

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO EGRÉGIO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Distribuição
livre - Plenário

O QUE PRECISA SER ESCLARECIDO

'Nos últimos dias, o procurador-geral da República tem atuado no inquérito aberto com a delação da JBS, que envolve o presidente da República, com uma pressa que contrasta com o vagar observado nos outros casos da competência do sr. Rodrigo Janot. Até a própria delação do sr. Joesley Batista, que o sr. Janot assegura versar sobre muitos e graves crimes ainda não revelados, esperou boas semanas na gaveta do procurador-geral até que lhe fosse dado encaminhamento. E o caso só veio a público graças a ilegal e ainda não esclarecido vazamento.

A fulgurante diligência do procurador-geral da República, que deseja colher o depoimento do presidente Michel Temer o quanto antes, contrasta, por exemplo, com sua atuação a respeito do controvertido áudio que registrou a conversa entre Temer e Joesley Batista no Palácio do Jaburu. Mesmo tão interessado em investigar a fundo as denúncias contra o presidente da República, o procurador-geral convenceu-se de cara de que é veraz o que se ouviu naquela gravação, pois a considerou como prova sem tê-la submetido a perícia, uma providência que deveria ser trivial. E dali tirou conclusões sobre o comportamento de Temer que a íntegra da gravação, posteriormente conhecida de todos, mal sustenta.

O sr. Janot informou que não mandou periciar antes a gravação por receio - atenção! - de que seu conteúdo pudesse vazar e, assim, comprometer a operação em curso. Debalde, pois parece não haver encanador capaz de conter os vazamentos.

Agora, o sr. Janot, malgrado todo o cuidado que diz ter, deseja, com a mais veemente celeridade, que o presidente Michel Temer se manifeste - perante a Justiça - sobre um caso montado sobre um áudio a respeito do qual não se sabe se merece inteiro crédito, já que não houve, até o momento, perícia do material. Recorde-se, ademais, que ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) já observou que existem naquele tribunal processos relativos à Lava Jato à espera de providências da Procuradoria.

Para o procurador-geral, no entanto, bastam as impressões derivadas do que ouviu naquela gravação, corroboradas, segundo ele, por "outras provas" - majoritariamente testemunhais, oferecidas por associados do sr. Joesley Batista, empresário muito interessado em entregar ao Ministério Público o que os procuradores desejam, isto é, a nata da política nacional, obtendo em troca dadivosos benefícios. O sr. Janot parece tão certo da culpa do presidente que disse ter constatado nos pronunciamentos públicos de Temer a respeito de seu encontro com

**CEZAR BITENCOURT**

ADVOGADOS ASSOCIADOS

Joesley Batista uma "confissão espontânea".

No mesmo diapasão age o ministro Edson Fachin, do STF. Ele acolheu o pedido do sr. Janot para que o presidente de República responda em 24 horas às perguntas a serem feitas pela Polícia Federal, embora tenha dado à Polícia Federal nada menos que 30 dias para realizar a tal perícia da gravação apresentada pelo sr. Joesley Batista.

A disparidade de tratamento é tão notável que não se pode condenar quem, porventura, fique cismado. Afinal, nem uma coisa nem outra se justifica - nem a pressa de ouvir o presidente Temer sobre o conteúdo de uma gravação ainda não periciada nem a demora em realizar a tal perícia. Alega-se que, no caso, há réu preso e isso justifica a urgência do depoimento de Temer. Será esse o único caso em que há réu preso? Nos demais casos, não há a necessidade de urgência?

Também chama a atenção o fato de tudo isso estar ocorrendo às vésperas da sessão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que vai analisar a ação contra a chapa Dilma-Temer por suposto abuso de poder econômico. Mais uma vez, não se pode ignorar que os embaraços jurídicos e políticos enfrentados agora por Michel Temer podem ter alguma influência na decisão da Justiça Eleitoral.

Desde que o escândalo da gravação estourou, há quem defenda que a cassação da chapa no TSE seria uma "saída honrosa" para Temer, seja lá o que isso signifique. Se assim for, os tribunais estarão sendo usados para a produção de fatos políticos de extrema gravidade. E não seria a primeira vez, como infelizmente sabemos. Isso, sim, precisa ser esclarecido o mais rapidamente possível, mas parece que, sobre esse assunto, não há a menor pressa.

