos. E se a finalidade é evitar negócios fraudulentos e que aconteça especulação financeira, deve se sancionar a pessoa jurídica administrativamente, com punições comerciais, mas de maneira alguma pela prisão preventiva.

Nessa linha de crítica são as palavras de Badaró:

De se lembrar, ainda, que nos crimes contra o sistema financeiro, definidos na Lei 7.492/1986, além dos requisitos previstos no art. 312 do CPP, há ainda outro fundamento legal para a decretação da prisão preventiva, qual seja a “magnitude da lesão causada” (art. 30). Tal critério, contudo, é inconstitucional por não ter natureza cautelar. Aliás, se a magnitude da lesão causada ao bem penalmente tutelado guardasse natureza cautelar, certamente seria aplicável a todo e qualquer delito. E, nesse caso, por exemplo, em um crime de homicídio, a “magnitude da lesão causada”, isto é, a morte, sempre justificaria a prisão. Ao mais, diante da clara previsão das necessidades de toda e qualquer prisão cautelar, na nova regra do art. 282, caput, I, do CPP, a magnitude da lesão não se enquadra em qualquer delas: não é cautelar instrumental nem final, e também não pode ser considerado um dos “casos expressamente previstos” em que a prisão é decretada “para evitar a prática de infrações penais.” (BADARÓ, 2016, p. 1032)

Com relação à possibilidade de evitar novas ações criminosas, como já exposto quando criticada a garantia da ordem pública, isso fere frontalmente o princípio da presunção de inocência pois se está punindo alguém pela possibilidade de eventos futuros. Pacelli (2017, p. 568) acredita que se for utilizar esse quesito de repetição criminosa, desnecessária a garantia da ordem econômica, visto que o mesmo já se encontra na ordem pública. Mesmo assim para evitar repetição criminosa acredita que

atuar sobre o patrimônio de imputado é muito mais eficaz, visto que o que se quer proteger é a ordem econômica.

Badaró (2016) e Lopes Jr. (2015), alegam que a decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem econômica é manifestamente inconstitucional, pois se trata de antecipação de pena não possuindo nenhum caráter cautelar, não podendo, portanto, ser admitida. Pacelli (2017) apesar de não alegar a sua inconstitucionalidade é contra a sua aplicação, acreditando já estar incluída na garantia da ordem pública, e acima de tudo seria muito mais eficiente para garantir a ordem econômica atacar o patrimônio do indivíduo do que a liberdade.

Em sentido oposto Nucci defende a aplicação da garantia da ordem econômica, para quem a prisão preventiva dos criminosos que atingem a ordem econômica traz uma sensação de justiça e credibilidade ao judiciário:

Não é possível permitir a liberdade de quem retirou e desviou enorme quantia dos cofres públicos, para a satisfação de suas necessidades pessoais, em detrimento de muitos, pois o abalo à credibilidade da Justiça é evidente. Se a sociedade teme o assaltante ou o esturador, igualmente tem apresentado temor em relação ao criminoso do colarinho branco. Note-se o disposto no art. 30 da Lei 7.492/86: “Sem prejuízo do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta Lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada (...) (grifamos), o que demonstra que em delitos contra a ordem econômico-financeira, torna-se relevante o dano provocado pelo criminoso, que, efetivamente, causa repugnância ao resto da população. (NUCCI, 2015, p. 555)

Em que pesem as palavras do ilustre autor, é necessário discordar. De fato o criminoso que retirou e desviou grandes quantias públicas deve ser punido e se for o caso privado de sua liberdade. Mas através da prisão definitiva, não com a prisão cautelar, não é esse o fundamento dessa medida. Como já vista a prisão preventiva nunca pode ser usada como pena antecipada, não pode ser ela usada para satisfazer um sentimento de vingança social. Sua natureza é de medida cautelar, visa assegurar o normal desenvolvimento do processo, para que a lei penal possa ser devidamente aplicada.

Logo, acredito que razão assiste aos demais autores citados, sendo a fundamentação da prisão preventiva na garantia da ordem econômica extremamente inconveniente, se não até inconstitucional.

### 3.4.3 Conveniência da instrução criminal

Ao contrário das anteriores, a prisão preventiva pautada na conveniência da instrução criminal não gera maiores debates. Isto se dá porque ela se coaduna com a natureza cautelar dessa prisão provisória. Seu sentido é de tutelar as provas do processo, garantir que ele se desenrole perfeitamente. Logo, busca evitar que o imputado constranja as testemunhas, subtraia e destrua prova.

Evidente está que se trata de fundamentação idônea, revelando o caráter cautelar das prisões preventivas. Nessa linha assevera Badaró o caráter instrumental da medida quando aplicada com base nesse fundamento:

Trata-se de prisão cautelar instrumental. Sua finalidade não é diretamente assegurar a eficácia do resultado final do processo em si (por exemplo, evitar a fuga que impediria o cumprimento da sentença), mas sim conservar os meios ou instrumentos (provas) para que se possa chegar a tal resultado (sentença condenatória). (BADARÓ, 2016, p. 1032)

Lopes Jr. (2015, p. 638-639) faz críticas ao termo conveniência por ser demasiadamente aberto e discricionário, não sendo compatível essa expressão com o instituto excepcional que é a prisão preventiva. Por isso prefere se referir à tutela da prova, sendo essa uma medida realmente cautelar, visto que visa servir de instrumento ao processo, demonstra que nesse caso a prisão é decretada porque o estado de liberdade do imputado pode trazer reais prejuízos ao desenvolvimento do processo. Exemplifica com a ameaça e constrangimento aos demais personagens do processo, alteração do local do crime, destruição e subtração de documentos, conseqüentemente tumultuando o regular andamento do processo. Por fim, o autor critica o uso da prisão preventiva com esse fundamento, alegando necessidade de prender o imputado para o interrogatório ou para participar de algum ato probatório. A crítica se baseia no fato de que o interrogatório hoje tem o objetivo predominante de defesa pessoal, não sendo lógico prender alguém por esse motivo, no segundo caso prender para obrigar a participar de ato probatório violaria o direito ao silêncio, ou seja, de não produzir prova contra si mesmo. Badaró (2016, p. 1033) corrobora esse entendimento, achando inconcebível prender preventivamente o acusado/indiciado com o fundamento de que o mesmo se negou a colaborar com o processo, visto que se está diretamente violando o direito de não produzir prova contra si mesmo e se é um direito, não pode advir conseqüências negativas pela sua utilização.

A doutrina em sua maioria traz a conceituação acima exposta. Insta salientar o entendimento de Nucci com a reforma feita em 2011 exaltando o caráter excepcional da prisão preventiva:

Com a edição da Lei 12.403/2011, criaram-se novas medidas cautelares, alternativas à prisão preventiva, prevendo-se, como um requisito para a decretação dessas cautelares, a necessidade da investigação ou da instrução criminal. Pode-se pretender a equiparação desse elemento com a conveniência da instrução criminal, própria da preventiva; entretanto, o ideal é considerá-los em diferentes gradações. Conforme o grau e a intensidade da perturbação gerada para a instrução criminal, pode-se escolher entre a medida cautelar (situações mais leves) e a prisão preventiva (casos mais graves). No tocante à investigação criminal, conforme o grau da necessidade, fica o magistrado entre a medida cautelar e prisão temporária, como regra. Se não for cabível a temporária, pode-se decretar a preventiva. (NUCCI, 2015, p. 555-556)

Razão assiste ao autor, visto que a prisão preventiva deveras é medida extrema e só deve ser usada em último caso. Badaró também leciona sobre a reforma de 2011 e a possibilidade de prisão preventiva em fase de investigação policial:

Com a reforma da Lei 12.403/2011, a prisão preventiva enquanto cautela instrumental passou a ser também cabível não só em caso de necessidade para a “instrução criminal”, isto é produção de provas no curso do processo, como também para a “investigação criminal”, ou seja, a colheita de elementos de informação durante o inquérito policial ou outra forma de investigação preliminar. Tal situação poderá ocorrer, por exemplo, quando o juiz, ainda no curso do inquérito policial, converte a prisão em flagrante em prisão preventiva (CPP, art. 310, *caput*, II). (BADARÓ, 2016, p. 1032-1033)

Realmente hoje é possível a decretação da prisão preventiva com esse fundamento na fase ainda policial, contudo deve sempre se observar se a medida é realmente necessária e se não é possível alcançar o objetivo com medidas menos drásticas, obedecendo aos princípios da excepcionalidade e proporcionalidade.

Diante de todo exposto é possível compreender que a prisão preventiva decretada sobre o fundamento da conveniência da instrução criminal desde que devidamente motivada é legal, pois se coaduna com a natureza cautelar e instrumental dessa medida.

### 3.4.4 Assegurar a aplicação da lei penal

Assim como o anterior não levanta maiores discussões na doutrina, tendo seu caráter cautelar reconhecido. Seu objetivo é evitar a fuga do imputado e conseqüentemente a frustração de todo o processo. Visto que de nada adiantaria todo o desenrolar do processo se ao final o possível condenado tivesse fugido. Logo sabendo que a medida cautelar deve ser instrumento do processo, caracterizada está sua cautelaridade, visto que visa garantir a aplicação da lei penal, ou seja, do poder de punir estatal.

Badaró, para quem se trata de uma prisão cautelar final, já que visa garantir a aplicação da lei penal, consolida bem esse entendimento:

A prisão para “assegurar a aplicação da lei penal” é necessária para evitar que diante da prova de fuga do acusado, pelo temor da condenação, venha ser frustrada a futura execução da sanção punitiva. O perigo de fuga ocorre, por exemplo, quando o investigado ou o acusado prepara-se para deixar o seu domicílio, desfaz-se dos bens imóveis, procura obter passaporte, compra passagem aérea para o exterior, ou de outra forma demonstra desejo de empreender viagem não justificada por outro motivo (por exemplo, para lua de mel) ou revela a outrem o propósito de fuga. (BADARÓ, 2016, p. 1033)

Deveras Badaró expõe o entendimento majoritário do significado dessa expressão e seu objetivo, possuindo entendimento no mesmo sentido Lopes Jr. (2015), Pacelli (2017) e Nucci (2015). Realmente não gera maiores discussões o significado da expressão, visto que realmente expressa medida cautelar voltada a garantir que o processo não seja inútil, ou seja, hajam todos os procedimentos, mas no final não venha ser cumprida a decisão estatal.

Mesmo possuindo esse consenso é necessária atenção e devida motivação na aplicação da prisão preventiva sob esse pretexto, não bastando meras ilações como adverte Lopes Jr.:

Não basta invocar a gravidade do delito ou a situação social favorável do réu. É importante o julgador controlar a “projeção” (mecanismo de defesa do ego) para evitar decisões descoladas da realidade fática e atentar para o que realmente está demonstrado nos autos. Explicamos: é bastante comum que alguém, tomando conhecimento de determinado crime praticado por esse ou aquele agente, decida a partir da projeção, isto é, a partir da atribuição do agente daquilo que está sentindo quando se coloca em situação similar. Logo, é comum juízes presumirem a fuga, pois (in)conscientemente, estão se identificando (ficar - idem) com o imputado e, a partir disso, pensam da seguinte

forma: se eu estivesse no lugar dele , tendo praticado esse crime e com as condições econômicas que tenho (ele tem), eu fugiria! Ora, por mais absurdo que isso pareça, é bastante comum e recorrente. A decisão é tomada a partir de ilações (e projeções) do juiz, sem qualquer vínculo com a realidade fática probatória. (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 639)

Sem sombra de dúvidas muito interessante essa análise do autor sobre essas “projeções”, já que muitas vezes no nosso dia, quando estamos de frente com uma situação chamativa fazemos esse trabalho de se colocar no lugar e questionar nosso comportamento diante de tal situação. De fato nossos magistrados por mais competentes que sejam são seres humanos, por isso devem ter redobrada atenção para não deixarem tais projeções influenciarem nas suas decisões, devendo se pautar sempre nos fatos e evidências.

Com relação à mera alegação das condições sociais favoráveis do réu, ou seja, que ele é rico, leciona Pacelli (2017, p. 567), que não é fundamento suficiente para decretação da medida, mesmo sendo mais fácil para uma pessoa nessa situação fugir, não pode ser apenas se baseando na riqueza no imputado a decretação da prisão preventiva, devem existir dados concretos. Badaró (2016, p. 1034), corrobora desse entendimento de que não é possível a decretação sobre a alegação de riqueza do imputado, assim como também não se justifica sobre a alegação de pobreza do mesmo já que em ambos os casos o que estaria ocorrendo seria uma discriminação indevida. Deveras não é possível prender alguém única e exclusivamente se baseando nos bens do imputado, visto que seria um preconceito muito grande e ilegal contra a pessoa que muitas vezes chegou àquela situação de vida com o suor do seu trabalho e por meios lícitos, cabe ressaltar que se está falando de pessoa presumidamente inocente.

Badaró (2016, p. 1034) elenca outros casos onde não é possível fundamentar o temor de fuga do indivíduo. Em primeiro lugar leciona que o fato de o indivíduo morar perto da fronteira por si só não justifica a aplicação da prisão preventiva. Nada mais justo, visto que incabível decretar que alguém sofra medida tão grave com fundamento único e exclusivo na localidade onde o imputado mora. O autor vai além, e afirma que nem o fato do acusado/indiciado já ter fugido justifica por si só a aplicação dessa medida. Por entender que a fuga pode ter se dado para fugir de uma prisão que no seu entendimento é ilegal e contra a qual usara dos meios judiciais para atacar.

Portanto, é possível ver que a aplicação da prisão preventiva sobre o fundamento de assegurar a aplicação da lei penal se coaduna com a natureza cautelar dessa medida, sendo, portanto, constitucional e válida. Contudo, como se tratada de medida drástica é necessária sua devida motivação e demonstração do risco de fuga com base em dados reais. Nunca em meras ilações ou suspeitas vazias.

### 3.4.5 Nova hipótese do parágrafo único do art. 312

A reforma feita pela Lei 12.403/2011 trouxe um extenso rol de medidas cautelares alternativas à prisão (art.319, do CPP), e além delas deixarem claro o caráter excepcional que a prisão preventiva deve ter, só devendo ser aplicada quando não for suficiente nenhuma delas aplicadas isolada ou cumulativamente, positivou uma nova possibilidade de fundamentação da prisão preventiva. Qual seja, a possibilidade de decretação de prisão preventiva em caso de descumprimento de alguma obrigação imposta por força de outra medida cautelar imposta.

Logo o que esse parágrafo único permitiu foi que caso o agente já tivesse sofrido a imposição de alguma dessas medidas cautelares diversas da prisão, sendo então até aquele momento suficiente, e descumprir alguma obrigação imposta por essa medida cautelar estará sujeito à decretação da prisão preventiva. Badaró (2016, p. 1035) acredita que nesse ponto reside a maior diferença dessa fundamentação das demais expostas que permitem à aplicação de plano sem a necessidade de uma anterior medida cautelar. A possibilidade do parágrafo único permite que a prisão preventiva seja utilizada para substituir a medida cautelar anteriormente imposta que para aquele caso se mostrou ineficaz.

Contudo, é necessário cuidado na aplicação dessa hipótese, pois o descumprimento não gera o efeito automático de decretação da prisão preventiva, nesse sentido leciona Lopes Jr.:

[...] mesmo em caso de descumprimento de alguma das condições decorrentes da medida cautelar diversa, é fundamental o juiz atentar para a proporcionalidade no momento da modificação/ revogação, pois, dependendo do caso, a situação pode ser igualmente tutelada sem que se recorra à prisão preventiva. Daí por que deve sempre preferir a cumulação de medidas ou adoção de outra mais grave, reservando a

prisão preventiva como *ultima ratio* do sistema. (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 640)

Razão assiste ao autor, pois a prisão preventiva tem que ser usada apenas como ultima hipótese, quando não existir outro meio suficiente para alcançar o fim cautelar desejado, logo existindo outra medida do art. 319, do CPP que seja eficaz para aquele caso ou mesmo a cumulação de algumas, será melhor do que decretar medida tão drástica como a prisão preventiva.

Badaró (2016, p. 1035-1036) compartilha o entendimento de que a prisão preventiva não pode ser decretada apenas pelo descumprimento, pois não estaria levando em consideração o perigo concreto, para ele o descumprimento de uma medida de pouca restrição não justificaria a aplicação da prisão preventiva, podendo ser substituída por uma mais rígida, ou cumulada a outra, contudo sempre que possível deixando a prisão como ultima hipótese. Além disso, acredita que essa modalidade deve preencher os requisitos impostos a todas as outras fundamentações, dentre eles estar nas hipóteses de aplicação do art. 313, do CPP (que será visto no próximo tópico), pois se não obedecer tais parâmetros pode se criar um caso extremamente desproporcional onde se prenda preventivamente o agente que mesmo se for condenado não sofrerá pena privativa de liberdade. Logicamente as prisões nesses casos não se justificam, visto que a medida será muito mais drástica do que gerará benefícios.

Pacelli também acredita que não se deve de plano com o descumprimento aplicar a prisão preventiva, mas faz algumas ressalvas:

Quando se tratar de descumprimento de medida cautelar, impõe-se o esclarecimento acerca da justificativa – ou não – para o desrespeito à obrigação cautelar, antes da decretação da prisão preventiva, salvo quando se tratar de risco evidente e manifesto à aplicação da lei ou à conveniência da instrução (e da investigação). Em princípio, o descumprimento injustificado da cautelar impostas insinua mesmo situação de maior risco à efetividade do processo. (PACELLI 2017, p. 567)

De fato o descumprimento injustificado de uma obrigação imposta proveniente de medida cautelar, da certa demonstração de maior risco ao processo. Contudo, tal situação pode muitas vezes ser corrigida através da aplicação de uma outra medida cautelar ou até mesmo a cumulação de medidas, reservando-se a prisão preventiva apenas para os casos extremamente necessários, onde não há outra maneira de tutelar o processo.



### 3.5 Circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva: uma análise do art. 313, do CPP

Além da existência de uma das hipóteses do *periculum libertatis* e do *fumus commissi delicti*, também é necessário que o crime se encontre em uma das circunstâncias do art. 313, do CPP, que traz em quais casos a prisão preventiva é permitida, com a seguinte redação: “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 n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; Parágrafo único. 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.”

Logo em uma primeira leitura é possível ver que as hipóteses legitimadoras da prisão preventiva do art. 313, do CPP estão diretamente vinculadas à fundamentação do art. 312, do CPP, ou seja, apenas com a presença dos dois será legal a medida.

Analisando o presente artigo chega-se a conclusão de que a prisão preventiva só é cabível em crimes dolosos. Isso já cria uma limitação na aplicação dessa medida cautelar, visto que afastam do seu campo de incidência os crimes culposos e demais contravenções penais. Badaró (2016), Nucci (2015), e Lopes Júnior (2015), entendem nesse sentido, para eles de fato não teria motivo para prender preventivamente alguém que cometeu crime culposos, nesse sentido as palavras de Nucci:

[...] não tem cabimento recolher, cautelarmente, o agente do delito não intencional, cuja periculosidade é mínima para a sociedade e cujas sanções penais são também de menor proporção, a grande maioria comportando aplicação de penas alternativas à privativa de liberdade. (NUCCI, 2015, p. 557)

Já Pacelli, acredita que a regra é realmente só permitir a decretação da preventiva para crimes dolosos, contudo o autor faz uma ressalva em que acha possível a aplicação da prisão preventiva para crimes culposos em sentido diverso dos autores citados acima:

Há hipóteses de crimes culposos no trânsito em que o autor é mais que reincidente na conduta de direção embriagada produzindo e reproduzindo danos e mortes a terceiros. Em situações como essas, por exemplo, e excepcionalmente, se poderá pensar na imposição de cautelares e até mesmo de prisão preventiva, em último caso. Por quê? Porque nas aludidas circunstâncias será possível a condenação definitiva em pena privativa da liberdade, como resultado final do processo. Nesse caso, excepcional é certo, não haveria desproporção na eventual decretação de preventiva, unicamente como substitutiva de cautelar descumprida. (PACELLI, 2017, p.528)

O autor segue a linha geral de que a regra é a utilização apenas em crimes dolosos, mas no direito, como na vida, nada é exato e sem nenhuma exceção. Por isso acredita diversamente dos doutrinadores supracitados, que nesse caso ilustrado seria possível.