(Jornal O Estado de São Paulo, 4 de junho de 2017. Editorial)

HABEAS CORPUS

com pedido de liminar

CEZAR ROBERTO BITENCOURT, inscrito na OAB/RS sob o nº 11.483 e OAB/DF nº 20.151; **VANIA BARBOSA ADORNO** inscrita na OAB/DF sob o nº 49.787, **MICHELANGELO CERVI CORSETTI** inscrito na OAB/DF sob o nº 53.486, **ANDRE HESPANHOL**, inscrito na OAB/RJ sob o número 109.359 **BELCHIOR GUIMARÃES FILHO**, inscrito na OAB/DF sob o nº 45.095 e

Brasília-DF SHIS, QL 10, Conjunto 9, Casa 3 - CEP 71630-095 - Tel: (61) 3264-5525 e Cel: (61) 8222-0102

Porto Alegre-RS Av. Getúlio Vargas 774 Conjunto 407 - CEP 90.150-002 Tel: (51) 3231-9904 e Cel: (51) 9218-1721

E-mail contato@cezarbitencourt.adv.br Site www.cezarbitencourt.adv.br



EDUARDO ALEXANDRE GUIMARÃES, inscrito na OAB/DF sob nº 32.006, todos com escritório profissional no SHIS, QL 10, conjunto 9, casa 3, Lago Sul, Brasília/DF, vêm, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com fundamento no artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, c/c artigo 647 e seguintes do Código de Processo Penal, impetrar **HABEAS CORPUS, com pedido de liminar em favor de RODRIGO ROCHA LOURES**, brasileiro, divorciado, instrução superior, administrador de empresas, com RG nº 9763500 – SSP/PR, inscrito no PF nº 090847958-14, residente e domiciliado nesta capital, contra a prisão preventiva decretada pelo Ministro Edson Fachin, aqui apontado como autoridade coatora.

I – PRELIMINARMENTE: DO CABIMENTO DO WRIT. DA (IM) POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO DE HABEAS CORPUS CONTRA DECISÃO DE MINISTRO RELATOR. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 105.959/DF. ALTERAÇÃO NA COMPOSIÇÃO DA CORTE. DIREITO À LIBERDADE. NOVA REFLEXÃO. MÁXIMA EFETIVA DO TEXTO CONSTITUCIONAL.

No dia 17 de fevereiro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal analisou a possibilidade da impetração de *habeas corpus* contra decisão de Ministro Relator de Inquérito que tramitava na Corte.

Naquela ocasião, por maioria apertada de votos (6 a 5), o Pretório Excelso entendeu pelo não cabimento do *writ* constitucional, afirmando que o instrumento adequado para levar a questão ao Colegiado é o Agravo Interno.

Vejamos o teor da notícia apresentada no site do Colendo Supremo Tribunal Federal:

“Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou não ser cabível *habeas corpus* contra decisão monocrática de ministro da Corte. Segundo os ministros, para revisão de ato de relator, o instrumento adequado é o agravo interno.

A decisão se deu no julgamento do Habeas Corpus (HC) 105959, impetrado contra ato do ministro Cezar Peluso (aposentado, e então presidente do STF), que, na



qualidade de relator do Inquérito 2424, o qual originou ações penais relacionadas às operações Hurricane I e Hurricane II, prorrogou o prazo para a realização de escutas telefônicas anteriormente autorizadas.

A defesa de P.R.C.M.S e B.M.F.J, que respondem a ações penais decorrentes da operações, alegou que a decisão que autorizou a realização de escutas telefônicas por mais de 44 dias consecutivos teria sido "abusiva" e ausente de fundamentação. Os advogados pleiteavam a concessão da medida liminar para sustar o andamento de ações penais contra os investigados, declarar a nulidade das prorrogações e determinar o desentranhamento de todas as provas derivadas da ilicitude apontada e a anulação da denúncia.

Relator

O ministro Marco Aurélio, relator do HC 105959, na análise das questões preliminares, admitiu a impetração. Para o relator, o não cabimento de habeas corpus contra o pronunciamento individual de integrante do Supremo enfraquece a garantia constitucional, e o impedimento determinado na Súmula 606 do STF não alcança a situação jurídica do caso em análise, pois trata-se de decisão monocrática e não colegiada.

Divergência

O ministro Edson Fachin foi o primeiro a votar pelo não conhecimento do HC 105959. De acordo com Fachin, a Súmula 606 deu fundamento ao julgamento desta ação, ocasião na qual a Corte firmou a orientação do "não cabimento de habeas corpus contra ato de ministro relator ou contra decisão colegiada de Turma ou do Plenário do próprio Tribunal, independentemente de tal decisão haver sido proferida em sede de habeas corpus ou em sede de recursos em geral.