Feita essa ressalva, passamos a analisar os incisos do art. 313, do CPP. O I traz a circunstancia da necessidade de ser crime doloso, com pena privativa de liberdade superior a 4 anos. A questão do dolo já foi bem elucidada, mais o art. traz mais uma circunstância limitadora, qual seja, a necessidade do crime ser punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos. Lopes Jr. (2015, p. 641-642), destaca que faz todo sentido, pois o dispositivo busca harmonia com o art. 44, do CP, que estabelece a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nesses casos. Logo o CPP buscou evitar a aplicação da prisão preventiva a alguém que ao final do processo mesmo que condenado não fosse cumprir pena privativa de liberdade, visto que seria uma desproporcionalidade muito grande. Além disso, o artigo deixa claro que a pena tem que ser superior a quatro anos, logo pena máxima igual a 4 anos não se aplica. Questão problemática seria no caso de concurso de crimes, contudo o autor demonstra a solução encontrada pelos nossos tribunais superiores:

Ainda que os limites de pena sejam completamente distintos, os tribunais superiores já definiram a lógica a ser utilizada em situações similares, ou seja, no caso de concurso material de crimes, somam-se as penas máximas, e no concurso formal ou crime continuado, incide a causa de aumento no máximo e a de diminuição, no mínimo. Em qualquer caso, se a pena máxima obtida for superior a 4 anos, está cumprido este requisito. (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 642)

Já o inciso II, está ligado aos casos de reincidência de crimes dolosos, desde que não passado o período depurador (prazo de 5 anos que retira a possibilidade de levar em conta a reincidência). Nas palavras de Badaró:

Será cabível a prisão preventiva se o acusado for reincidente em crime doloso, ressalvada a chamada “prescrição da reincidência” (inc.II). Isto é, somente será cabível a prisão se o investigado já tiver sido condenado irrecorrivelmente antes por um crime doloso – e não ter transcorrido mais de cinco anos do cumprimento da pena – tornar a praticar outro crime. (BADARÓ, 2016, p. 1036)

Pacelli (2017, p. 572) também leciona no sentido de possibilidade de decretação da prisão preventiva no caso de reincidência, mesmo que isoladamente, ou seja, se o crime tiver pena máxima igual ou inferior a 4 anos.

Já Lopes jr. (2015, p. 642-643) e Nucci (2015, p. 558), entendem que isoladamente esse caso da reincidência não gera efeito nenhum, não deve por si só ser motivo de decretação da prisão preventiva. Aquele acredita que se trata de uma estigmatização indevida, visto que gera uma presunção de culpa contra o reincidente, já este acredita que o fato de ser primário é indiferente que o importante é estarem presentes os requisitos do art. 312, do CPP.

O terceiro inciso tem como objetivo assegurar a execução das medidas protetivas de urgência, nos casos de crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. Como salienta Nucci:

O objetivo da preventiva é assegurar a execução das medidas protetivas de urgência, não se destinando a vigorar por toda a instrução criminal. Exemplo: decreta-se a prisão cautelar do marido, que agrediu a esposa, para que esta possa sair em paz do lar, consolidando-se a separação do casal. Não mais que isso. Afinal, o delito de lesão corporal com violência doméstica prevê pena mínima de três meses detenção (art.129, parágrafo 9.º, do CP), razão pela qual, em função da existência da detração, se o réu ficar detido durante toda a instrução, é possível que cumpra mais tempo detido em cautela do que todo o período de pena que lhe foi fixado. (NUCCI, 2015, p. 558)

O pensamento do autor é acompanhado por Badaró (2016) e Pacelli (2017), até mesmo no tocante a possibilidade de aplicação para crimes com pena igual ou inferior a 4 anos, por acreditarem que as penas superiores já se encontram abarcadas o inciso I. Já Lopes Jr (2015, p. 643-644) pensa de maneira diversa em primeiro lugar o autor acredita que o inciso I do art. 313, é norteador dos demais incisos por isso sempre necessário se tratar de crime doloso com pena máxima superior a 4 anos, ao passo que os outros autores citados acreditam que não há relação de dependência entre os incisos, podendo nos demais se tratar de crimes com penas máximas inferiores ou iguais a 4 anos. Em segundo lugar Lopes Jr. alerta que não se trata de um novo fundamento para decretação da prisão preventiva, pois para tal necessitaria estar no art. 312 e não no art. 313, ambos

do CPP. Vai além e afirma que por mais relevantes os interesses em jogo, a Lei 11.340/2006 que incluiu esse inciso no CPP, é tecnicamente mal elaborada e a própria definição de violência doméstica e familiar contra a mulher é extremamente vaga. Logo para o autor, diversamente dos demais, só é possível aplicar esse inciso se o crime for doloso com pena máxima superior a quatro anos e presentes os requisitos do art. 312, mesmo assim para ele o inciso serviria apenas de reforço à decisão de prisão preventiva.

Por fim, o parágrafo único permite a decretação da prisão preventiva para fins de identificação do imputado, quando houver dúvidas sobre a identidade ou o mesmo não fornecer elementos para esclarecê-la. Lopes Jr. (2015, p. 644) adverte que se deve ter muita cautela na aplicação dessa hipótese, mais uma vez afirmando que a mesma só pode ser aplicada se compatível com o art. 313, inciso I do CPP, ou seja, só pode ser aplicada a prisão preventiva nesses casos se o crime for doloso e com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, Contudo nesse caso específico o autor faz uma ressalva:

Excepcionalmente, atendendo a necessidade do caso, poderia ser decretada essa prisão preventiva quando o agente fosse preso em flagrante por um delito de estelionato (com uso de identidade falsa), falsidade documental ou mesmo falsidade ideológica. São situações em que existe uma dúvida fundada sobre a identidade civil, até mesmo pelas características do delito perpetrado. (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 644)

Essa ressalva faz todo o sentido, visto que são crimes onde a identidade original é ocultada, logo o parágrafo único vai de encontro com essa necessidade de prender para descobrir a identidade civil do autor e o mesmo não sair impune, mesmo se a pena privativa de liberdade máxima seja igual ou menor a quatro anos. Contudo, assim que descoberta a identidade real o mesmo deve ser liberado.

Em sentido oposto estão Badaró (2016) e Pacelli (2017) para os quais a prisão preventiva do parágrafo único pode ser aplica a qualquer crime doloso, sem a limitação de tempo de pena, como regra, entendida por Lopes Jr. As palavras de Badaró ilustram bem esse entendimento, que, no entanto, concorda no sentido de cautela na utilização desse parágrafo único:

Por certo, não se exigirá a conjugação do parágrafo único com uma das hipóteses do *caput* do mesmo art. 313. Se assim o fosse, o dispositivo seria de total inutilidade, pois a hipótese de incidência já decorreria dos incisos do *caput*. Entretanto, ainda que assim o seja, não se pode admitir que a hipótese de incidência do parágrafo único do art. 313 seja interpretada de forma amplíssima a admitir a prisão

em qualquer caso, isto é, por qualquer infração penal, seja crime ou contravenção, seja crime doloso ou culposos, seja punido com reclusão ou detenção, pela simples dúvida sobre a identificação do acusado. Em tal caso, não será cabível a prisão preventiva por falta de proporcionalidade em sentido estrito com a pena que poderá ser aplicada [...]. (BADARÓ, 2016, p. 1038)

Logo é possível ver o comum acordo dos autores no sentido de extrema cautela na utilização da medida nesses casos, sempre se pautando pela excepcionalidade e proporcionalidade. Contudo acredito que a limitação feita por Lopes Jr., com as devidas ressalvas feitas pelo mesmo, são mais adequadas para o instituto da prisão preventiva.

Importa salientar que Lopes Jr (2015, p. 645), afirma que esse parágrafo único deve ser interpretado em conjunto com a Lei 12.037/2009 que regula a identificação criminal. Para o Autor se o agente estiver identificado civilmente por qualquer dos documentos que a Lei atesta tal qualidade não poderá ser obrigado a passar pela identificação criminal, salvo exceções que se encontram no art. 3º da respectiva lei. Logo não apresentando qualquer documento válido ai sim pode ser imposto à identificação criminal e dependendo do caso a consequente prisão preventiva.

Com isso, concluída está à análise do art. 313, do CPP, fazendo a devida ressalva que para a aplicação da prisão preventiva é necessário não somente a presença de uma das hipóteses deste artigo, mas também os requisitos e fundamentos elencados no art. 312, do CPP.

### 3.6 Circunstâncias que impedem a aplicação da prisão preventiva: análise do art. 314, do CPP

O art. 314, do CPP traz as situações onde a aplicação da prisão preventiva não é permitida: “A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II, III do *caput* do art. 23 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.”, ou seja, se for verificado que o agente praticou o ato sob uma excludente de ilicitude, qual sejam, legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito e estrito cumprimento do dever legal, o mesmo não pode ser preso preventivamente.

Tal artigo faz todo sentido, pois respeita os princípios da proporcionalidade e da excepcionalidade da medida. Porque o agente que cometeu o fato típico, mas dentro de

uma das condições que excluem a ilicitude não responde pelo crime (já que esse é a soma de fato típico, ilícito e culpável). Não faria menor sentido nem seria proporcional prender alguém cautelarmente, que ao final do processo vai ser absolvido, logo não vai sofrer pena nenhuma.

Nucci defende que não precisa haver uma prova incontestável da excludente de ilicitude:

Logicamente, não se exige, nesse caso, a perfeita constatação de que a excludente estava presente, mas indícios fortes da sua existência. A decisão final somente será proferida ao término da instrução, devendo o réu ser mantido fora do cárcere nesse período. Logo, ainda que ele conturbe a instrução, tendo em vista a taxatividade da norma processual penal, fica livre da prisão preventiva. (NUCCI, 2015, p. 558.)

Deveras não é possível em matéria de medida cautelar se exigir a prova irrefutável do alegado. Lopes Jr. (2015, p. 646) compartilha o entendimento da não necessidade da prova plena para afastar a prisão preventiva, vai além de Nucci e alega que a fumaça da existência de uma causa excludente de ilicitude por si só enfraquece a probabilidade da ocorrência do crime, não permitindo a aplicação da medida cautelar. E afirma que diante da gravidade da medida deve ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo*, ou seja, diante de dúvida da existência ou não da causa excludente de ilicitude não se aplicaria a prisão preventiva.

Badaró (2016, p.1025) corrobora o entendimento da não exigência de certeza, bastando a existência de indícios que indiquem a prática do fato acobertada por uma causa excludente de ilicitude. O autor afirma que apesar do CPP só elencar as causas excludentes de ilicitude, devem ser incluídas nessa vedação a prisão preventiva as excludentes de culpabilidade, visto que a culpabilidade é um dos elementos do crime:

[...] se ao final do processo estiver demonstrada a existência de uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade, ou mesmo houver fundada dúvida sobre suas ocorrências, o acusado deverá ser absolvido, nos termos do inciso VI do art. 386 do CPP. Evidente que, nesse contexto, se, no curso da investigação ou do processo, estiver provada ou mesmo houver fundada dúvida não apenas sobre a existência do crime, mas também sobre as excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, haverá uma injustificada limitação da liberdade pessoal do acusado se lhe for imposta ou mantida uma medida cautelar, em especial, a prisão preventiva. (BADARÓ, 2016, p. 1026)

Nucci leciona no mesmo sentido:

Creemos, ainda, que podem ser incluídas as excludentes da culpabilidade, por analogia, uma vez que também são causas de exclusão do crime, não se justificando a decretação da prisão

preventiva contra quem agiu, por exemplo, sob coação moral irresistível. (NUCCI, 2015, p. 558)

De fato, se presentes indícios de que o fato foi praticado acobertado por uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade, afastada deve estar à aplicação da prisão preventiva, visto que se trata de medida extrema que seria aplicada contra alguém que tem grande chance de ser absolvido.

Com isso, encerrado está o estudo dos principais pontos do instituto da prisão preventiva. Conhecendo melhor essa medida cautelar, podemos passar a analisar como tem sido aplicada essa medida em nossos tribunais, analisando casos concretos de extrema relevância.

#### 4. ANÁLISE DE DECRETAÇÕES DE PRISÕES PREVENTIVAS EM CASOS DA OPERAÇÃO LAVA JATO E OPERAÇÃO PONTO FINAL

Após terem sido expostas nos capítulos anteriores as bases teóricas e ter sido explicado o instituto da prisão preventiva nos seus aspectos mais relevantes, torna-se possível e necessário analisar como essa medida cautelar tem sido aplicada na prática. Com o intuito de unir teoria e prática, para faticamente observar se o instituto tem sido usado de maneira correta a luz da legislação penal, da Constituição e do entendimento doutrinário.

Os casos que serviram de base para o presente estudo são os da operação lava-jato e da operação ponto final. Isto se dá pelo fato de serem casos muito recentes e de extrema relevância, visto que é a maior operação contra a corrupção da história do Brasil. Envolvendo diversos políticos de prestígio, grandes empresas privadas e até mesmo a maior empresa estatal a Petrobrás, por sinal onde toda investigação começou.

O fato de serem operações contra a corrupção e a população estar vendo grandes nomes serem “punidos” tem levantado o ânimo da mesma, fazendo com que a grande maioria apóie a operação e comemore a cada prisão, mesmo que preventiva. De fato algo totalmente natural visto que o Brasil é um país assolado por corrupção na sua história, onde a grande maioria dos corruptos saia impune.

Em que pese à relevância da operação lava jato e sua importância no processo de combate à corrupção do país, o presente trabalho não visa analisar a culpa dos

investigados/acusados e sim a legitimidade das prisões preventivas aplicadas nessas operações. É importante que os operadores do direito não se deixem levar pela euforia popular e que busquem sempre o respeito aos institutos do processo penal. Porque como já dito anteriormente na seara no direito processual penal forma é garantia, e isso nunca pode ser esquecido, ainda mais em sede de prisões cautelares já que estamos falando de pessoas presumidamente inocentes. Logo nunca pode ser fundamento idôneo de uma medida cautelar a antecipação de culpa. A população em geral não tem a obrigação de conhecer todos os institutos e regras do processo penal, contudo, cabe aos aplicadores do direito zelar pelos mesmos.

Não se trata aqui de defender a impunidade nem os criminosos, mas sim as regras processuais. O que se dá exatamente para proteger os inocentes, pois se abirmos mãos das garantias processuais para prendermos antecipadamente alguém considerado pelo pensamento geral “culpado”, a mesma estratégia de desrespeito às garantias pode ser feita em casos menores com pessoas que na verdade são inocentes, visto que a prisão preventiva poderia se tornar algo normal.

Logo o presente estudo vai focar no uso correto das prisões preventivas, sua correta decretação, fundamentação e não no mérito de culpado ou inocente, visto que isso é matéria para sentença de mérito e não para a decisão de prisão preventiva.

#### 4.1 José Carlos Costa Marques Bumlai, Prisão Preventiva Nº 5056156-95.2015.4.04.7000/PR

Este caso trata de decisão do Excelentíssimo Juiz de primeiro grau Sérgio Moro, em pedido do MPF pela decretação da prisão preventiva de Jose Carlos Costa Marques Bumlai, a qual foi deferida.

Sérgio Moro (2015) fez uma breve síntese do que é a operação lava jato, afirmando que em cognição sumária foram colhidas provas de um grande esquema criminoso e de lavagem de dinheiro na Petrobrás, sociedade de economia mista da União. Mostrando que em todo grande contrato da referida sociedade havia pagamento de propina para os dirigentes:



Em suma, foram colhidas provas, em cognição sumária, de um grande esquema criminoso que envolvia empresas fornecedoras da Petrobras que pagavam, sistematicamente, propinas a dirigentes da empresa estatal, a agentes políticos e a partidos políticos. (MORO, 2015, p. 3)

No caso de Bumlai, a investigação era sobre o pagamento de propina relativa ao contrato de Schahin International S/A para operar o navio-sonda Vitoria 10000. Para demonstrar a materialidade do crime e indícios suficiente de autoria (o requisito do *fumus comissi delicti*) foram utilizadas diversas colaborações premiadas que guardavam concordância entre si, mais respectivamente ao crime investigado, qual seja: a contratação da empresa Schahin com o intuito de pagar dívida eleitoral existente do PT com a respectiva empresa que possuía o Banco Schahin, sendo que o intermediário desse empréstimo havia sido Bumlai.

Dentre os colaboradores estavam Eduardo Costa Vaz Musa, gerente da Área Internacional da Petrobrás na época desse acordo ilegal; Fernando Antônio Falcão Soares, que era mais um dos intermediadores de propinas na Diretoria Internacional da Petrobrás e Salim Taufic Schahin, dirigente do Grupo Schahin. E além da colaboração desses três há ainda depoimento de Sandro Tordin, Presidente do Banco Schahin de 1998 a 2007, além de relato de Marcos Valério. Tais relatos levaram a seguinte conclusão:

que o Banco Schahin concedeu, em 2004, empréstimo de cerca de doze milhões de reais a José Carlos Bumlai e que tinha por destinatário final o Partido dos Trabalhadores; que o destino imediato dos recursos recebidos por José Carlos Bumlai foi o Frigorífico Bertin; que o empréstimo não foi pago, total ou parcialmente, e foi sucessivamente transferido para a empresa Agro Caieras do próprio José Carlos Bumlai e securitizado junto a Companhia Securitizadora do Grupo Schahin; que o empréstimo foi quitado fraudulentamente, em 2009, mediante a contratação da Schahin pela Petrobrás para operação do Navio-sonda Vitoria; que, para justificar formalmente a quitação, foi simulada dação em pagamento de embriões de gado inexistentes de fato; que o Grupo Schahin também pagou propina aos dirigentes da Petrobrás envolvidos na negociação, entre eles Eduardo Costa Vaz Musa, gerente da Área Internacional da Petrobrás; que participaram dos fatos, em diferentes fases, como representantes do Partido dos Trabalhadores, Delúbio Soares e João Vaccari Neto. (MORO, 2015, p. 12)

O Juiz Sergio Moro (2015) reconhecendo que se tratavam de declarações de pessoas envolvidas no próprio crime, afirmou a necessidade de mais provas corroborando o afirmado. A primeira foi o relatório de auditoria interna da Petrobrás a respeito da contratação da Schahin para operar o Navio-Sonda Vitoria 10.000, na qual

foi afirmado que a escolha não estava amparada por critérios técnicos, que “a taxa de bônus de performance era muito elevada e que as justificativas para a contratação deste navio-sonda e de outros três na mesma época foram excessivamente otimistas.”

Moro afirma que a segunda prova de corroboração:

[...] foi disponibilizada pelo próprio Eduardo Musa, que apresentou os documentos relativos a sua conta no exterior e que teria recebido os depósitos de propina da Schahin Engenharia. Eduardo Musa seria titular de conta em nome da off-shore Debase Assets S/A no Banco Julius Bar, em Genebra, na Suíça. (MORO, 2015, p. 14)

Além disso, o MPF juntou documento que prova a operação de empréstimo realizada entre Bumlai e o Banco Schahin, onde Bumlai obteve empréstimo de R\$ 12.176.850,80 em 14/10/2004 e os documentos vão além. Em síntese os fatos que chamaram a atenção do Magistrado e que reforçaram a característica fraudulenta da operação:

O empréstimo inicial foi concedido com garantia precária, mera nota promissória do devedor, o que é incomum para contratos de vulto, de cerca de doze milhões de reais. De 14/10/2004 a 27/01/2009, não houve qualquer pagamento, ainda assim o Banco Schahin e seus sucessores não se dispuseram a promover a execução forçada da dívida, omissão bastante incomum para qualquer instituição financeira. O empréstimo, ao final, restou quitado pelos mesmos doze milhões de reais, ou seja, sem qualquer juro, algo também bastante incomum para qualquer instituição financeira. E, como coincidência, a quitação do empréstimo ocorreu um dia antes da celebração do contrato de operação do navio-sonda entre a Petrobrás e a Schahin. (MORO, 2015, p. 16)

Outro dado que causou estranheza ao magistrado foi:

Conforme análise constante no relatório sobre os dados fiscais dos investigados, José Carlos Bumlai recebeu o aludido empréstimo de 12.176.850,80 do Banco Schahin em 2004 e no mesmo, ano, concedeu empréstimo de R\$ 12.600.000,00 à empresa Fazenda Eldorado S/A, que tem como dirigente Natalino Bertin. Essas informações constam na declaração de rendimentos dele apresentada à Receita Federal. (MORO, 2015, p. 17)

De todo o exposto Sérgio Moro (2015) chegou à conclusão de se ter em cognição sumária: “Além das fraudes documentais, os fatos configurariam, em princípio, crimes de corrupção e lavagem de dinheiro.” E que as mesmas apontam para o envolvimento de Bumlai.

Após demonstrar os indícios suficientes de autoria e de materialidade o magistrado passou a analisar os fundamentos para decretação da prisão preventiva (*periculum libertatis*). Em primeiro lugar Moro (2015) destaca que são crimes que envolvem elevado valor financeiro e que para piorar o destinatário final das vantagens teria sido o PT, destacando então a gravidade do crime.

O primeiro fundamento do art. 312, do CPP analisado por Sérgio Moro foi o risco à investigação e à instrução:

Inicialmente, a destinação dos valores ao Partido dos Trabalhadores foram acobertados por utilização de interposta pessoa no empréstimo do Banco Schahin, foram posteriormente simulados empréstimos para quitação do mútuo anterior e finalmente a quitação do empréstimo com a contratação indevida da Schahin pela Petrobrás foi acobertada por quitações fraudadas documentalmente e simulação de dação em pagamento com a entrega inexistente de embriões de gado. Neste contexto, de emaranhado financeiro e corporativo, de produção de dezenas de documentos falsos, em um jogo de sombras para acobertar a verdade, reputo presente risco à investigação e à instrução. Em liberdade, o investigado poderá recorrer a novos expedientes fraudulentos para acobertar a verdade e ocultar a realidade dos fatos, como, os indícios revelam, fez seguidamente no passado. (MORO, 2015, p. 23)

Além do modo como foi praticado o crime Moro (2015) afirma que com base nos depoimentos prestados, Bumlai teria usado mais de uma vez o nome do ex-presidente Lula de maneira indevida em vista de benefícios pessoais. Apesar de naquela decisão não haver indícios da participação de Lula, o magistrado revelou o receio de Bumlai se utilizar mais vezes do nome da respectiva autoridade para interferir ou obstruir na instrução ou na investigação, e que tais fatos poderiam causar prejuízos ao processo e a reputação do ex-presidente, por isso deveria se decretar a preventiva.

Com base nesses fundamentos Moro chegou à seguinte conclusão:

Para coibir novas fraudes documentais, cooptação de testemunhas para dar amparo a versões fraudulentas, a utilização indevida do nome de autoridades públicas para interferir no processo, faz-se necessária, excepcionalmente, a prisão cautelar do investigado José Carlos Bumlai, prevenindo riscos à investigação e à instrução. (MORO, 2015, p. 23)

Além do risco à instrução e à investigação, Moro suscitou o fundamento de risco à ordem pública. Para utilização de tal fundamento Moro afirma:

A dimensão em concreto dos fatos delitivos jamais a gravidade em abstrato também pode ser invocada como fundamento para a

decretação da prisão preventiva. Não se trata de antecipação de pena, nem medida da espécie é incompatível com um processo penal orientado pela presunção de inocência. (MORO, 2015, p. 25)

Além da gravidade concreta dos crimes, o Juiz Sérgio Moro também utilizou a fundamentação da credibilidade das instituições, sendo que para reforçar seus argumentos em ambos fundamentou utilizando precedentes do STF:

A necessidade de se resguardar a ordem pública revela-se em consequência dos graves prejuízos causados à credibilidade das instituições públicas." (HC 80.7118/SP Plenário do STF Rel. para o acórdão Ministra Ellen Gracie Northfleet por maioria j. 13/06/2014). (MORO, 2015, p. 25)

Por fim Moro (2015) alegou a necessidade da prisão preventiva para prevenir a reiteração criminosa, visto que este esquema criminoso é sistemático. Com todo o exposto foi decretada a prisão preventiva de Bumlai nessa decisão.

Feito um breve resumo da decisão do Magistrado nesse caso em questão, demonstrada toda argumentação em prol da medida no mesmo, passemos a analisar a decisão.

Em primeiro lugar é notório que grande parte da decisão visa demonstrar a existência do requisito da prisão preventiva neste caso. E como já demonstrado no presente trabalho o *fumus comissi delicti*, consiste na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Também já explanado não é necessária uma certeza científica visto que isso nem pode ser exigível no momento de decretação da prisão preventiva. Como já dito por Lopes Jr. (2015) o que se exige é uma “probabilidade real” de ter ocorrido o crime, se exige a fumaça da existência de um crime. Com relação aos indícios de autoria, o próprio CPP quando escolheu a palavra indício deixou claro que não se trata de prova cabal, irrefutável, mas sim fundados indícios de que o investigado/acusado cometeu o crime. Importa destacar que não podem ser meras suposições em ambos os casos, visto que o que está em jogo é a liberdade do indivíduo, logo é necessário sempre estar devidamente apoiado em provas que apontem no sentido da existência do crime e de que o acusado/investigado é o autor.

No presente caso robusto leque de provas há de que o crime ocorreu e que Bumlai estava envolvido, visto grande numero de depoimentos coerentes e provas documentais que caminham no mesmo sentido. Logo no campo da fumaça de um crime a fundamentação de Sergio Moro foi correta e coerente, estando presente esse requisito.

Contudo além da presença desse requisito da prisão preventiva, necessária se faz a presença de um dos fundamentos expostos no art. 312, do CPP, visto que não se trata de sentença de mérito onde é reconhecida a culpa ou inocência. Trata-se de decisão que tem o fito único e exclusivo de assegurar um normal e eficaz desenvolvimento do processo.

O primeiro fundamento levantado pelo magistrado foi de risco à instrução ou à investigação, ou seja, por conveniência da instrução criminal. Como já exposto trata-se de fundamento idôneo para decretação da prisão preventiva visto que tem como objetivo assegurar o regular andamento do processo, visando evitar que o acusado/indiciado use de meios para criar obstáculos que impeçam esse regular andamento. Cabe agora analisar se o mesmo foi utilizado de maneira correta.

Lopes Jr. (2015) exemplifica quando cabível a decretação com esse fundamento, onde pode se destacar a ameaça e constrangimento aos demais personagens do processo, alteração do local do crime, destruição e subtração de documentos, ou seja ações que visem tumultuar o regular andamento do processo.

Contudo o Juiz Sérgio Moro em um primeiro lugar para demonstrar a existência desse risco fez referência a como o crime teria sido praticado, ao modo, qual seja, através de ocultações, e mais, devido ao suporte financeiro e pelo esquema do crime aduziu que estando em liberdade Bumlai poderia usar dos mesmos expedientes fraudulentos visando frustrar o processo. Em que pese às palavras do ilustre Magistrado, acredito que essa conclusão não se encaixa em risco a investigação ou instrução criminal, pois o que se está julgando é o crime em si, não se tem a demonstração de nenhum fato novo de que o mesmo esteja coagindo testemunhas, destruindo provas, usando de expediente no processo para frustrar o mesmo. Repita-se não se está aqui analisando o mérito de culpa e sim a legitimidade da prisão preventiva, pois o esquema criminoso como foi feito, se de fato houve crime e sua gravidade devem ser julgados e graduados na sentença de mérito. Na verdade o que essa argumentação leva é a uma dedução, uma suposição de continuidade delitiva, e como já demonstrado nossa Constituição estampa o princípio da presunção de inocência. Logo, se com relação aos fatos pelos quais ele está sendo julgado até aquele momento ele é inocente por princípio constitucional, como presumir ações futuras delituosas e cercear a liberdade do mesmo com base em tal. É necessário provas de que ele esta buscando frustrar o processo.

Além disso, alega ainda em sede de risco à instrução a necessidade de prender preventivamente Bumlai, pois o mesmo teria se utilizado com frequência o nome do ex-presidente Lula para se beneficiar, o que poderia prejudicar o processo e o nome do ex-presidente. Em primeiro lugar a prisão preventiva não é meio idôneo para se proteger o nome do ex-presidente, isso não é função da prisão preventiva, se alguém difamar o nome do mesmo deve pagar penalmente, na sentença de mérito e não por meio de prisão preventiva, visto que os crimes contra honra nem mesmo, em regra, aceitam pena de reclusão, sendo extremamente desproporcional a utilização da preventiva para repelir tal atividade. Com relação à utilização do nome do ex-presidente para fins de atrapalhar o processo, utilizando o mesmo para coagir testemunhas, poderia sim ser fundamento idôneo. Contudo na decisão não existem provas indicando que o mesmo se utilizou dessa ferramenta para coagir ou influenciar testemunhas.

Por fim Sérgio Moro se utiliza da fundamentação de risco a ordem pública. De fato tal fundamento se encontra no art. 312, do CPP e possui seus defensores como Nucci (2015) e Pacelli (2017), esse ultimo apenas admite excepcionalmente. Porém como já demonstrado nos filiamos ao entendimento de Badaró (2016) e Lopes Jr. (2015), que entendem ser inconstitucional esse fundamento, visto que não possui nenhum caráter cautelar, muito pelo contrário, na verdade assume contornos de verdadeira antecipação de pena, algo incompatível com a presunção de inocência.

Mas mesmo assim vamos analisar em quais sentidos que o Juiz Sérgio Moro utilizou esse fundamento, já que se trata de expressão extremamente vaga. Em primeiro lugar alegou a gravidade concreta do delito, corretamente o ilustre Magistrado demonstrou a inaplicabilidade com base apenas na gravidade abstrata do delito, a qual já foi devidamente criticada no presente trabalho. Contudo não é possível também aplicar a prisão preventiva pela gravidade concreta do delito, a punição do delito deve vir na sentença de mérito, e ali deve ser feita a dosimetria da pena com relação à gravidade do crime. Não pode a prisão preventiva ser usada como meio de antecipar a execução penal.

Outro argumento utilizado, que já foi aqui devidamente criticado, é a credibilidade das instituições. Não pode qualquer medida cautelar que seja, ainda mais a prisão preventiva, o meio de fazer a população dar credibilidade ao Judiciário ou qualquer instituição pública. A lei e a Constituição devem ser devidamente aplicadas,

não se pode prender para buscar prestígio institucional. Se o processo tem sido lento, ou se é falho não pode ser o indivíduo penalizado por isso, não pode ser prendendo que se busque gozo e prestígio social.

Repita-se aqui não se está fazendo uma análise do mérito, como já dito o que se está pregando não é a impunidade do culpado, o mesmo deve sim responder por seus atos e se realmente culpado, sofrer a pena devida. Só que tudo isso após o devido processo legal, não pode se antecipar a pena de ninguém sob o argumento de que a liberdade do indivíduo enfraquece a força Estatal.

Por último Sergio Moro fundamentou a ordem pública no risco de reiteração criminosa. Aqui mais uma vez fundamento já muito criticado, pois esse fere diretamente o princípio da presunção de inocência, pois se está presumindo a culpa em fatos futuros. Estabelece-se a culpa no caso julgado e mais presume-se a culpa em casos futuros. Por mais que como já demonstrado no presente trabalho, existam defensores da aplicação desse fundamento e que suas opiniões não podem ser apenas ignoradas, vivemos em um Estado Democrático de Direito, onde se faz necessário observar todos os princípios e direitos fundamentais, não podendo então se deixar de lado a presunção de inocência. Por mais que muitas vezes possa parecer que essas garantias beneficiam mal-feitores elas existem justamente para tutelar pessoas de bem, que muitas vezes podem sim ter para si a imputação de um crime que não cometeram. Ressalte-se que a liberdade de um inocente não tem preço, não pode se admitir que alguns inocentes paguem, pois a maioria que irá sofrer essas restrições serão “culpados”. No processo penal forma é garantia, logo deve sempre se respeitar os princípios e direitos fundamentais de todos.

Portanto a conclusão que se chega no presente caso é que a prisão preventiva foi aplicada de maneira incorreta. Por mais que presente o *fumus comissi delicti*, não foi possível constatar o *periculum libertatis*, não existindo no presente caso provas de que Bumlai estava agindo com o intuito de frustrar a aplicação da lei penal, ou frustrar o regular andamento do processo. Ressalte-se mais uma vez que o ideal era que o fundamento da ordem pública fosse retirado do art. 312, do CPP, visto seu caráter de antecipação de pena e total distância da natureza cautelar da prisão preventiva.

Feita as devidas críticas, importa salientar o desdobramento da decisão de prisão preventiva de Bumlai nas instâncias superiores. Em um primeiro momento no TRF-4, o *habeas corpus* nº 5047527-83.2015.4.04.0000/PR impetrado pela defesa de Bumlai, foi

indeferido preliminarmente em decisão do Desembargador João Pedro Gebran Neto, por acreditar que além da prova da existência do crime e indícios suficiente de autoria, também tinha sido correta a fundamentação da decisão:

[...] transparece a gravidade concreta dos crimes investigados e os efetivos riscos à investigação e à instrução penal, o que atrai a necessidade de decretação da prisão preventiva, seja para fazer cessar a atividade criminosa narrada com exatidão pela autoridade coatora, seja para inibir a possibilidade de uso indevido pelo paciente de sua proximidade com figuras exponenciais da política nacional. (NETO, 2015, p. 12)

Importa ressaltar o que foi alegado pela defesa, o que vai ao encontro do que foi analisado e defendido aqui:

Sustenta a defesa, em síntese, que: (a) o paciente colocou-se à disposição das autoridades para elucidação de quaisquer fatos; (b) não há risco de reiteração delitiva nem indicativos de que esteja ocorrendo obstrução à coleta de provas; (c) a decisão carece de fundamentação idônea quanto à necessidade da prisão preventiva; (d) no decreto prisional, não há referência a qualquer acontecimento objetivo ocorrido no passado; (e) a prisão não pode servir de meio para a antecipação da pena; (f) a decisão funda-se em informação duvidosa prestada pelo delator Salim Taufic Schahin; (g) a privação da liberdade deve ser utilizada de modo excepcional; (h) a autoridade coatora ignorou a possibilidade de fixação de medidas alternativas à prisão. Postulou o deferimento de medida liminar para que o paciente seja colocado imediatamente em liberdade. Ao final, a concessão da ordem. (NETO, 2015, p. 1)

A 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região também decidiu por manter a prisão preventiva de Bumlai, por entenderem que o risco à investigação ainda era presente, destacando que nesse momento Bumlai já havia confessado os crimes, contudo, entendeu a turma que havia sido uma confissão parcial, o que manteria o risco.

Necessário destacar que, conforme publicado no site Conjur (ago. 2016), em maio de 2016 o juiz Sérgio Moro decidiu por conceder a Bumlai o direito de cumprir a prisão preventiva em regime domiciliar, pois o mesmo estava com câncer na bexiga e precisava de tratamento, com a condição de ter que usar tornozeleira eletrônica. Passados 5 meses da decretação da prisão domiciliar, Moro revogou a mesma por considerar a saúde do acusado estabilizada. O então Ministro do STF Teori Zavasqui no mesmo ano concedeu uma liminar, em *Habeas Corpus* (HC nº 136.223) impetrado pela defesa do empresário, para substituir a preventiva pela prisão domiciliar, mantendo as



condições antes estabelecidas por Moro, por questão de preservar a saúde do acusado e ao mesmo tempo manter a higidez dos fundamentos da prisão preventiva.

Do exposto até o momento, fica visível que esse pensamento de flexibilização da utilização da prisão preventiva está presente em todas as instâncias, sendo concedida a prisão domiciliar apenas por motivo de saúde, não tendo sido utilizado o pensamento de real excepcionalidade da medida e repúdio ao fundamento de ordem pública em nenhuma das decisões. Destacando que foi mantido risco à investigação mesmo após o acusado ter confessado os crimes, o que não pode ser aceito, visto que ele deu claro indício de colaboração com o processo, não podendo ser presumida sua vontade de atrapalhar o mesmo.

Contudo em abril de 2017 a 2ª turma do STF, corretamente decidiu pela revogação da prisão preventiva de Bumlai. Marcelo Galli em artigo publicado no *Conjur*, resume bem a decisão de revogação da prisão preventiva:

Prevaleceu a divergência aberta pelo ministro Dias Toffoli, pela revogação da prisão. Ele foi acompanhado pelos colegas Gilmar Mendes e Celso de Mello. Para Toffoli, manter Bumlai preso seria mudar a decisão do Plenário do STF que permitiu prisão a partir da segunda instância, aplicando-a a casos de condenação em primeiro grau. Os ministros entenderam também que repercussão social do crime e garantia da ordem pública não são fundamentos para manutenção da preventiva de forma indeterminada. Ficaram vencidos o relator do caso, ministro Edson Fachin, e o ministro Ricardo Lewandowski. Eles mantinham a decisão de Teori, de manter o réu em prisão domiciliar. (GALLI, 2017)

Logo é possível ver que mesmo assim dois ministros foram contra a revogação da prisão preventiva, e como já feita toda a crítica, manifestamente não era caso de aplicação da prisão preventiva. Louvável, portanto, o entendimento da maioria nessa decisão, pois reconheceram a não possibilidade de utilizar a prisão preventiva como meio de antecipar a execução da pena, no que pese a crítica feita a esse novo entendimento do STF de possibilidade de execução a partir da condenação em 2º instância, crítica essa com base em pensamento de Badaró (2016) e Pacelli (2017). Também de se elogiar o entendimento de não ser possível alegar ordem pública e repercussão social do crime para se manter uma prisão preventiva de modo permanente. De fato, a alegação abstrata de risco a ordem pública é de difícil averiguação logo uma vez alegado e efetivada a prisão, torna-se muito difícil identificar se o fundamento da prisão ainda se mantém ou acabou, já que não aferível com dados concretos. Como já

exposto na realidade nem deveria ser utilizado o fundamento de risco a ordem pública, pois manifestamente inconstitucional, como destacam Lopes Jr.(2015) e Badaró (2016).

Portanto, mesmo após várias decisões em sentido contrário Bumlai teve sua prisão preventiva revogada, agindo de maneira correta a 2ª turma do STF, visto que a prisão preventiva não tinha fundamentação idônea.