Os ministros Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia acompanharam a divergência iniciada pelo ministro Edson Fachin".

A despeito disso, a controvérsia merece uma nova reflexão, notadamente em virtude da apertada maioria formada naquele julgamento (6 a 5) e, outrossim, em função do falecimento do Ministro Teori Zavascki, que votara pelo não conhecimento do *writ*.

Nesse passo, atualmente podemos aduzir seguramente que o entendimento da Corte está dividido (5 a 5), uma vez que é desconhecida a posição do Exmo. Ministro Alexandre de Moraes, que passou o compor o Supremo Tribunal Federal na cadeira do Ministro Teori Zavascki, acerca da matéria.

De todo modo, pelo fato de o Ministro Edson Fachin ser apontado como autoridade coatora, ele não proferirá seu voto no presente *writ* e, portanto, constata-se que a maioria da composição da Corte que analisará o pedido defensivo até o momento tem entendimento pelo cabimento da impetração (5 a 4), se mantidos seus votos nos casos



pretéritos, podendo, *maxime*, haver empate na hipótese de voto contrário de Sua Excelência o Ministro Alexandre de Moraes, o que conduziria à apreciação da urgente e digna pretensão em favor do Paciente:

Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. (HC 127.483/PR, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Dias Toffoli, julgamento em 27/08/2015, DJe 04/02/2016)

Ultrapassada a introdução, o cabimento do *habeas corpus* contra decisão de Ministro Relator em Inquérito que tramita no Supremo Tribunal Federal confere verdadeiramente a máxima efetividade ao texto constitucional.

Com efeito, essa assertiva é confirmada pela leitura dos votos que concluíram pelo cabimento do writ constitucional no julgamento do HC 105.959/DF.

Vejamos.

Para o **Ministro Marco Aurélio**, *“o relator atua como porta-voz do Colegiado. As decisões que formaliza ficam sujeitas a este por meio de instrumentais próprios. No caso, está-se no campo do Direito Penal, com envolvimento da liberdade de ir e vir do paciente. Então, cumpre observar a Carta Federal no que prevê a ação de habeas corpus. A adequação pressupõe tão somente seja articulada, na inicial, a ilegalidade de ato e haja órgão capaz de examiná-lo sob o ângulo do merecimento. Dizer-se não cabível habeas corpus contra pronunciamento individual de integrante do Supremo é mitigar a garantia constitucional. Admito a impetração”*.

Por sua vez, o **Ministro Ricardo Lewandowski** afirmou que, *“o relator de um eventual agravo é a própria autoridade coatora, e ela pode, ou não, levar ao Plenário esse agravo ao seu alvedrio. Esse que é o problema. (...) E o habeas corpus permite que o ato atacado seja sindicável por um terceiro magistrado isento e alheio à decisão. (...) Não obstante tenha sustentado durante muitos anos aqui na Corte a impossibilidade de impetração de habeas*

corpus contra ato monocrático de Ministro do Supremo Tribunal Federal, hoje, inclusive tendo em conta esse efeito demonstração a que alude o eminente Ministro Marco Aurélio, eu peço vênia para mudar de posição e entender que é um direito do cidadão, é um direito, diria, implícito na Constituição, se não estiver explícito, ter o ato de qualquer autoridade revista por outra autoridade isenta, alheia ao que se discute no caso, enfim, naquilo que se pretende impugnar”.

Na visão do **Ministro Dias Toffoli**, “especificamente o art. 102, que trata da competência dessa Corte originariamente, em seu inciso I, estabelece, na letra i, o seguinte - e isso constou da ementa: ‘Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal’. Ou seja, se o autor do ato coator é sujeito à nossa jurisdição, cabe o conhecimento do HC. (...) Mas continua o dispositivo: ‘(...) **ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância**’. **Se é um ato praticado numa ação em que o foro originário é o Supremo Tribunal Federal que julga em única instância”.**

Em suas razões, o **Ministro Gilmar Mendes** asseverou que, “nenhum direito ou ameaça a direito poderá estar imune à proteção judicial efetiva. Mas o texto quis mais, depois, ao explicitar essas garantias. É o caso do habeas corpus e os seus desdobramentos, do mandado de segurança, do mandado de injunção e do habeas data. (...) De qualquer modo, tal como já foi aqui destacado, o próprio texto constitucional reconhece que é cabível, sim, o habeas corpus contra autoridade submetida à Constituição nos termos especificados, no caso, juízes do Supremo Tribunal Federal. Evidente que nós não podemos fazer tábula rasa dos argumentos, inclusive de índole pragmática, que se colocam em função das possíveis desinteligências que venham a se estabelecer, mas, é claro, o Tribunal saberá proceder aos devidos encaminhamentos em casos que tais, como tem sabido em outros”.