#### 4.2 Sergio de Oliveira Cabral Santos Filho, Prisão Preventiva Nº 5056390-43.2016.4.04.7000/PR

Trata-se de mais um caso da lava-jato, na qual foi decretada a prisão preventiva do ex-governador Sergio Cabral, em pedido do MPF. Sendo no caso específico nas palavras de Sérgio Moro, juiz do caso:

Na linha dos desdobramentos, este feito tem por objeto crimes de corrupção consistentes no pagamento de vantagem indevida ao então Governador do Estado do Rio de Janeiro Sergio de Oliveira Cabral Santos Filho (Sergio Cabral) em decorrência do contrato celebrado entre a Andrade Gutierrez e a Petrobrás para obras de terraplanagem no Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro/COMPERJ. (MORO, 2016, p. 3)

Mais uma vez grande parte da decisão é destina a mostrar a prova da materialidade do fato e os indícios suficientes de autoria. Sendo novamente utilizado um grande número de colaborações premiadas. Tendo por colaboradores: Rogério Nora de Sá, Presidente da Construtora Andrade Gutierrez no período dos crimes; Paulo Roberto Costa, Diretor de Abastecimento da Petrobrás; Clóvis Renato Numa Peixoto Primo, Diretor Geral da Andrade Gutierrez; Alberto Quintaes, Superintendente Comercial da Andrade Gutierrez no Estado do Rio de Janeiro na época dos fatos criminosos, sendo que esse último aderiu o acordo de leniência celebrado pela Andrade Gutierrez com o MPF.

Como se pode ver os colaboradores eram pessoas de importantes cargos na Andrade Gutierrez ou na Petrobras, Logo pessoas relacionadas diretamente com os fatos. Em grande síntese os colaboradores afirmaram que Sergio Cabral teria recebido propina da Andrade Gutierrez em vários contratos e obras públicas, dentre eles a do contrato de terraplanagem do COMPERJ. Como é possível ver nas Palavras de Sérgio Moro descrevendo a declaração de Rogério Nora de Sá:

No termo de colaboração n.º 05 (evento 1, out3), Rogério Nora de Sá declarou que teria se reunido mais de uma vez com o então Governador do Rio de Janeiro Sergio Cabral e ainda com Alberto Quintaes, Superintendente Comercial da Andrade Gutierrez para o Rio de Janeiro, para discutir pagamento de vantagem indevida em contratos da Andrade Gutierrez naquele Estado. A pretensão do então Governador era receber propina mensal de cerca de trezentos e cinquenta mil reais da Andrade Gutierrez. Entre os pagamentos, propinas da ordem de dois milhões e setecentos mil reais em contrato de obra de terraplanagem de Petrobrás no Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro - COMPERJ, o que foi combinado com o Diretor de Abastecimento da Petrobrás Paulo Roberto Costa. Alberto Quintaes é quem teria operacionalizado o pagamento juntamente com Clóvis Renato Numa Peixoto Primo, Diretor Geral da Construtora Andrade Gutierrez. (MORO, 2016, p. 3)

Assim como em passagem que Sérgio Moro relata declarações de outro colaborador:

Clóvis Renato Numa Peixoto Primo, Diretor Geral da Andrade Gutierrez, também confirmou o fato (termo de colaboração n.º 04, evento 1, out5). Acrescentou que a propina seria de 1% do valor do contrato e que os valores foram pagos em espécie ao longo da obra, sendo entregues a Carlos Miranda, representante de Sérgio Cabral. Também relatou outros episódios de pagamentos de propina, por outros contratos, a Sergio Cabral. (MORO, 2016, p. 4)

Mais uma vez Sérgio Moro visando fortalecer o *fumus comissi delicti* utilizou outros elementos probatórios além das colaborações premiadas. Moro (2016) demonstrou que mesmo se tratando de obra da Petrobrás houve participação do Governo do Estado do Rio de Janeiro, como foi possível confirmar por mensagens eletrônicas trocadas entre Sergio Cabral e o Diretor de Abastecimento da Petrobrás.

Além disso, o magistrado demonstrou uma planilha do esquema ilícito apresentado pelo colaborador Alberto Quintaes que passou por exame pericial:

Relativamente à planilha apresentada por Alberto Quintaes em sua colaboração como retratando os pagamentos de propina (evento 1, out7), relevante destacar que ela foi entregue ao MPF pela Andrade Gutierrez em formato eletrônico (evento 1, out8, fl.2). Submetida a planilha a exame pericial, o Laudo 2495/2016/SETEC/PR revelou que o arquivo eletrônico foi criado em 18/10/2007 e que foi alterado pela última vez em 29/03/2012, o que exclui, em princípio, a possibilidade de que tenha sido criado ou alterado no interesse da celebração do acordo de colaboração ou de leniência. (Moro, 2016, p. 7)

Foi também decretada à quebra do sigilo telefônico que demonstrou um grande número de ligações envolvendo Sergio Cabral, como expõe Moro (2016): “entre 23/08/2011 e 28/07/2011, Alberto Quintaes efetuou, pelo menos, 234 ligações para

Carlos Miranda, 14 ligações para Sergio Cabral e 5 ligações para Wilson Carlos”. O que corrobora para o magistrado a ideia de pagamento de propina periódica.

Moro (2016) destaca a dificuldade do rastreamento financeiro das vantagens indevidas supostamente pagas, pois se tratavam de vultosos pagamentos em espécie. Por isso foi decretada a quebra do sigilo fiscal e bancário dos investigados e suas empresas. Salienta Moro que ao tempo da decisão o resultado da quebra ainda não tinha sido totalmente finalizado, mas que havia indícios de lavagem de dinheiro por parte dos investigados e que teriam o hábito de fazerem aquisições com a utilização de pagamentos vultosos em espécie. O magistrado adverte que apesar de não ser crime pagamentos vultosos em espécie, o mesmo é expediente normalmente usado “para prevenir rastreamento e ocultar transações financeiras.” Pelos fatos demonstrados Moro destaca fatos na sua opinião suspeitos:

Causa certa estranheza, por exemplo, a frequência de aquisições vultosas de bens móveis em espécie, como as feitas por Adriana Anselmo, esposa do então Governador, v.g., de móveis com pagamento de R\$ 33.602,43 em espécie em 05/2014, ou de dois mini bugs com pagamento de R\$ 25.000,00 em espécie em 08/2015, ou de equipamentos gastronômicos com pagamento de R\$ 72.009,31 em espécie em 03/2012 [...] (MORO, 2016, p. 9)

Outro indício relevante de esquema de fraude é revelado por Moro que explica parâmetros de prevenção utilizados pelo Banco Central:

Para esclarecer, a Lei nº 9.613/1998 e a Circular nº 3.461, de 24/07/2009, do Banco Central estabelecem parâmetros de prevenção à utilização de instituições financeiras para lavagem de dinheiro e critérios de controle. A circular estabelece, por exemplo, que operações em espécie de depósito, saque e provisão de saque de valores iguais ou superiores a cem mil reais devem ser comunicadas pelas instituições financeiras ao COAF (via Bacen). Também estabelece obrigações de comunicação de operações bancárias suspeitas de lavagem de dinheiro de valor igual ou superior a R\$ 10.000,00 (art. 13, I). (MORO, 2016, p. 10)

Moro (2016) demonstra que foram feitos vários negócios envolvendo Sergio Cabral e sua esposa, na qual havia fracionamento de valores, sendo que as parcelas nunca chegavam ao limite do R\$ 10.000,00:

Assim, por exemplo, Sergio Cabral, ainda quando Governador do Rio de Janeiro, recebeu os seguintes depósitos em dinheiro com indícios de fracionamento em sua própria conta corrente: - 22/11/2007 - R\$ 9.900,00; - 23/11/2007 - R\$ 9.900,00; - 26/11/2007 - R\$ 9.900,00; - 26/11/2007 - R\$ 9.900,00; - 27/12/2007 - R\$ 9.900,00; e - 28/12/2007 - R\$ 9.900,00. (MORO, 2016, p. 12)

Esse parcelamento para Moro (2016) é injustificável e demonstrando para o mesmo se tratar de expediente utilizado para ocultação de valores. Do exposto Sergio Moro aduz:

Em síntese dos elementos probatórios ora examinados, quatro colaboradores, incluindo um ex-Diretor da Petrobrás e três altos executivos da Andrade Gutierrez, afirmam o pagamento sistemático de propinas ao então Governador Sergio Cabral, por intermédio de Carlos Miranda, inclusive em decorrência de contrato da empreiteira com a Petrobrás. (MORO, 2016, p. 15)

Moro (2016) reconhece que o rastreamento financeiro não foi perfeito, mas considera que “(...) o pagamento em espécie pela Andrade Gutierrez com os gastos em espécie e com transações estruturadas pelos investigados, constitui um relevante elemento probatório de corroboração dos depoimentos dos quatro colaboradores.” Chegando à conclusão de que:

Os fatos, em cognição sumária, caracterizam crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro, este pela aparente estruturação de transações pelos investigados para evitar identificação e comunicação, ou seja, condutas de ocultação e dissimulação do produto do crime. Também presentes indícios de associação criminosa considerando a quantidade de pessoas e fatos e a duração do esquema criminoso. (MORO, 2016, p. 16)

Feita essa extensa exposição do fato criminoso e da autoria, o magistrado partiu para a análise dos fundamentos para decretação da prisão preventiva (*periculum libertatis*). O primeiro fundamento utilizado por Sergio Moro foi o de risco a ordem pública :

[...] a dimensão e o caráter serial dos crimes, com cobrança sistemática de propinas em contratos públicos e lavagem subsequente, de cerca de dez milhões de reais, pagos somente pela Andrade Gutierrez entre abril de 2007 a dezembro de 2012, com saldo a pagar, é característico do risco à ordem pública. (MORO, 2016, p. 18)

Sergio Moro (2016) destaca que há relatos de propina em toda grande obra que ocorreu no Rio de Janeiro durante seus mandatos. Salaria que mesmo não sendo mais governador, Sergio Cabral é alguém que possui muita influência, visto que além de Governador foi Senador. Com isso Moro afirma que: “A magnitude e a reiteração delitiva caracterizam risco à ordem pública.” e destaca entendimento recente do STJ de que é necessária a decretação de prisão preventiva quando há risco a ordem pública. Novamente Moro também utiliza a gravidade concreta do crime como fundamento da prisão preventiva.

Além do risco a ordem pública, Moro (2016) alegou risco à aplicação da lei penal, pelo seguinte entendimento:

Enquanto não houver rastreamento completo do dinheiro e a identificação de sua localização atual, há um risco de dissipação do produto do crime, o que inviabilizará a sua recuperação. Enquanto não afastado o risco de dissipação do produto do crime, presente igualmente um risco maior de fuga ao exterior, uma vez que os investigados poderiam se valer de recursos ilícitos para facilitar fuga e refúgio no exterior. (MORO, 2016, p. 22)

Para o magistrado a prisão preventiva impediria a participação do acusado em novos esquemas criminosos, o recebimento do saldo da propina e impedir ou dificultar a ocultação e dissimulação do produto do crime, visto que o mesmo ainda não foi recuperado. O ilustre Juiz entende que esse crime e a liberdade do produto do crime, se destacam mais ainda negativamente pela situação catastrófica que se encontram as contas públicas do Governo do Estado do Rio de Janeiro.

Por fim alega risco à investigação ou à instrução criminal. Cabe destacar que a prisão preventiva de Carlos Miranda também estava sendo analisada nessa decisão, e nas investigações foi provado que ele estava tentando ocultar/destruir provas:

Como acima apontado, presentes indícios de que Carlos Miranda, sozinho ou a mando, teria suprimido provas, apagando mensagens eletrônicas que poderiam lhe comprometer criminalmente e que só foram descobertas porque entregues à Justiça pelas empreiteiras após o acordo de leniência. Embora a conduta seja prosaica e demande completo esclarecimento, não deixa de constituir supressão de elemento probatório, a indicar risco à instrução ou à investigação. (MORO, 2016, p. 23)

Feito todo resumo da decisão, com destaque para os fundamentos e requisitos da prisão preventiva, é possível analisar a decretação da prisão preventiva em face de Sergio Cabral.

Mais uma vez é de se ressaltar que o presente trabalho não se destina a julgar o mérito de que se o acusado é culpado ou inocente, a única análise de mérito aqui feita é sobre a legalidade da prisão preventiva, se ela era necessária e adequada ao caso concreto.

É de se reconhecer que o Brasil vive um momento de grande conturbação política, onde cada vez mais tem se descoberto esquemas criminosos envolvendo reconhecidos políticos e empresas renomadas. Isso tudo gera um grande clamor social pela justiça,

buscando a punição dos criminosos. No caso do Rio de Janeiro a situação fica visível, pois o Estado se encontra em situação financeira deplorável, gerando atraso de pagamentos até de seus funcionários e a falência de muitas empresas privadas. É claro nesse cenário que a acusação contra um ex-governador e indícios de que o mesmo participava de um gigantesco esquema criminoso, culmina em grande revolta social. Por isso é mais que compreensível que se queira a punição (prisão) dos corruptos.

E de fato nada mais correto e justo do que, quem cometer crimes pagar pelos mesmos. Contudo os aplicadores do direito não podem se deixar levar pelo sentimento social, se faz necessário zelar pelas garantias constitucionais e pelo devido processo legal. É de suma importância se lembrar que aqui se trata de prisão cautelar, ou seja, não se trata de prisão pena, não é ela meio idôneo para punir antecipadamente.

Destarte passemos a analisar a decisão, como já falado em grande parte da decisão, Sergio Moro procura demonstrar a existência do requisito da prisão preventiva, ou seja, a fumaça da existência de um crime. E de fato o faz com sucesso, havendo concordância entre as quatro colaborações, e outros elementos probatórios que corroboram tais colaborações, como o que se viu com quebra do sigilo bancário e telefônico. Importa salientar que não é possível decretar a prisão preventiva com base em meras ilações ou suposições, contudo também não é necessária a certeza científica do ocorrido e de seu autor, Como leciona Lopes Jr (2015) é necessário uma probabilidade razoável, já Badaró (2016) acredita que é necessário a prova da existência do crime, sendo necessária a certeza e não mera probabilidade. No que pese essa pequena divergência acredito que em sede de medida cautelar uma probabilidade relevante de ter ocorrido o crime já é suficiente. Mas mesmo adotando a idéia de certeza da existência do crime, o segundo elemento do *fumus commissi delicti* são os indícios suficientes de autoria, o que claramente demonstra a não necessidade de certeza científica quanto ao autor do crime, mas fortes indícios.

E como já dito Sergio Moro demonstrou bem a existência do crime, provando um grande esquema criminoso de propina, e demonstrou fortes indícios da participação de Sergio Cabral nesse esquema. Portanto presente está o requisito da prisão preventiva.

Contudo agora analisaremos a parte que gera maiores problemas, qual seja, a fundamentação da prisão preventiva (*periculum libertatis*). O primeiro fundamento levantado por Moro foi de garantia da ordem pública, fundamento já extensamente

criticado no presente trabalho visto que despido de caráter cautelar, sob o argumento da magnitude da lesão causada e risco de reiteração delitiva.

Com relação à magnitude da lesão causada, essa expressão se encontra inclusive no art. 30, da Lei 7.492, que trata dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, com a seguinte redação: “Sem prejuízo do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada (Vetado).” Extremamente criticável já era essa expressão e autorização, após a reforma de 2011 que deixou clara a natureza excepcional da prisão preventiva e trouxe extenso rol de medidas alternativas a prisão, mais criticável ainda se tornou esse fundamento. Contudo há quem defenda o mesmo, como Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2006, p. 14):

Não comungamos com o ponto de vista de que a prisão cautelar só pode existir quando houver necessidade de acautelar o processo. A possibilidade de decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública bem demonstra, pois ela tem como objeto o processo, mas diretamente, a sociedade. A magnitude da lesão causada ao Sistema Financeiro Nacional, em especial a sua credibilidade, pode justificar autonomamente, portanto, a prisão preventiva, sem necessidade de incluir esta proteção na rubrica da “ordem pública” ou exigir risco de descrédito a outras instituições, que não as próprias do sistema financeiro nacional. (2006, p. 14) (apud LIBERA, 2014, p. 12)

Libera (2014), em artigo falando exclusivamente da magnitude da lesão, demonstra que o STF entende que a mesma não pode ser fundamento suficiente para embasar a decisão de prisão preventiva devendo estar ligado a alguma das hipóteses de *periculum libertatis*, do art. 312 do CPP. O autor ressalta que a magnitude da lesão, garantia da ordem pública e econômica guardam extrema relação, visto que todas são despidas de caráter cautelar e faz advertência sobre o tema:

[...] se empregado um olhar mais garantista, é certo reconhecer que a magnitude da lesão nem de longe é genuinamente uma medida cautelar e sequer seu emprego serve para a tutela do processo, visto que representa uma sórdida medida de antecipação de pena. Tal conclusão é extraída da sua própria substância, a qual em hipótese alguma se assemelha com a conveniência da instrução criminal e a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, previstas no art. 312 do Código de Processo Penal (LIBERA, 2014, p. 14)

Libera (2014, p. 17) adverte para o fato de não adiantar o STF vetar a aplicação isolada da magnitude da lesão causada, se permite a aplicação da ordem pública e da



ordem econômica: “Tudo porque é evidente e irrefutável a relação de idêntica subjetividade e indefinição que guardam a magnitude da lesão, a garantia da ordem pública e a ordem econômica.”

De fato o que foi possível ver nessa decisão é a utilização da magnitude da lesão dentro da ordem pública, e como bem critica o autor a magnitude da lesão ou a ordem pública por si, não possuem nenhuma natureza cautelar, demonstram na verdade uma execução penal antecipada. Da gravidade do crime quem tem que tratar é o legislador na hora de elaboração das leis e fixação das penas, sendo que o magistrado trata dela na dosimetria da pena, logo não é momento em sede de prisão preventiva tratar da gravidade do crime, porque como já exposto nesse trabalho nessa linha qualquer acusado de homicídio deveria ser preso preventivamente.

Com relação ao risco de reiteração, já também foi aqui exaustivamente explicado que se trata de violação direta ao princípio da presunção de inocência, pois se com relação ao crime em que está sendo imputado o acusado/indiciado é considerado inocente e deve ser tratado como tal até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, imagina com relação a fatos futuros, incertos. Contudo, existem defensores da aplicação da prisão preventiva quando fundamentada no risco de reiteração delitiva, desde que existam provas indicando que o acusado/investigado está reiterando na conduta criminoso. Pacelli leciona nesse sentido, destacando a necessidade de em certos casos ocorrer à flexibilização da presunção de inocência:

Parece-nos, entretanto, que, sempre excepcionalmente, o princípio do estado de inocência haverá de ser flexibilizado quando em risco valores (normatizados) constitucionais igualmente relevantes. Não estamos nos referindo à segurança pública como mera abstração, ou como valor a ser sopesado sem critérios empíricos, mas à sua necessária concretização, diante de hipóteses excepcionalíssimas. (PACELLI, 2017, p. 569)

Em que pese os argumentos e os defensores dessa possibilidade de aplicação, parece-nos que para se preservar todas as garantias e direitos fundamentais do acusado, não é possível tal fundamentação. Dura crítica faz Lopes Júnior sobre essa previsão de reiteração delitiva:

Além de ser um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência e bola de cristal), é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 653)

O magistrado alegou também risco a aplicação da lei penal, pelo fato de o produto do crime ainda não ter sido completamente rastreado e localizado, e que com esse dinheiro ilícito os acusados poderiam fugir para o exterior. Além de que a prisão impediria a participação em novos esquemas criminosos e no recebimento do que faltava da propina.

Com relação ao risco de fuga, trata-se mais uma vez de uma suposição, pelo fato de o acusado ter uma situação financeira abastada e grandes verbas decorrentes destes crimes. Contudo na decisão não é demonstrado nenhum indício de fuga ou planejamento de fuga por parte do acusado. Logo sem provas nesse sentido não é possível supor que provavelmente irá fugir, só por ter situação financeira para tal. Com relação à participação em novos crimes já foi exposta a não possibilidade de fundamentação com base em reiteração delitiva. Já no tocante ao produto do crime, no fato dele não ter sido todo recuperado e estar em local incerto, como já demonstrado nesse trabalho, Pacelli (2017) leciona no sentido de que a prisão preventiva em nada amenizaria a lesão financeira causada, se o risco é a dissipação do produto criminoso a medida mais acertada seria o sequestro ou a indisponibilidades dos bens do acusado, e não a privação de liberdade do mesmo. Razão assiste autor, não sendo possível também fundamentar a prisão preventiva nesse sentido.

Por fim alegou risco à investigação ou à instrução criminal, como já dito a decisão não se tratava apenas da prisão preventiva de Sergio Cabral, mas de outros acusados também e dentre eles estava Carlos Miranda. Na decisão foi mostrada a prova de que o mesmo teria suprimido provas, o que na opinião do magistrado demonstraria risco à investigação ou à instrução criminal. Importa salientar que se trata de fundamento discutível, visto que o fato de Carlos Miranda apagar um e-mail particular que o incriminaria pode ser entendido como mero exercício de auto defesa e não como risco a investigação. Contudo, mesmo se mantido o entendimento de risco a investigação, tal elemento só pode ser levado em consideração para a apreciação da prisão preventiva de Carlos Miranda. Sérgio Moro fala que não se sabe se ele fez isso a mando ou por conta própria, logo não há prova alguma da participação de Sergio Cabral nessa destruição de provas, não podendo por tanto ser utilizada essa argumentação em relação ao ex-governador e sim apenas contra Carlos Miranda.

Feita toda análise é possível ver que mais uma vez não foi correta a aplicação da prisão preventiva por todo exposto. Importa salientar mais uma vez que a prisão preventiva é regida pelo princípio da proporcionalidade e da excepcionalidade, devendo a mesma ser sempre a última opção a ser aplicada, sempre em casos extremos e necessários. Essa natureza de excepcionalidade se destaca ainda mais com a reforma de 2011, que trouxe extenso rol de medidas cautelares alternativas a prisão, podendo muitas vezes a aplicação de uma delas ou de acumulação delas ser suficiente para o caso. Não é objeto do presente trabalho as medidas cautelares alternativas a prisão, contudo cabe destacar a título ilustrativo, a possibilidade de monitoramento eletrônico e proibição de se ausentar da comarca, ambas são medidas cautelares previstas no art. 319, do CPP, e que podem muitas vezes ser suficientes para ilidir o risco de fuga por exemplo.

Mais uma vez feita à análise da decisão de prisão preventiva decretada pelo juiz de 1º grau, será demonstrado o desdobramento da decisão e o entendimento dos órgãos superiores. Importa destacar que além da decisão de prisão preventiva decretada por Sergio Moro, Sergio Cabral também teve sua prisão preventiva decretada pelo juiz Marcelo Bretas no processo nº 0509565-97.2016.4.02.5101/RJ. Apesar de não ser objeto direto a decisão de Bretas neste caso, o mesmo fundamentou a prisão preventiva pelo risco de reiteração delitiva e gravidade dos crimes, o que já foi extensamente criticado.

Exposto este fato, o ex-governador teve o HC Nº 0012108-10.2016.4.02.0000 negado pelo desembargador Abel Gomes, da 1ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Contudo a motivação da decisão foi mais por questão de forma do que análise de mérito, pois entendeu o desembargador Gomes (2016) que a defesa de Cabral não apresentou documentação capaz de instruir o pedido e por não ter demonstrado falta de justa causa para a prisão. Tendo alegado os advogados de Cabral na defesa que a medida era uma antecipação de pena e que o mesmo não havia sido ouvido ao tempo da decretação da medida. Como já relatado de fato o entendimento nesse caso é de que a prisão preventiva está sendo usada como meio a antecipar à pena, e com relação ao contraditório como já defendido aqui, e expondo a lição de Lopes Jr. (2015), o mesmo deve ser observado mesmo que de maneira diferida, caso a sua efetivação antes da concretização da medida gere risco a mesma.

Contudo Sergio Cabral ainda teve sua prisão preventiva mantida pela 6ª turma do STJ, no julgamento do RHC Nº 80.443/RJ sob a relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, por entenderem que não houve nenhuma ilegalidade na prisão do ex-governador e por estarem presentes os riscos de reiteração delitiva e risco a ordem pública.

Ainda não houve até o presente momento manifestação do STF sobre esse caso, contudo, uma coisa transparece nessas análises, que a prisão preventiva está sendo usada nas mais diversas instâncias do judiciário de maneira abusiva, fora de seus propósitos. Infelizmente o STJ demonstra abraçar a tese de possibilidade de decretação de medida tão drástica com base no inconstitucional fundamento de risco à ordem pública e risco de reiteração delitiva, ferindo de maneira frontal a presunção de inocência.

#### 4.3 Eduardo Cosentino da Cunha, Prisão Preventiva Nº 5052211-66.2016.4.04.7000/PR

Trata-se de mais um caso de prisão preventiva, no âmbito da operação lava-jato, tendo por acusado mais um político famoso, Eduardo Cunha ex-presidente da Câmara dos Deputados. A prisão preventiva foi pedida pelo MPF e deferida pelo Juiz Sérgio Moro.

O magistrado elucida qual a imputação criminal feita contra Eduardo Cunha:

27. Em síntese, segundo a denúncia apresentada, o contrato de aquisição pela Petrobrás dos direitos de participação na exploração de campo de petróleo na República do Benin, país africano, da Compagnie Beninoise des Hydrocarbures Sarl-CBH, teria envolvido o pagamento de propinas ao então Deputado Federal Eduardo Cosentino da Cunha de cerca de 1.311.700,00 franços suíços, correspondentes a cerca de USD 1,5 milhão. 28. A propina teria sido paga por Idalécio de Castro Rodrigues de Oliveira, proprietário da empresa vendedora, e acertada com o Diretor da Área Internacional da Petrobrás Jorge Luiz Zelada. 29. Teria sido intermediada pelo operador João Augusto Rezende Henriques e paga mediante transferências em contas secretas no exterior. 30. Parte da propina teria sido destinada a contas no exterior em nome de off-shores ou trusts que alimentavam cartões de crédito internacionais e que foram utilizados pelo ex-parlamentar e seus familiares. (MORO, 2016, p. 3)

Moro (2016) alega que a denuncia é fundada precipuamente em prova documental, e salienta que o relatório de auditoria da Petrobrás indica que a CBH tinha

capacidade financeira ignorada, o que tornava o negócio temerário e tendo sido o custo de exploração dos postos subdimensionados. O magistrado elenca provas relacionadas a depósitos fiscais que demonstrariam pagamento de propina após a celebração do contrato da CBH com a Petrobrás, e dentre essas provas estaria o pagamento de propina para Eduardo Cunha:

Da conta em nome da off-shore Acona Internacional, foram realizadas transferências no total de 1.311.700,00 francos suíços, correspondentes a cerca de um milhão e quinhentos mil dólares, para a conta de nº 4548.1602 no Banco Julius Baer (sucessor do Merrill Lynch), em Genebra, em nome de Orion SP. Foram cinco transferências: a) 30/05/2011 CHF 250.000,00; b) 01.06.2011 CHF 250.000,00; c) 08.06.2011 CHF 250.000,00; d) 15.06.2011 CHF 250.000,00; e e) 23.06.11 CHF 311.700,00. [...]49. A Orion SP é um trust com endereço formal em Edimburgo e há provas, em cognição sumária, de que pertence ao Deputado Federal Eduardo Cosentino da Cunha. [...]51. Na documentação da conta Orion, há referência de que o cliente, Eduardo Cosentino da Cunha é titular de quatro contas na instituição financeira: "He currently holds USD 5 million with MLBS (total) four accounts (principal accounts being Orion and Triumph). Kopek is a credit card account for Mr. Cunha and his wife. Netherton is for new business (barely funded as at date), expect more revenue for investment 2012 when energy businesses develops." (p. 82) Em tradução: "ele atualmente mantém cinco milhões de dólares em quatro contas no Merrill Lynch (as principais sendo Orion e Triumph). Kopek é uma conta para cartão de crédito do Sr. Cunha e esposa. Netherton é para novos negócios (pouco financiados até o momento), espera mais rendas para investimentos em 2012 quando negócios de energia se desenvolverem." (MORO, 2016, p. 5- 6)

Moro salienta que essa conta em nome off-shore Acona Internacional, tem como titular controlador João Augusto Henrique Rezende e que teria recebido segundo a decisão 10 milhões de dólares de uma conta titularizada por uma holding proprietária da CBH. O magistrado demonstra que houve toda uma movimentação financeira entre as contas no exterior acima referidas (Orion, Triumph, Kopek e Netherton). Todos os fatos em datas próximas ao fechamento do negócio e transferência financeira da Petrobrás para a CBH, USD 34,5 milhões em 03/05/2011.

Sergio Moro destaca que:

67. Rastreado documentalmete fluxo financeiro que revela que o preço inicial de aquisição, de USD 34,5 milhões, foi pago da Petrobrás para a empresa vendedora, controlada por Idalécio de Castro Rodrigues de Oliveira, com transferência posterior de USD 10 milhões para conta secreta controlada pelo acusado intermediador João Augusto Rezende Henriques, e com ulterior transferência de cerca de 1.311.700,00 francos suíços (cerca de USD 1,5 milhão) para

contas secretas controladas pelo então Deputado Federal Eduardo Cosentino da Cunha. Identificada ainda conta secreta controlada pela esposa dele e que recebeu valores das contas secretas do ex-parlamentar. 68. Por outro lado, apesar da investigação já realizada, não foi identificada ou provada qualquer causa lícita para as transferências de parte do preço em benefício de João Augusto Rezende Henriques e de Eduardo Cosentino da Cunha. (MORO, 2016, p. 7)

Moro (2016) salienta que essa vultosa movimentação de valores de Eduardo Cunha e sua esposa não era compatível com os recebimentos lícitos e declarados por ambos. Destacando que os mesmos eram controladores e verdadeiros titulares das contas secretas no exterior, contudo não declararam os ativos nelas mantidos nem declararam serem titulares de empresas, off-shores ou trusts no exterior. Por isso Moro afirma:

71. Em princípio, o álibi de que as contas e os valores eram titularizados por trusts ou off-shore é bastante questionável, já que aparentam ser apenas empresas de papel, sem existência física ou real (entrevista do Deputado Federal Eduardo Cosentino da Cunha no Jornal Nacional fls. 9295 do arquivo apinqpol29 do evento 2 da ação penal 5051606 23.2016.4.04.7000, apenso 09 do inquérito). 72. A justificativa apresentada pelo Deputado Federal Eduardo Cosentino da Cunha, de que o USD 1,5 milhão recebido da Acona seria a devolução de um empréstimo, não se encontra, em princípio, acompanhada de qualquer prova documental, o que seria o natural em transação de vulto. Ademais a proximidade temporal entre o crédito na Acona e a transferência em favor das contas secretas do parlamentar indica vinculação com o pagamento feito pela Petrobrás pelos direitos de exploração na República do Benin, em negócio que se mostrou prejudicial à empresa estatal. 73. Oportuno ainda lembrar que Jorge Luiz Zelada e João Augusto Rezende Henriques já foram condenados na ação penal 503947550.2015.404.7000 (evento 340) por crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro. Naquele feito, provado que, em contrato celebrado entre a Petrobrás e a empresa Vantage Drilling para fornecimento do navio-sonda Titanium Explorer, teriam sido pagos cerca de trinta e um milhões de dólares em propinas dirigidas a agentes da Petrobrás e a agentes político. Jorge Luiz Zelada era o Diretor da Área Internacional da Petrobrás e João Augusto Rezende Henriques o intermediador do pagamento da propina. (MORO, 2016, p. 7)

Moro (2016) além de todos estes fatos que estavam provados documentalmente na decisão, trouxe ainda o depoimento de Eduardo Costa Vaz, Gerente Geral da Área Internacional da Petrobrás, o magistrado resumiu que o mesmo afirmou em sua colaboração premiada:

[...] que João Augusto Henriques teria logrado obter a nomeação de Jorge Luiz Zelada para Diretor da Área Internacional da Petrobrás com o apoio de políticos do Partido do Movimento Democrático Brasileiro PMDB, mas quem dava a palavra final seria o então

Deputado Federal Eduardo Cosentino da Cunha. Relatando o pagamento de propinas em outro contrato da Petrobrás, envolvendo o Consórcio Integra, declarou em depoimento de 20/08/2015 (evento 1, anexo20)

Moro (2016) ressalta que existe registro de pelo menos um encontro entre o Diretor Jorge Luiz Zelada e Eduardo Cunha, na época em que o contrato entre a Petrobrás e a CBH estava sendo discutido. Levando o magistrado ao entendimento de que se tratava de crime típico do esquema criminoso ocorrido na Petrobrás, Eduardo Cunha daria apoio político para Jorge Luiz Zelada permanecer no seu cargo (Diretor da Área Internacional da Petrobrás) e em troca receberia parcelas de propinas nos negócios celebrados pela estatal na área de atuação de Zelada. Pelo exposto o Juiz acreditou existir prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria, entendendo que:

As provas orais e documentais, portanto, indicam, em cognição sumária, que o Deputado Federal Eduardo Cosentino da Cunha foi beneficiário de acertos de propinas havidos em contrato da Petrobrás, celebrado no âmbito da Diretoria Internacional ocupada pelo Diretor Jorge Luiz Zelada, e que utilizou contas secretas no exterior para receber, ocultar e dissimular o produto do crime. Idalécio de Castro Rodrigues de Oliveira teria pago a propina, enquanto João Augusto Rezende Henriques a intermediado. (MORO, 2016, p. 8)

Feita a análise da existência do *fumus commissi delicti*, o magistrado analisou a existência dos fundamentos. O primeiro alegado pelo magistrado foi o risco a investigação criminal ou à instrução, Moro (2016) utilizou fundamentos alegados pelo então Ministro Teori Zavascki no afastamento cautelar do ex-deputado da presidência da Câmara dos Deputados. O Ministro alegou que em vários momentos o “Deputado Federal Eduardo Cosentino da Cunha teria agido para obstruir as investigações a respeito de seus crimes e para prevenir a definição de suas responsabilidades.”

O magistrado destaca:

Apontados, inicialmente, indícios de que Eduardo Cosentino da Cunha teria por praxe utilizar outros parlamentares federais para, em comissões legislativas, inclusive comissões parlamentares de inquérito, formular requerimentos em seu interesse, como "requerimentos para pressionar empresários para obtenção de vantagens espúrias". (MORO, 2016, p. 9)

E para corroborar tal entendimento é alegado episódio em que o ex-deputado teria extorquido o Grupo Schahin, e que também intimidava testemunhas, como é possível observar do trecho de decisão do então Ministro, destacado por Moro:

"Os elementos aportados pela acusação revelam, por exemplo, atuação parlamentar de Eduardo Cunha, com desvio de finalidade, durante a Comissão Parlamentar de Inquérito denominada CPI da Petrobras. Elementos fáticos descritos no presente requerimento dão conta de que Lúcio Bolonha Funaro, na mesma data em que houve a instalação da referida CPI, já advertia por email que os integrantes do grupo Schahin seriam convocados e investigados (fls. 8384), o que, de fato, efetivamente ocorreu, conforme já demonstrado. Além disso, segundo o Procurador-Geral da República, houve a utilização da empresa Kroll (fls. 1.3281.421), contratada pela Presidência da Câmara dos Deputados para investigação principalmente, de pessoas que teriam celebrado acordo de colaboração premiada e indicado a prática de crimes por parlamentares, o que configura finalidade diversa do objeto da chamada CPI da Petrobras. Aponta-se, ainda, que durante a Comissão Parlamentar de Inquérito Eduardo Cunha valeu-se do então Deputado Federal Celso Pansera para, supostamente, intimidar Alberto Youssef mediante requerimentos de 'quebra dos sigilos bancário, fiscal, telefônico e telemático da ex-esposa, da irmã e das filhas de Youssef, que hoje possuem 21, 23 e 26 anos e que, na época de muitos dos fatos investigados, eram menores de idade' (fl. 88), 'e que, mesmo tendo sido suspenso tal requerimento pelo STF, no mesmo dia, o Deputado Federal Celso Pansera apresentou novo requerimento, desta vez falando em transferência de sigilo' (fl. 91), conforme destacou o Ministério Público: (...) Alberto Youssef, em depoimento prestado à Procuradoria-Geral da República, relata que se viu intimidado pela CPI da Petrobras em razão das insistentes convocações e requerimentos de afastamento de sigilo bancário e fiscal de seus familiares, mediante requerimentos de Celso Pansera, por ter declarado em juízo que o Deputado Eduardo Cunha teria sido beneficiado de vantagens indevidas decorrentes de contratos da Petrobras: (...)" ( *apud* MORO, 2016, p. 9)

O magistrado também traz à luz as palavras do Procurador-Geral da República à época:

“Trata-se, portanto, de mais um exemplo no qual Eduardo Cunha por meio de correligionários, utilizou a CPI para interesses pessoais e escusos que desvirtuam completamente o objeto da comissão. Também aqui resta claro que Eduardo Cunha colocou seus aliados em cargos chaves da CPI da Petrobras para constranger colaboradores, bem como para evitar que ele próprio fosse investigado por aquela comissão. Não à toa, o relatório final da CPI da Petrobras não apenas negou que tivesse havido corrupção institucionalizada na Petrobras, mas também não imputou qualquer responsabilidade a Eduardo Cunha e, além disso, criticou o instituto da colaboração premiada. Trata-se, portanto, de um caso típico de abuso de poder que merece a intervenção do Poder Judiciário, sob pena de comprometer o resultado útil da investigação e, portanto, da aplicação da lei penal. (*apud*, MORO, 2016, p. 10)

Moro (2016) elenca outro caso de intimidação de potenciais testemunhas, como por exemplo, a demissão de Luiz Antonio Souza da Eira, então Diretor do Centro de Informática da Câmara dos Deputados que: “foi exonerado sumariamente (fl. 871) após



o surgimento dos primeiros indícios de que o autor dos requerimentos apresentados pela Deputada Solange Almeida seria o próprio Deputado Eduardo Cunha". Moro esclarece os fatos:

94. Para esclarecer, Eduardo Cosentino da Cunha é acusado de ter recebido vantagem indevida de cinco milhões de dólares, em contratos da Petrobrás para fornecimento dos navios-sonda Petrobrás 10000 e Vitória 10000 (Ação Penal 982 no Supremo Tribunal Federal declinada ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região). Os acordos iniciais das propinas teriam sido feitos com o Diretor da Área Internacional da Petrobrás Nestor Cuñat Cerveró e os intermediadores de propinas Fernando Antônio Falcão Soares e Júlio Gerin de Almeida Camargo. Por problemas de liquidez, Júlio Gerin de Almeida Camargo interrompeu os pagamentos da propina. Para pressioná-lo, Fernando Antônio Falcão Soares recorreu ao então Deputado Federal Eduardo Cosentino da Cunha que concordou em ajudá-lo em troca de parte da propina acertada. Para pressionar Júlio Gerin de Almeida Camargo foram apresentados na Câmara requerimentos para investigá-lo, bem como o grupo empresarial que representava, o que teria sido feito pela então Deputada Federal Solange Almeida por solicitação de Eduardo Cosentino da Cunha. Em decorrência da identificação dos requerimentos no sistema de informática da Câmara, Eduardo Cosentino da Cunha, então Presidente dela, demitiu o diretor de informática, em ato que, segundo a decisão referida, constituiu abuso de poder e tentativa de obstruir as investigações. (MORO, 2016, p. 11)

Moro (2016, p. 14) ainda utilizando a decisão de afastamento da presidência do ex-deputado, demonstra indícios de que houve várias tentativas de obstruir o regular andamento dos trabalhos do Conselho de Ética da Câmara dos Deputados, que estava analisando uma representação formulada contra o então Deputado. Alegando que os comportamentos impeditivos eram compostos de: “[...] encerramento indevido de sessões do Conselho de Ética, falta de disponibilização de local para reunião do Conselho e até mesmo ameaça sofrida pelo relator do processo.”

Com todo o exposto Moro (2016) chega à conclusão de que há grandes indícios de ações repetidas do ex-Deputado visando atrapalhar o regular andamento das investigações e da instrução criminal, sendo fundamento clássico para decretação da prisão preventiva. O magistrado então elucida a questão se a perda do mandato parlamentar seria remédio suficiente para acabar com possíveis novas obstruções. Sergio Moro entende que não:

100. Não é essa a compreensão deste Juízo, considerando o próprio *modus operandi* do acusado. Com exceção do episódio da demissão do Diretor de Informática da Câmara, em todos os

demais, o acusado Eduardo Cosentino da Cunha agiu subrepticiamente, valendo-se de terceiros para obstruir ou intimidar. Embora a perda do mandato represente provavelmente alguma perda do poder de obstrução, esse não foi totalmente esvaziado, desconhecendo-se até o momento a total extensão das atividades criminais do ex-parlamentar e a sua rede de influência. Ilustrativamente, no episódio envolvendo a intimidação do relator do processo no Conselho de Ética, não foi um terceiro parlamentar o portador da ameaça. 101. O ex-parlamentar é ainda tido por alguns como alguém que se vale, com frequência, de métodos de intimidação. O próprio Júlio Gerin de Almedia Camargo, um dos primeiros que revelou a participação de Eduardo Cosentino da Cunha no esquema criminoso da Petrobrás, afirmou em Juízo que ocultou os fatos em seus primeiros depoimentos por medo das consequências (ação penal 508383859.2014.4.04.7000). 102. Sem a tomada de medidas mais duras, é de se recear que potenciais testemunhas contra o acusado se sintam igualmente intimidadas em revelar a verdade e colaborar com a Justiça. 103. Considerando o histórico de conduta e o modus operandi, remanescem riscos de que, em liberdade, possa o acusado Eduardo Cosentino da Cunha, diretamente ou por terceiros, praticar novos atos de obstrução da Justiça, colocando em risco à investigação, a instrução e a própria definição, através do devido processo, de suas eventuais responsabilidades criminais. (MORO, 2016, p. 12)

Além do risco a investigação criminal, o magistrado alegou risco à ordem pública, e afirma que:

108. Impor a prisão preventiva em um quadro de corrupção e lavagem de dinheiro sistêmica é aplicação ortodoxa da lei processual penal (art. 312 do CPP). 109. Assim, excepcional não é a prisão cautelar, mas o grau de deterioração da coisa pública revelada pelos processos na Operação Lava-jato, com prejuízos já assumidos de cerca de seis bilhões de reais somente pela Petrobrás e a possibilidade, segundo investigações em curso no Supremo Tribunal Federal, de que os desvios tenham sido utilizados para pagamento de propina a dezenas de parlamentares, comprometendo a própria qualidade de nossa democracia. (MORO, 2016, p. 13)

Após demonstrar a importância da prisão preventiva, Moro (2016) demonstra que há indícios de que Cunha está envolvido em diversos crimes contra a Administração pública, justificando o risco a ordem pública:

123. Portanto, segundo a argumentação constante na própria decisão do eminente Ministro Teori Zavascki, presentes indícios do envolvimento do acusado Eduardo Cosentino da Cunha não em crimes isolados, mas na prática de crimes em série contra a Administração Pública e de lavagem de dinheiro, sempre envolvendo milhões ou

dezenas de milhões de reais desviados dos cofres públicos. 124. A dimensão e o caráter serial dos crimes estendendo-se por vários anos, é característico do risco à ordem pública. 125. Afinal, as provas são, em cognição sumária, da prática reiterada, profissional e sofisticada de crimes contra a Administração Pública, por Eduardo Cosentino da Cunha, não só em contratos da Petrobrás, mas em diversas outras áreas, não raramente com o emprego de extorsão e de terceiros para colher propinas. Da mesma forma, colhidas provas, em cognição sumária, da prática reiterada profissional e sofisticada de lavagem de dinheiro, com utilização de contas secretas no exterior para ocultar e dissimular produto de crimes contra a Administração Pública. (MORO, 2016, p. 15)

Moro (2016, p. 23) mais uma vez também demonstrou que a gravidade dos fatos na dimensão concreta autoriza a prisão preventiva, fazendo a ressalva de que em abstrato não, apenas se considerada de maneira concreta. Chegando a conclusão de que estaria demonstrada a necessidade da prisão preventiva: “O apelo à ordem pública, seja para prevenir novos crimes, seja em decorrência de gravidade em concreta dos crimes praticados, é causa suficiente para justificar a decretação da preventiva.” Novamente o magistrado levantou a questão de que seria suficiente ou não a perda do mandato parlamentar para impedir novas obstruções criminosas, afirmando que não pelos motivos previamente mostrados.

O último fundamento demonstrado por Moro (2016) foi de risco à aplicação da lei penal, o magistrado utilizou argumentação semelhante ao da aplicação de prisão preventiva sob esse fundamento no caso do Sergio Cabral. Alegou que o produto do crime não havia sido completamente rastreado e localizado, o que causava maior risco para a sua dissipação. Assim como aumentava a possibilidade de fuga do ex-deputado para o exterior, com esses recursos ilícitos:

Assim, a prisão cautelar, além de prevenir obstrução da Justiça, reiteração delitiva, também terá o salutar efeito de impedir ou dificultar novas condutas de ocultação e dissimulação do produto do crime, já que este ainda não foi integralmente recuperado, o que resguardará a aplicação da lei penal, que exige sequestro e confisco desses valores, bem como prevenir que o acusado se refugie no exterior com o produto do crime. (MORO, 2016, p. 19)

Por fim Sergio Moro alega que a prisão preventiva não havia sido anteriormente decretada pelo STF por conta da proteção que o ex-deputado gozava, por conta do parágrafo segundo do art. 53 da CRFB: “Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável.

Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.”

Tendo Eduardo Cunha perdido o mandato, não goza mais de tal proteção:

152. Tendo Eduardo Cosentino da Cunha perdido o mandato parlamentar, não mais vigora a vedação do art. 53, §2º da Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual não mais existem as amarras que impediram a tomada da decisão mais adequada pela instância superior. 153. Por outro lado, como já argumentado, a perda do mandato não é suficiente para prevenir os riscos constatados, considerando o histórico e o modus operandi do acusado, com atuação sub-reptícia, emprego de contas secretas no exterior e a utilização de terceiros para a prática de crimes e atos de obstrução à Justiça, motivo pelo qual pertinente a imposição da prisão cautelar contra Eduardo Cosentino da Cunha. 154. Pelos mesmos motivos, não se vislumbra como medida cautelar alternativa poderia substituir com eficácia a prisão preventiva. (MORO, 2016, p. 20)

Com isso concluído está o resumo da decisão de Sergio Moro de decretar a prisão preventiva de Eduardo Cunha, passemos então a analisar a mesma. Em primeiro lugar necessário observar se estão presentes as provas da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria, ao contrário das decisões anteriormente analisadas que a maior parte da decisão era voltada a demonstrar a aparência do delito e haviam muitas colaborações premiadas, nesta Moro foi mais sucinto, visto que os elementos probatórios eram basicamente documentais, havendo apenas uma breve citação a uma colaboração.

Mas mesmo assim, Sergio Moro, mais uma vez fundamentou bem o *fumus commissi delicti*, como já transcrito acima, o elemento probatório da fortes indícios da existência de um esquema criminoso envolvendo Eduardo Cunha, mais especificamente o recebimento de propina pelo mesmo. Como dito anteriormente a Lava-Jato apurou um gigantesco esquema criminoso envolvendo a Petrobrás, políticos e grandes empreiteiras.

E no presente caso não parece ser diferente, dando fortes demonstrações que o negócio feito entre a Petrobrás e a CBH foi ilícito, e contou com a participação do ex-parlamentar, visto todas as provas narradas por Moro, demonstrando quem em grande resumo a CBH através de um esquema que tentou maquiagem essa transação, depositou USD 1,5 milhão em conta que pertencia na realidade a Eduardo Cunha, tudo isso em data próxima da celebração do contrato das duas empresas. Reforça o caráter suspeito o fato de Eduardo Cunha alegar que se tratava de devolução de empréstimo, contudo não

dando demonstração nenhuma de que isso seria verdade. Logo para decretação de prisão preventiva presente está o requisito do *fumus commissi delicti*.

Provada a existência do requisito autorizativo da prisão preventiva, necessário analisar se também existe algum fundamento para a decretação da mesma. Moro nessa decisão destrinchou mais os fundamentos trazendo um maior número de argumentos do que nas anteriores decisões já analisadas. O primeiro fundamento alegado pelo magistrado foi de risco à instrução ou à investigação criminal, ou seja, o estado de liberdade do indiciado colocaria em risco o regular andamento do processo, trazendo inclusive um grande número de relatos à maioria relacionados à decisão do então Ministro Teori Zavascki de afastar Cunha da presidência da Câmara dos Deputados, mostrando que o ex-parlamentar em diversas vezes tentou coagir testemunhas, utilizando seus poderes para atrapalhar investigações contra ele mesmo.

De fato como já demonstrado neste presente trabalho, o risco à investigação ou à instrução criminal é fundamento idôneo para decretação da prisão preventiva, já que possui natureza cautelar e visa garantir que o processo se desenvolva normalmente. Destarte coagir testemunhas e atrapalhar as investigações são fatos que, em regra, demonstram a necessidade da aplicação da prisão preventiva. Importa salientar que para ser aplicada tal medida é necessário que ela seja devidamente motiva e o juiz Sérgio Moro demonstrou que em diversas vezes Eduardo Cunha agiu com esse intuito de frustrar o regular andamento do processo e evitar uma possível punição.

Contudo, há quem discorde de tal decisão, acreditando que esses fundamentos utilizados por Sérgio Moro não se mantêm, pois acreditam que a perda do mandato parlamentar seria suficiente para afastar todo o risco à instrução, visto que Eduardo Cunha teria perdido grande parte do seu poder de influência. Nesse sentido são as críticas feitas por Leonardo Isaac Yarochevsky em artigo publicado no site Conjur:

Verifica-se aqui, que o juiz Federal Sergio Moro recorre a fatos pretéritos de cerca de seis meses atrás para justificar e fundamentar a prisão. Na época, o ministro Teori Zavascki utilizou os argumentos, que agora são reciclados por Moro, para afastar Eduardo Cunha da presidência da Câmara dos Deputados. É evidente que estes argumentos já não se sustentam hoje, após Cunha ter deixado de exercer a função parlamentar. (YAROCHEWSKY, 2016)

Em que pese os argumentos contrários à decisão, o magistrado Sérgio Moro buscou demonstrar que a perda do mandato não é fato suficiente para afastar o risco, ou seja, mesmo sem o mandato Eduardo Cunha continuava tendo grande poder de influência, demonstrando que na maioria das vezes ele agiu se valendo de terceiros para obstaculizar ou intimidar testemunhas. Logo, nesse caso, Moro utilizou um fundamento idôneo e devidamente motivado para decretação de prisão preventiva, prestigiando o caráter instrumental dessa medida. Mesmo existindo uma possível discussão se não haveria uma medida cautelar alternativa menos drástica, a prisão foi devidamente motivada visto que foi demonstrado que Cunha agiu diversas vezes no intuito de obstruir o processo. Questão importante é que essa prisão não pode se manter indefinidamente, como seu intuito é proteger o regular andamento do feito, colhida às provas documentais e testemunhais que Cunha poderia interferir, o mesmo deverá ser solto, pois caso contrário, se estará violando os princípios da provisionalidade e provisoriedade, já que a prisão preventiva não estará mais ligada a nenhuma situação fática e toma contornos de definitividade, fugindo totalmente de seu caráter provisório.

Logo, a prisão preventiva com base nesse fundamento é possível e foi devidamente motivada, visto que foi privilegiado o caráter instrumental da medida. Embora já demonstrado a existência de um fundamento que legitima a prisão, vamos analisar os demais fundamentos elencados. O segundo argumento trazido pelo magistrado, já foi o exaustivamente criticado risco à ordem pública, em primeiro lugar Sérgio Moro, defende a aplicação da prisão preventiva afirmando que em quadro de corrupção e lavagem de dinheiro sistemático decretar a prisão preventiva é aplicação ortodoxa da lei processual penal. Em que pese o fato dos crimes serem de fato crimes realmente sérios que demonstram verdadeiro desrespeito com a coisa pública e trazem sentimento de revolta popular, a imputação de um crime ou crimes por si só nunca podem ser motivos idôneos para aplicação da prisão preventiva, logo necessário é a existência de um dos fundamentos já vistos.

Além disso, o magistrado defende que a prisão cautelar não é excepcional, e sim o grau de deterioração da coisa pública revelado nessas investigações. Contudo, mais uma vez necessário é discordar do ilustre magistrado, como dito em que pese realmente o triste esquema de corrupção existente em nosso país, isso não justifica por si só a prisão preventiva, ela é medida excepcional sim, o próprio CPP estabelece ela como a *ultima ratio* do sistema, só podendo ser aplicada em casos extremos e provados seus requisitos

e fundamentos. Logo se realmente culpados os investigados de crimes tão graves devem sim pagar pelos mesmos, mas através da sentença penal condenatória, observado sempre o devido processo legal e não em sede de prisão preventiva.

Já na fundamentação da ordem pública propriamente dita Moro mais uma vez utilizou o risco de reiteração criminosa e gravidade do fato em concreto. Novamente se ressalta a impossibilidade de decretação da prisão preventiva sob o argumento de risco de reiteração delitiva, viola-se diretamente a Constituição, ignorando-se o princípio da presunção de inocência, como já demonstrado anteriormente com a opinião de Badaró (2016) e Lopes Júnior (2015). Não é possível prender preventivamente pela suposição de que no futuro o agente cometerá novos crimes, além de não possuir nenhuma natureza cautelar, tal medida viola diretamente a Constituição. Com relação à gravidade do fato, realmente o crime em abstrato nunca pode ser utilizado para esses fins, contudo o crime em concreto também não é fundamentação idônea para aplicação da prisão preventiva, o Juiz deve levar a gravidade do crime na hora de aplicar à pena, não como fundamento para afastar da sociedade alguém presumidamente inocente.

Por fim alegou risco à aplicação da lei penal, pelo fato de o produto do crime não ter sido completamente rastreado e localizado, o que possibilitaria com esse dinheiro ilícito uma possível fuga do acusado para o exterior. Com relação ao produto do crime, mais uma vez se utiliza as lições de Pacelli (2017) para quem a prisão preventiva em nada amenizaria a lesão financeira sofrida, sendo a medida mais adequada o sequestro ou a indisponibilidade de bens do acusado, para evitar a dissipação do produto do crime. De fato privar a liberdade do acusado de nada adiantaria para tais fins. Com relação à possibilidade de o ex-parlamentar fugir, trata-se mais uma vez de suposição, pelo fato dele possuir grandes recursos financeiros, além dos provenientes do possível crime. Não é possível fundamentar a prisão preventiva na suposição de que alguém irá fugir, se faz necessário provas de que o acusado/indiciado pretende ou já tentou fugir.

Logo neste caso foi demonstrado à existência da fumaça do crime e o perigo que a liberdade do indivíduo gera ao processo, consubstanciado no presente caso no risco à instrução ou à investigação (conveniência da instrução criminal). Embora seja necessária apenas a existência de um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, neste caso foi demonstrado que apesar de existir uma fundamentação idônea, mais uma vez foram utilizados fundamentos incorretos como risco à ordem

pública, além de se utilizar o risco à aplicação da lei penal com base em uma suposição. Contudo, como foi demonstrada a existência de um fundamento pelo menos, a prisão preventiva foi aplicada de maneira correta.

Feita as devidas ponderações, para melhor análise fática será exposto mais uma vez os desdobramentos da decisão em outras instâncias. A 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou o pedido de *Habeas Corpus* Nº 5046797-38.2016.4.04.0000 do ex-deputado, sendo que esse já havia sido negado liminarmente pelo Desembargador João Pedro Gebran Neto. A defesa de Cunha, segundo a Revista Consultor Jurídico (dez.2016) havia alegado:

A defesa alegou que a prisão preventiva foi pedida pelo procurador-geral da República na época em que Cunha era deputado e que, após a cassação do parlamentar, teria perdido o objeto. Os advogados argumentam, ainda, que Cunha não oferece risco à ordem pública e que a eventual existência de depósitos bancários no exterior e a dupla cidadania do ex-deputado não servem para justificar a prisão preventiva. (CONJUR, dez. 2016)

Contudo, o TRF-4 entendeu de maneira diversa, acreditando estar presente o risco a instrução criminal, visto os fatos de intimidação alegados; risco a aplicação da lei penal pela possibilidade de fuga devido à vultosa quantia envolvida no crime; e risco a ordem pública e de reiteração delitiva, visto que o ex-deputado é figura de grande influência no cenário político. Em que pese o correto entendimento do TRF-4 com relação ao risco à instrução criminal, não é possível concordar com o entendimento de manter a prisão preventiva com base em meras suposições como as que levam ao risco de fuga, ou com base no inconstitucional fundamento de risco a ordem pública e de reiteração delitiva.

Após a decisão do TRF-4, Cunha também teve o HC Nº 382.493 - PR indeferido liminarmente no STJ, pelo Ministro Felix Fischer (2016), discordando da defesa que alegava inexistência do *periculum libertatis*, a desproporcionalidade da medida (sendo cabível medida alternativa) e que a decisão se baseou em especulações. O Ministro entendeu não haver ilegalidade na decisão de decretação da prisão preventiva, pois existente risco à ordem pública, visto a necessidade de estancar o esquema criminoso envolvendo a Petrobrás e risco à aplicação da lei penal, considerando que Sérgio Moro demonstrou concretamente as mesmas.



Cunha foi mantido preso pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que negou o HC impetrado pela defesa do ex-parlamentar. Felipe Luchete em artigo publicado no CONJUR demonstrou que houve divergência entre os ministros na decisão, mas no tocante a fundamentação da prisão, pois com relação à necessidade da medida todos concordaram com a manutenção da prisão preventiva:

O colegiado entendeu que, enquanto não for rastreado todo o dinheiro citado na denúncia, há risco de dissipação do produto do crime. Para o ministro Félix Fischer, relator do caso, a prisão também é necessária porque Cunha poderia usar recursos ilícitos para fugir — ele tem nacionalidade italiana — e para prevenir a obstrução da Justiça. O ministro Reynaldo Soares da Fonseca foi contrário a esses dois últimos fundamentos. Ele disse que não se pode manter ninguém preso pelo risco de fuga, pois o Supremo Tribunal Federal já derrubou preventivas baseadas em presunção, e entendeu ainda que não há risco à instrução do processo, que já está na fase das alegações finais, próxima da sentença. O entendimento foi seguido pelo ministro Ribeiro Dantas, mas venceu o voto do relator. (LUCHETE, 2017, p.1)

No que pese a correta divergência levantada pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, corroborando nosso entendimento da não possibilidade de se decretar a prisão preventiva com base em presunções, assim como demonstrando que nesse momento já não existia risco à instrução do processo, pois o processo já estava na fase de alegações finais, visto que destacamos que a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal só era legítima enquanto necessária para o recolhimento das provas que a liberdade do acusado gerava risco, não mais se sustentando se o processo se encontra em fase de alegações finais, infelizmente foi mantida a prisão preventiva, sendo utilizado o fundamento de dissipação do produto do crime. Porém como já foi aqui exposto o correto entendimento de Pacelli (2017), nesses casos o ideal são medidas cautelares reais, que atuem sobre o patrimônio do indivíduo, e não sobre a liberdade do mesmo.

Por fim Cunha teve sua prisão preventiva mantida pelo Ministro Edson Fachin que negou andamento ao AG.REG. NO HABEAS CORPUS 142.067, impetrado contra decisão do STJ, importa ressaltar que entre a decisão da prisão preventiva de Eduardo Cunha e essa decisão do Ministro pela manutenção da prisão preventiva, o acusado foi condenado por Sergio Moro em primeira instância, à 15 anos e 4 meses de prisão pelos crimes de corrupção passiva, lavagem de dinheiro e evasão de divisas, como aponta o Ministro:

Após a prolação do ato apontado como coator, verifica-se a publicação de sentença condenatória, em 30.03.2017, em que se reconheceu, ainda que em decisão sujeita a recurso, mas em cognição exauriente, a culpa do paciente, ocasião em que a adequação da medida cautelar imposta foi reexaminada à luz de um espectro fático-processual de maior amplitude e profundidade. Além disso, impende salientar que a sentença empregou fundamentos diversos do decreto segregatório, notadamente a cogitada realização de intimidações mediante abuso do direito de defesa. (FACHIN, 2017, p. 2)

Por conta dessa sentença superveniente que decidiu manter a prisão preventiva, mas com fundamentos diversos Fachin entendeu pela não possibilidade de enfrentamento da matéria:

Ressalto que a decisão que manteve a custódia processual não foi examinada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, tampouco pelo Superior Tribunal de Justiça, de modo que o conhecimento prematuro por esta Corte configuraria indevida dupla supressão de instância. (FACHIN, 2017, p. 3)

Como visto esta decisão do STF não enfrentou os fundamentos da prisão preventiva analisada, contudo, as decisões que enfrentaram entenderam por manter a prisão preventiva principalmente pelo risco de reiteração delitiva, pelo risco à ordem pública, fundamentos totalmente distantes do caráter cautelar e excepcional que possui a prisão preventiva. Apenas tendo sido utilizado como fundamento idôneo e válido o risco à instrução criminal, sendo que esse fundamento perdeu sua validade a partir do momento que não se fazia mais necessário, como destacado pelo Ministro do STJ Reynaldo Soares, que afirmou a não necessidade da medida quando o processo se encontra em alegações finais. Logo, embora a medida cautelar tenha sido aplicada de maneira correta pelo juiz Sérgio Moro, com o desenvolver do processo, passada a coleta das provas que a liberdade do indivíduo gerava risco, a manutenção da prisão preventiva sob esse fundamento é incorreta.

#### 4.4 Rogério Onofre de Oliveira, Prisão Preventiva N° 0504942-53.2017.4.02.5101/RJ

O presente caso trata da prisão preventiva de Rogério Onofre de Oliveira diretor do DETRO/RJ (Departamento de Transportes Rodoviários do Estado do Rio de Janeiro, autarquia que tem como objetivo segundo o próprio site: “[...] a concessão, a permissão, autorização, planejamento, coordenação, fiscalização, inspeção, vistoria e administração

dos serviços intermunicipais de transportes de passageiros por ônibus e serviço complementar em seus diferentes regimes, e o planejamento, coordenação e vistoria e fiscalização dos serviços intermunicipais de cargas, e todos os demais atos implícitos.”), requerida pelo MPF e deferida pelo Juiz Marcelo Bretas. O magistrado antes de adentrar na análise do pedido propriamente dito elucidou o contexto do caso em questão:

O Ministério Público Federal afirma que com o desenrolar das investigações no âmbito das Operações Calicute e Eficiência foi possível desbaratar uma gigantesca Organização Criminosa-ORCRIM responsável por desvio milionário de dinheiro dos cofres públicos do Governo do Estado do Rio de Janeiro, cuja liderança é atribuída ao ex-governador Sérgio Cabral dos Santos Filho. (BRETAS, 2017, p.1)

Tais operações são desdobramentos da operação lava-jato, logo correlacionados a todos esses esquemas de corrupção até agora visto. Bretas (2017) destaca que os crimes de corrupção não podem ser tratados como crimes menores por não possuírem violência imediata. Pelo contrário devem ser tratados com extremo rigor, visto o prejuízo geral que gera para a sociedade, destacando a necessidade de se observar as convenções internacionais que tratam de combate a corrupção, entre elas: “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.” Tal convenção traz em seu artigo 30, item “5”: “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” O magistrado reconhece que em sede de prisão preventiva não se trata de pessoas consideradas culpadas, contudo acredita que deve se tratar com extremo rigor os crimes de corrupção mesmo em sede de prisão provisória.

O magistrado destaca que além do agente público no crime de corrupção, não se deve esquecer do agente particular que estimula ou consente com essa prática que gera lesão ao patrimônio público. Destacando qual era o esquema de corrupção em questão investigado pela operação ponto final:

Cabe frisar que se está diante de empresários do setor dos transportes, que supostamente movimentam, através de suas empresas de ônibus e da Federação das Empresas de Transportes de Passageiros do Estado do Rio de Janeiro (FETRANSPOR), vultosas quantias direcionadas à organização criminosa, com o fito de manter privilégios no referido setor. (BRETAS, 2017, p. 8)

Passando a analisar a prisão preventiva propriamente dita, é de se destacar que essa decisão apreciava a prisão de outros acusados além de Rogério Onofre, que teve sua função segundo Bretas revelada pelos colaboradores:

O investigado ROGÉRIO ONOFRE é apontado pelos colaboradores como o Presidente do DETRO/RJ, que recebia vantagens indevidas provenientes dos empresários do setor de transporte, bem como da própria FETRANSPOR. De fato, consoante Relatório de Pesquisa nº3056/2017, ROGERIO ONOFRE foi nomeado pelo ex-governador Sergio Cabral para exercer o referido cargo em 01/01/2007, no qual permaneceu até 03/04/2014 (fls. 1855/1864). Como já dito alhures, a planilha trazida pelos colaboradores demonstra os supostos pagamentos de propina feitos a ROGÉRIO ONOFRE, pela FETRANSPOR, sob o comando de JOSÉ CARLOS REIS LAVOURAS, de julho de 2010 a novembro de 2014, totalizando R\$ 43.200.000,00 (quarenta e três milhões e duzentos mil reais). A partir de outubro de 2015, segundo dados da mesma planilha, os pagamentos foram efetuados diretamente por MARCELO TRAÇA, contabilizando, até fevereiro de 2016, o aporte de recebimento de quase R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais).(BRETAS, 2017, p. 16)

Bretas (2017) afirma que apesar de Onofre não ser mais presidente do DETRO/RJ, continuava recebendo valores ilícitos de Marcelo Traça, o que demonstraria sua força no setor de transportes do Estado do Rio de Janeiro. O colaborador Edimar Dantas, que era funcionário da empresa Hoya, sendo está a corretora de valores e câmbio do doleiro Álvaro José Novis, salientando que era essa a empresa que controlava as planilhas e os pagamentos do caixa dois da FETRANSPOR, demonstrou como era feito esse pagamento:

“... QUE em determinado momento MARCELO passou a efetuar os pagamentos devidos pela FETRANSPOR para ROGÉRIO ONOFRE; QUE esses pagamentos eram feitos de forma independente por MARCELO TRAÇA que apenas recolhia à F/NETUNO a diferença; QUE o dinheiro em espécie era pago diretamente por MARCELO a ROGÉRIO; que contabilmente o depoente registrava o somatório dos valores pagos por MARCELO a ROGÉRIO e à FETRANSPOR (F/NETUNO) como crédito de MARCELO para a F/NETUNO e da F/SABI para a MAMALUCO...” (BRETAS, 2017, p. 16)

Além de Dantas, Bretas salienta a colaboração de Álvaro José Novis:

[...] o colaborador Álvaro Nóvis relatou que ROGERIO ONOFRE teria investido o montante auferido a título de propina em três hotéis, sendo um hotel fazenda, inclusive em nome de pessoas da família, em provável atividade ilícita de lavagem/ocultação de ativos. Tal informação encontra respaldo no Relatório de Pesquisa nº 3057/2017 (fls. 1865/1869), referente à Dayse Debora Alexandra Neves, companheira de ROGERIO ONOFRE. Em tal estudo, verifica-se que Dayse é proprietária de um hotel Fazenda, desde 2007, sem, contudo,

constar qualquer vínculo empregatício para a época de 2005 a 2013, o que suscita dúvida quanto à origem dos valores empregados no empreendimento. (BRETAS, 2017, p. 17)

Bretas (2017) destaca que essa sistemática entrega de valores a Onofre foi confirmada em depoimento de Ricardo Campos e Carlos Alberto Vital, ambos funcionários da Hoya. Por tudo exposto:

Em suma, ao que tudo indica, restam evidenciados indícios suficientes de materialidade e autoria dos delitos de corrupção passiva, pertinência à organização criminosa e lavagem de dinheiro pelos requeridos. Reforça ainda a necessidade da medida cautelar pleiteada em desfavor destes investigados a íntima relação negocial que ambos demonstram ter com outros apontados como membros da ORCRIM, recebendo grandes somas em dinheiro por longo período. (BRETAS, 2017, p. 18)

Bretas (2017) afirmou que o fato de Onofre não ser mais Presidente do DETRO/RJ não impediria o risco de reiteração criminosa e prática de atos obstrutivos a investigação. Destacando que o partido político que governa o Rio é o mesmo de diversos participantes da ORCRIM. E que o acusado ainda recebia valores mesmo depois de ter saído da presidência do DETRO/RJ.

Bretas valorou muito o crime em si:

As cifras milionárias e espúrias referidas no esquema criminoso aqui apontado permitem ainda concluir pela facilidade de influência política dos representados, bem como a potencial capacidade de desestimular testemunhas e pessoas lateralmente envolvidas a colaborar com as investigações, que são muitas e complexas, ainda em curso. Aliás, como já mencionado, em princípio, há indícios de crimes de lavagem/ocultação de ativos em curso, com a aquisição de empresas (hotéis) em nome de parente (companheira), por parte de ROGÉRIO ONOFRE. Assim, por todos os elementos probatórios acostados pelo órgão ministerial, resta demonstrada a necessidade de segregação cautelar dos investigados supramencionados, a fim de se dar continuidade às investigações relacionadas à ORCRIM, bem como tentar interromper o suposto ciclo de propina no setor. E por isso mesmo, mostra-se inadequada qualquer outra medida cautelar alternativa que possibilite o contato dos representados com outros investigados, com qualquer pessoa com acesso ou influência aos setores relacionados da administração pública ou, finalmente, que tenham a mais remota possibilidade de atuar para ocultar bens ou valores ilícitos ou obtidos criminosamente, o que é cada vez mais simples e rápido no atual estágio tecnológico e de interconectividade em que vivemos. (BRETAS, 2017, p. 18)

Com isso Bretas (2017) concluiu pela necessidade da prisão preventiva, por existir risco a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e risco a aplicação da lei penal.

Feito o resumo da decisão de Bretas, passemos a analisar a mesma. Em primeiro lugar diferente das decisões antes analisadas o *fumus commissi delicti* foi aqui muito menos trabalhado, utilizando basicamente apenas provas testemunhais, relacionadas a colaborações premiadas e uma planilha que reforça o recebimento de vantagem ilícita por parte de Onofre. No que pese a pouca fundamentação não está aí o maior problema da decisão, pois de fato a coerência entre si nas declarações e realmente há um hotel fazenda relacionado a Onofre, não possuindo sua companheira ocupação que explique a aquisição do mesmo, e como dito nesse momento não se exige certeza científica, mas uma probabilidade real.

Contudo, o grande problema da decisão se encontra na fundamentação da prisão preventiva. Não é demonstrado na decisão nenhum indício de que Onofre estava tentando atrapalhar as investigações, ou de que tenha tentado coagir testemunhas, muito menos que o mesmo estava tentando fugir, em suma não foi demonstrado nenhum risco ao processo ou a aplicação da lei penal. A argumentação das cifras milionárias envolvidas no crime, não demonstra que Onofre estava subornando ou aliciando nenhuma testemunha, apenas se pode supor que com a mesma ele poderia agir de tal maneira. Necessário reconhecer que a partir do momento que Onofre não exerce mais a função de presidente da DETRO/RJ, notoriamente o mesmo perde uma parcela de poder de influência. Também a intenção de obstruir a ação criminosa não é fundamento idôneo para decretar a prisão preventiva, primeiro porque não tem nenhuma finalidade cautelar, sim de segregação penal, e depois porque como já demonstrado aqui, se estará violando diretamente a presunção de inocência, pois se estará punindo alguém reconhecidamente, pelo menos até aquele momento, inocente, por crimes que ele supostamente cometeu, e mais que irá continuar cometendo.

Logo o que é possível extrair da referida decisão é que o que pesou para que fosse decretada a prisão preventiva foi à gravidade dos crimes, pelo fato de a corrupção ser algo grave que afeta diretamente toda a população. Porém como já falado o momento de valorar os crimes é o da decretação da pena, na sentença penal, e não em sede de prisão preventiva. Agindo dessa maneira o que está acontecendo é na verdade a antecipação da

execução penal, algo incompatível com a presunção de inocência. Interessante para demonstrar a não aplicação da prisão preventiva com base só na gravidade do crime, se encontra a recente decisão do Ministro do STF Celso de Mello (2017), no julgamento do *Habeas Corpus* 145.631/SP. No qual o Ministro afirma o caráter excepcional da medida, alegando não serem admissíveis prisões cautelares com fundamentações genéricas sem nenhuma fundamentação substancial. Salienta que não basta apenas a demonstração da prova da materialidade do crime e dos indícios suficientes de autoria, é necessária a demonstração da existência do *periculum libertatis*. Além disso, Celso de Mello (2017, p. 8) afirma não ser possível a decretação da prisão preventiva com base na gravidade abstrata do crime, ou seja, não pode a decisão se basear apenas na demonstração dos elementos que constituem o tipo penal: “O Supremo Tribunal Federal tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta “*per se*”, a justificar a privação cautelar da liberdade individual de qualquer paciente”

Por todo exposto é necessário reconhecer que a prisão preventiva foi aplicada de maneira incorreta, visto que não foi demonstrada a existência do *periculum libertatis*, não sendo a gravidade dos crimes fundamentação idônea para decretação de medida tão excepcional.

Assim como nos demais casos anteriores se faz necessário demonstrar o desdobramento da prisão preventiva nas instâncias superiores. No caso em questão o Ministro do STF Gilmar Mendes (2017), estendeu os efeitos dos *Habeas Corpus* 146.813/RJ e 146.666/RJ deferidos a Jacob Barata Filho e Lelis Teixeira, para Rogério Onofre (como explicado à decisão de prisão preventiva envolvia outros suspeitos), como afirma Rodas (2017). Nos *Habeas Corpus* em questão o Ministro decretou a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares alternativas como é possível ver no HC 146.666:

- a) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz de origem, para informar e justificar atividades (I);
  - b) proibição de manter contato com os demais investigados, por qualquer meio (II);
  - c) proibição de deixar o país, devendo entregar seu(s) passaporte(s) em até 48 (quarenta e oito) horas (IV e art. 320);
  - d) recolhimento domiciliar no período noturno e nos fins de semana e feriados (V);
  - e) suspensão do exercício de cargos na administração de sociedades e associações ligadas ao transporte coletivo de passageiros, e proibição de ingressar em quaisquer de seus estabelecimentos (VI).
- (MENDES, 2017, p. 14-15)

Gilmar Mendes (2017) decidiu de tal forma por entender que embora graves os fatos, eles haviam ocorrido muito anteriormente à decretação da prisão preventiva (entre 2010 e 2016), entendendo que por mais graves que fossem fatos antigos não permitiam a prisão preventiva para que não se viole o princípio da presunção de inocência. O Ministro também entendeu que não haviam indícios de reiteração delitiva, por isso acreditou que medidas alternativas a prisão seriam suficientes para mitigar o risco a ordem pública. Com relação ao risco a aplicação da lei penal por conta dos valores ilícitos não terem sido ainda recuperados precisas são as palavras do Ministro no HC 146.666:

Da leitura do decreto, verifico que risco à aplicação da lei penal consistiria não em razões concretas para crer em evasão do imputado, mas na necessidade de assegurar a recuperação dos ativos supostamente desviados. Não vejo adequação da prisão preventiva à tal finalidade, na medida em que recursos ocultos podem ser movimentados sem a necessidade da presença física do perpetrador. Dessa forma, o perigo que a liberdade do paciente representa à ordem pública ou à aplicação da lei penal pode ser mitigado por medidas cautelares menos gravosas do que a prisão. (MENDES, 2017, p. 14)

Com base nessa decisão Gilmar Mendes estendeu os efeitos da mesma para Rogério Onofre, contudo, fato curioso ocorreu um dia após Mendes decidir nesse sentido, o Ministério Público Federal solicitou novamente a prisão preventiva de Rogério Onofre, por conta de fatos novos, como relata Sérgio Rodas em matéria publicada no site Conjur:

[...] o Ministério Público Federal no Rio pediu nova prisão preventiva de Onofre. O requerimento se baseou em fatos que, de acordo com os procuradores, só chegaram ao conhecimento deles depois que o ex-presidente do Detro foi preso. Principalmente as ameaças que ele estaria fazendo aos investigados Guilherme Neves Vialle e Nuno Canhão Bernardes Gonçalves Coelho. Em mensagem de áudio enviada a Coelho, Onofre o ameaçou de morte. (RODAS, 2017, p.1)

Baseado nesse fato novo, três dias após a determinação de libertar Onofre o Juiz Marcelo Bretas decretou nova prisão preventiva contra o acusado, visando garantir a ordem pública e a preservação da investigação.

Em primeiro lugar à decisão do Ministro Gilmar Mendes, de substituir a prisão preventiva por medidas cautelares alternativas possui de fato pontos positivos, como: demonstrar a excepcionalidade da medida; demonstrar como já falamos que sem dados concretos do risco de fuga não pode ser decretada a prisão preventiva por risco à



aplicação da lei penal; demonstrar que não é a prisão preventiva o meio idôneo para assegurar a localização e resgate do produto do crime.

Contudo, mesmo afirmando que pela distância dos fatos não era possível aplicar a prisão preventiva, o mesmo deixa uma porta aberta para o que tanto criticamos que é a aplicação da prisão preventiva sob o fundamento de risco a ordem pública. Porque o mesmo entende que para fatos próximos a mesma pode ser aplicada sob esse fundamento. Com relação à imposição das medidas cautelares diversas da prisão, por mais que elas gerem certa restrição da liberdade, seus requisitos são mais brandos do que a extremada prisão preventiva, sendo no caso concreto justificáveis.

De fato é estranha a decretação de uma prisão preventiva logo após a concessão de liberdade para o mesmo acusado por um Ministro do STF. Não é objeto de análise do presente trabalho essa segunda decisão de decretação da prisão preventiva, contudo oportuno fazer breves considerações. Mesmo com a proximidade temporal das decisões, aparenta ser fundamento idôneo o risco as investigações, visto que há provas de que Onofre havia ameaçado de morte outros investigados, o que claramente consubstancia um risco as investigações. O que gera maiores controvérsias é o fato de tais ameaças terem ocorrido antes da decretação da primeira prisão preventiva, logo não é possível saber se o risco se mantém mesmo depois da prisão preventiva do Onofre. Logo em breve análise acredito que como há dúvida, e se tratando de fatos anteriores a primeira prisão, o melhor seria a decretação de medidas alternativas a prisão preventiva.

O advogado de Onofre entende no sentido da ilegalidade da medida, segundo matéria publicada no site Conjur (ago. 2017): “Segundo o advogado do ex-dirigente da Detro-RJ, Yuri Sahione, a decretação da prisão é ilegal porque o que está no pedido de prisão são fatos que remontam a antes da primeira prisão do cliente dele.”

Feita essa ultima análise e resumo dos desdobramentos, encerra-se a análise dos casos concretos de decretação de prisão preventiva. De todo exposto uma coisa se destaca: está enraizada no nosso sistema a ideia de que a prisão preventiva é a única medida eficaz, como se fosse um mal necessário, mesmo sob o preço se deixar de lado a presunção de inocência, na maioria das vezes fugindo do seu caráter cautelar e excepcional, tomando contornos de verdadeira execução penal antecipada e se tornando uma medida rotineira. Como visto o STF se posiciona algumas vezes contra esses abusos, contudo é necessária uma ação mais enérgica, condenando a utilização de

fundamentos como ordem pública e ordem econômica e conseqüentemente declarando suas inconstitucionalidades.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto no presente trabalho, foi possível alcançar os objetivos gerais e específicos. Tendo sido demonstrado em primeiro lugar que a prisão preventiva é realmente uma medida cautelar excepcional, ou seja, só deve ser utilizada quando for extremamente necessária e com a única finalidade de tutelar o processo, nunca como meio de antecipar à pena. Esse objetivo geral foi alcançado devido à demonstração dos objetivos específicos.

Destacando-se que no capítulo 2 foi demonstrado que a única maneira dessa medida tão drástica conviver de maneira pacífica com os direitos fundamentais do indivíduo, principalmente com a presunção de inocência, é se respeitando todos os princípios que regem a matéria. Sendo eles além da presunção de inocência: Jurisdicionalidade, o qual afirma que a medida só pode ser decretada pela autoridade competente; Proporcionalidade e seus três subprincípios: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a medida não pode ser excessiva, deve ser apta à tutela do processo e deve trazer maiores benefícios que prejuízos; Excepcionalidade, que demonstra exatamente que a medida só deve ser aplicada como ultima opção, sendo ela a *ultima ratio* do sistema; Provisionalidade, que afirma que a prisão preventiva só é legal enquanto perdurar a situação fática geradora de risco ao processo; Provisoriedade, que demonstra que a prisão preventiva não pode ter efeitos infinitos, devendo ter uma duração razoável; Legalidade, visto que só são possíveis medidas cautelares previstas na lei, não existindo no campo processual penal o poder geral de cautela; Contraditório, apesar de ser um dos mais difíceis de se concretizar em sede de prisão preventiva, o mesmo deve ser aplicado mesmo se de maneira diferida, destacando-se a audiência de custódia, visto que é necessário dar a oportunidade do acusado/indiciado se defender e mostrar a não necessidade da aplicação da medida.

Também foi exposta a natureza jurídica da prisão preventiva, deixando claro que se trata de medida cautelar, tendo caráter instrumental diante do processo, logo não pode ser usada como maneira de se antecipar a execução penal. Tal medida pode ser

aplicada tanto na investigação policial, quanto na instrução processual, salientado que o juiz não pode decretar de ofício a medida na fase de investigação, apenas na instrução. Os legitimados que podem solicitar tal medida são: o Ministério Público, a autoridade policial, o querelante e o assistente de acusação.

Foi buscando também a correta aplicação da medida, que foi demonstrado o requisito da prisão preventiva, qual seja, o *fumus commissi delicti*, que se consubstancia na prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria. Além da necessidade da demonstração desse requisito também se faz necessária à existência de um dos fundamentos que autorizam a aplicação da prisão preventiva, o já explanado *periculum libertatis*, ou seja, o risco que a liberdade do indivíduo gera ao processo. Aí que se encontra de fato a maioria das divergências em sede de aplicação da prisão preventiva. Porque como se trata de medida cautelar não basta à existência da fumaça do crime é necessária à prova de que a liberdade do indivíduo gera risco ao processo e que só pode ser cessado esse risco com a prisão do indivíduo. O CPP traz as seguintes modalidades de *periculum libertatis*: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e para assegurar à aplicação da lei penal.

Foi exposto no presente trabalho que os dois únicos fundamentos idôneos para aplicação da medida cautelar são a conveniência da instrução criminal, ou seja, quando o acusado/indiciado está atuando no sentido de gerar obstáculos no processo, destruindo provas, coagindo testemunhas e o fundamento de assegurar a aplicação da lei penal que visa evitar que o indivíduo fuja.

Já a garantia da ordem pública foi extensamente criticada, por ser demasiadamente abrangente, cabendo qualquer coisa no seu significado. Buscando trazer contornos para esse fundamento foi demonstrado como ele é normalmente entendido e aplicado, destacando-se como risco de reiteração delitiva, para assegurar o prestígio das instituições, gravidade do delito, clamor público e até mesmo para assegurar a integridade física do acusado/indiciado. Como já aqui exaustivamente demonstrado, nenhum desses fundamentos embutidos na ordem pública possuem natureza cautelar, sendo todas verdadeiras antecipações de pena, evidenciando o caráter inconstitucional desse fundamento. Do mesmo mal padece a ordem econômica, por também possuir vagueza muito grande no seu significado, entendendo a maioria dos autores que ou o mesmo já esta incluso no risco a ordem pública, ou se o risco é

financeiro devem ser lançadas medidas cautelares que atuem sobre os bens do indivíduo como sequestro e indisponibilidade de bens, mas não a prisão preventiva. Em que pese nossas críticas foi demonstrado que os tribunais superiores aceitam o fundamento de risco a ordem pública.

Foi também exposto que a reforma no CPP de 2011 trouxe uma nova possibilidade de decretação da prisão preventiva que é no caso de descumprimento das medidas cautelares alternativas da prisão. Contudo, foi ressaltado que o descumprimento não gera o efeito automático de decretação da prisão, só devendo a mesma ser aplicada, se estritamente necessária e cumpridos todos os requisitos legais para decretação da medida.

Encerrando o estudo do instituto a luz do CPP foi demonstrado que para a aplicação da prisão preventiva é necessário que o crime se encontre em uma das circunstâncias do art. 313 do CPP: crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos; reincidência; se envolver violência doméstica; quando houver dúvida quanto a identidade civil do agente. Esse ponto também gera divergências, contudo, entendemos como Lopes Jr. (2015) que só é possível utilizar os demais incisos se cumprido o requisito do primeiro qual seja, que o crime seja punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos, visto que se não obedecido esse requisito a prisão preventiva seria desproporcional. Ressalvando que em casos excepcionais, na hipótese de desconhecimento da identidade original do autor, pode ser aplicada a medida para crimes com pena máxima igual ou inferior a 4 anos, contudo assim que descoberta a identidade o agente deve ser solto. Destaca-se por fim que o art. 314, do CPP veda a aplicação da prisão preventiva se existentes provas que indiquem ter o agente cometido o fato típico dentro de uma das causas excludentes de ilicitude, entendendo a doutrina que analogicamente não pode ser aplicada a prisão preventiva se existentes provas da existência de excludente de culpabilidade. Visto que aplicar a prisão preventiva nesses casos feriria o princípio da proporcionalidade.

Com o fito de demonstrar que na prática a prisão preventiva tem sido aplicada muitas vezes de maneira incorreta, o capítulo 4 trouxe a análise de casos recentes de decretações de prisões preventivas, tendo como base de estudo crimes econômicos investigados na operação lava-jato e um caso da operação ponto final. Os casos são de decretações de prisões preventivas de pessoas influentes, que ocorreram no âmbito

dessas investigações que descobriram um enorme esquema criminoso envolvendo políticos renomados e grandes empresas.

Em que pese as gravidades dos crimes e o clamor popular por justiça, foi demonstrado em 3 dos 4 casos estudados (JOSÉ CARLOS BUMLAI, SERGIO CABRAL E ROGÉRIO ONOFRE) que a prisão preventiva foi aplicada sem fundamentação idônea para tal. De fato em todos esses casos os magistrados buscaram demonstrar a existência do *fumus commissi delicti*, obtendo êxito em tal demonstração, contudo, no *periculum libertatis* não foram demonstradas provas no sentido de sua existência. Em todas houve a utilização do inconstitucional fundamento de garantia da ordem pública, sendo nitidamente ele o principal fundamento dessas decisões, expondo o caráter de antecipação de execução penal que tem sido utilizada a medida. Quando foi alegado risco a investigação ou aplicação da lei penal era, via de regra, com base em suposições, baseando-se na posição social e nas condições financeiras dos acusados/indiciados. Sendo demonstrado que a prisão preventiva só foi aplicada de maneira correta no caso do Eduardo Cunha, onde o juiz Sergio Moro, demonstrou que o acusado atuava constantemente com o intuito de obstaculizar o processo e as investigações, causando realmente risco à conveniência da instrução criminal. Contudo mesmo nesse caso foram usados também fundamento inidôneos, como o risco à ordem pública. Importa salientar que foi demonstrado que as prisões foram mantidas pelos TRFs e pelo STJ, atuando o STF em sentido contrário em dois casos, revogando as prisões preventivas de José Carlos Bumlai e Rogério Onofre, sendo o último preso novamente por outra decisão de prisão preventiva do juiz de primeiro grau Marcelo Bretas.

Evidente está que a prisão preventiva tem sido utilizada de maneira demasiada e abusiva em nosso país, destacando-se que a culpa não é só do judiciário, já que o próprio CPP admite a aplicação da prisão preventiva para garantia da ordem pública e da ordem econômica. De fato o Brasil passa por um momento de comoção social, sobretudo com relação à punição dos criminosos de colarinho branco, por muito tempo considerados intocáveis. É salutar a intervenção estatal, punindo os criminosos que causaram tantos danos a nosso país. Contudo, a prisão preventiva não pode ser utilizada como meio de se antecipar à execução penal, com base em um juízo antecipado de culpa se ignorando todo o devido processo legal. As garantias constitucionais e processuais existem para garantir o Estado Democrático de Direito, e se abirmos mão delas para

que sejam punidas antecipadamente pessoas entendidas como “culpadas” pela maioria, estaremos aceitando que amanhã em casos menores, pessoas realmente inocentes sejam presas preventivamente apenas pela acusação de um crime, pois se tornará a lógica do sistema, migrando da presunção de inocência para a presunção de culpa.

Logo a única maneira de se aplicar medida tão drástica como à prisão preventiva, sem ferir direitos fundamentais e garantias processuais, é respeitando sua natureza de medida cautelar excepcional que só pode ser utilizada como a *ultima ratio* do sistema. Se respeitados todos os princípios demonstrados no presente trabalho, assim como as peculiaridades dessa medida cautelar, seus requisitos e fundamentos expostos no capítulo 3, salientando que a garantia da ordem pública e ordem econômica são manifestamente inconstitucionais, é possível se aplicar essa medida cautelar de maneira que ela não fira direitos constitucionais e garantias processuais. Principalmente após a reforma do CPP de 2011, que trouxe um extenso rol de medidas cautelares alternativas a prisão preventiva, o que não se pode aceitar é que ela seja usada em todo e qualquer caso, mesmo existindo medidas menos drásticas que cessariam o risco e não causariam tanto dano. Portanto a prisão preventiva é medida cautelar drástica, mas desde que não banalizada, importante para tutelar o regular andamento do processo e garantir um resultado eficaz na persecução penal.

## REFERÊNCIAS

“LAVA JATO”: TRF-4 mantém prisão preventiva de Cunha e denúncia contra Cláudia Cruz. Revista Consultor Jurídico, 2 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-02/trf-mantem-prisao-cunha-denuncia-claudia-cruz>>. Acesso em: 27 out. 2017.

ALVES, Elaine Martins de Sousa ; VILELA, Tiago Guimarães. A natureza jurídica da prisão preventiva. Revista dos Tribunais: RT, São Paulo, v. 103, n. 941, mar. 2014. Disponível em: <[http://www.cjf.jus.br/caju/prisao.preventiva\\_4.pdf](http://www.cjf.jus.br/caju/prisao.preventiva_4.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 1183 p.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)> Acesso em: 08 ago. 2017

BRASIL. Código Penal. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 25 ago. 2017

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 out. 2017

BRASIL. Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba . Prisão preventiva nº 5056390-43.2016.4.04.7000/PR. Requerente: Ministério Público Federal. Acusado: Sergio de Oliveira Cabral Santos Filho e outros. Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. Curitiba, 10 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decreto-prisao-preventiva-moro-cabral.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

BRASIL. Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba. Prisão preventiva nº 5056156-95.2015.4.04.7000/PR. Requerente: Ministério Público Federal. Acusado: Jose Carlos Costa Marques Bumlai. Interessado: Polícia Federal/PR. Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. Curitiba, 19 de novembro de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decreto-prisao-preventiva-bumlai.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba. Prisão preventiva nº 5052211-66.2016.4.04.7000/PR. Requerente: Ministério Público Federal. Acusado: Eduardo Cosentino da Cunha. Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. Curitiba, 17 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-moro-cunha.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. Juízo Federal da 7ª Vara Federal Criminal. Prisão preventiva nº 0509565-97.2016.4.02.5101/RJ. Requerente: Ministério Público Federal. Acusado: Sergio de Oliveira Cabral Santos Filho e outros. Juiz Federal Marcelo da Costa Bretas. Rio de Janeiro, 9 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-rio-janeiro-prisao-sergio-cabral.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017

BRASIL. Juízo Federal da 7ª Vara Federal Criminal. Prisão preventiva nº 0504942-53.2017.4.02.5101/RJ. Requerente: Ministério Público Federal. Acusado: Rogério Onofre e outros. Juiz Federal Marcelo da Costa Bretas. Rio de Janeiro, 2 de julho de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pf-prende-acusados-pagar-propina-setor.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm)> Acesso em: 28 out. 2017

BRASIL. Oitava Turma do Tribunal Regional Federal (4. Região). Habeas Corpus nº 5046797-38.2016.4.04.0000/PR. Impetrante: Eduardo Cosentino da Cunha. Impetrado: Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba. Relator. João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, 30 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/412844122/habeas-corpus-hc-50467973820164040000-5046797-3820164040000/inteiro-teor-412844194?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26 out. 2017.

BRASIL. Primeira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal (2. Região). Habeas Corpus nº 0012108-10.2016.4.02.0000/PR. Impetrante: Jorge de Oliveira Beja e outro. Impetrado: Juízo Federal da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. Relator. Desembargador Federal Abel Gomes. Rio de Janeiro, 21 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-21/justica-federal-nega-hc-sergio-cabral-ex-governador-rj.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 382.493/PR. Impetrante: Marlus Heriberto Arns de Oliveira e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Paciente: Eduardo Cosentino da Cunha. Relator. Ministro Felix Fischer. Brasília, 13 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/hc-negado-eduardo-cunha.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 80.443/RJ. Recorrente: Sergio de Oliveira Cabral Santos Filho. Recorrido: Ministério Público Federal. Relatora. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 02 de maio de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465693049/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-80443-rj-2017-0015238-7/inteiro-teor-465693059?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 22 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 52. *In*: \_\_\_\_\_. **Vade Mecum**: Saraiva. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. lxxviii, 2.239 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg no Habeas Corpus nº 136.223. AGTE: José Carlos Costa Marques Bumlai. AGDO: Superior Tribunal de Justiça. Relator. Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/hc-bumlai-stf.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg no Habeas Corpus nº 142.067/PR. AGTE: Eduardo Cosentino Cunha da Cunha. AGDO: Superior Tribunal de Justiça. Relator. Ministro Edson Fachin. Brasília, 06 de abril de 2017. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=340374](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=340374)>. Acesso em 28 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 145.631/SP. Impte: Ronaldo Augusto Bretas Marzagao. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator. Ministro Celso



de Mello. Brasília, 19 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/habeas-corporus-145631.pdf>>. Acesso em: 27 out.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 146.666/RJ. Impte.: Daniela Rodrigues Teixeira. Pacte.: Jacob Barata Filho. Coator: Relator do Hc nº 410.887 do Superior Tribunal de Justiça. Relator. Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/hc-jacob-gilmar.pdf>>. Acesso em: 27 out.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 146.813/RJ. Impte.: Juarez Estevam Xavier Tavares e outro(s). Pacte.: Lelis Marcos Teixeira. Coator: Relatora do Rhc nº 87.849 do Superior Tribunal de Justiça. Relator. Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/hc-lelis-transporte-gilmar.pdf>>. Acesso em: 27 out.2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Habeas Corpus nº 5047527-83.2015.4.04.0000/PR. Paciente/Impetrante: Arnaldo Malheiros Filho e outros. Impetrado: Juízo Federal da 13ª VF de Curitiba. Relator. Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, 27 de novembro de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-19/trf-mantem-prisao-preventiva-jose-carlos-bumlai.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, 22 de novembro de 1969. Art. 7.5, Costa Rica. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)> Acesso em: 15 out. 2017

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Levantamento dos presos provisórios do País e plano de ação dos Tribunais. Agência CNJ de Notícias, 23 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

ESTAVA FORAGIDO: Rogério Onofre se entrega à PF após novo mandado de prisão. Revista Consultor Jurídico, 26 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-26/rogerio-onofre-entrega-pf-mandado-prisao>>. Acesso em: 30 out.2017.

GALLI, Marcelo. Segunda Turma do STF revoga prisão de José Carlos Bumlai na operação “lava jato”. Revista Consultor Jurídico, 25 de abril de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-25/turma-stf-revoga-prisao-jose-carlos-bumlai.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2017.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Apud* LIBERA, Lindomar Luiz Della. A magnitude da lesão como circunstância autorizadora da prisão preventiva nos crimes contra o sistema financeiro nacional. Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 15, n. 88, out./nov. 2014 Disponível em: <[http://www.cjf.jus.br/caju/prisao.preventiva\\_6.pdf](http://www.cjf.jus.br/caju/prisao.preventiva_6.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2017.

LIMA. *In*: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. xiv, 598 p.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1152 p.

LUCHETE, Felipe. Dinheiro desaparecido: mesmo com divergências, STJ, mantém preso ex-deputado Eduardo Cunha. Revista Consultor Jurídico, 21 de março de 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-mar-21/mesmo-divergencias-stj-mantem-eduardo-cunha-presos>>. Acesso em 28 out. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 12 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, c2015. xliii, 1042 p.

OLIVEIRA, Souza de. *Apud* LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1152 p.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 1184 p.

PRISÃO PREVENTIVA: Sergio Moro determina que José Carlos Bumlai volte para a cadeia em Curitiba. Revista Consultor Jurídico, 11 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-11/sergio-moro-determina-bumlai-volte-cadeia-curitiba>>. Acesso em: 20 out. 2017

RELATOR VOTA PELA CONCESSÃO DE LIMINAR PARA AFASTAR EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. Supremo Tribunal Federal, Brasília, set. 2016. Seção Notícias STF. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=324393>>. Acesso em: 04 out. 2017

RODAS, Sérgio. Com aval do Ministro: Marcelo Bretas manda prender réu três dias após Gilmar Mendes libertá-lo. Revista Consultor Jurídico, 25 de agosto de 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-ago-25/bretas-manda-prender-reu-dias-gilmar-mendes-liberta-lo>>. Acesso em: 30 out.2017.

SILVA, Afonso da Silva. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. 934 p.

SILVA, Marco Aurélio Leite. *Apud* PÂNGARO, Emerson Luís de Araújo. A prisão preventiva. Pressupostos e diferenças das demais prisões cautelares. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2489, 25 abr. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14723>>. Acesso em: 10 set. 2017.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, p. 213 - 244, jul./dez. 2015. Disponível em: < [http://www.cjf.jus.br/caju/prisao.preventiva\\_3.pdf](http://www.cjf.jus.br/caju/prisao.preventiva_3.pdf)>. Acesso em: 29 set. 2017.

SOUSA, Luciano Anderson de. A natureza jurídica da prisão preventiva. Revista dos Tribunais: RT, São Paulo, vol. 925/2012, p. 529 – 540, nov. 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 999 p.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Prisão de Eduardo Cunha fere natureza excepcional da medida cautelar. Revista Consultor Jurídico, 19 de outubro de 2016. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2016-out-19/yarochewsky-prisao-cunha-fere-natureza-excepcional-medida>>. Aceso em: 26 out.2017.