Reforçando o debate, o **Ministro Celso de Mello** acompanhou os argumentos para *“para insistir no reconhecimento da possibilidade de impetração do remédio constitucional do habeas corpus contra decisões monocráticas proferidas por Ministros do Supremo Tribunal Federal, sob pena de um dos mais preciosos bens jurídicos – a liberdade de locomoção física – restar desamparado na mais Alta Corte de Justiça de nosso País”*.

Por outro lado, em que pese alguns votos vencedores no julgamento do HC 105.959/DF terem feito alusão à Súmula 606 do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio foi enfático ao demonstrar a distinção do caso concreto, visto que o verbete *“não alcança esta situação jurídica, já que se refere à apresentação, à formalização de habeas corpus originário, para o Tribunal Pleno, de decisão de Turma ou do Plenário, proferida em idêntica medida ou no respectivo recurso. Aqui, trata-se de ato praticado pelo Relator em inquérito”*.

Diante de todo o exposto, tratando-se de prisão preventiva decretada por autoridade sujeita diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal e, ademais, de investigação de crime sujeito à mesma jurisdição em instância única, pugna-se pelo cabimento da presente impetração em favor do Paciente **RODRIGO SANTOS DA ROCHA LOURES**, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea ‘i’, *in fine*, da Constituição da República.

II – DOS FATOS: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em 12/02 de 2017, o Douto Procurador Geral da República Requereu a Sua Excelência o Ministro Edson Fachin, enquanto Relator do Inquérito 4483/DF, a decretação da prisão preventiva do Paciente (doc. 1), bem como seu afastamento do cargo de Deputado Federal, alegando a suposta ocorrência de flagrante de crime inafiançável, aventando estar-se diante da hipótese do art. 53 § 2º da Constituição Federal. Alternativamente, ou subsidiariamente, requereu a fixação de uma série de medidas dentre as previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.



A medida extrema foi indeferida, **aplicadas cautelares**, dentre as previstas no art. 319 do CPP, e determinadas buscas e apreensões em diversos endereços, dentre outras diligências (doc. 2).

O inquérito, portanto, encontra-se instruído com elementos oriundos de buscas e apreensões executadas a contento, “delações premiadas” (muito bem premiadas, aliás), ações chamadas de controladas, interceptações telefônicas e quebras de sigilos outros. Sua conclusão, prevista para a próxima sexta-feira, 09/06/2017. O paciente se achava em absoluto cumprimento das cautelares pessoais, em sua residência, com sua esposa no oitavo mês de gravidez, onde estava praticamente recluso, não saía face à exposição midiática a que ele e seus familiares foram expostos.

Colocadas as investigações em seu lugar, estabelecida a serenidade à condução do inquérito, tinha-se aparentemente aplacados o único elemento perturbador: o assédio da imprensa insuflada pela Procuradoria-Geral da República, em suas tentativas de impor uma marcha espasmódica e espetacular ao procedimento que recaía sobre àquele que supunham ser alguém “capaz de derrubar o Presidente da República”.

No curso do prazo defensivo, o douto PGR, desrespeitando esse prazo, interpôs **pedido de reconsideração**, alegando que o paciente não era mais parlamentar e que, portanto, havia perdido a prerrogativa de foro, justificando o decreto prisional.

Inacreditavelmente, seis horas após a entrega as razões da defesa, Sua Excelência, o digno relator, na calada da noite (meia noite e meia) decretou a prisão do paciente (decisão atacada, doc. 7), determinando que às seis horas da manhã do sábado a Polícia Federal fosse à sua residência prendê-lo, sem dar vista à defesa e tampouco, outra vez, sem submeter à apreciação do colegiado.

Nesse contexto, diligências instrutórias concluídas sem qualquer abalo, agravo regimental concluso para apreciação do Colegiado da Suprema Corte, Paciente em casa no estrito cumprimento das suficientes cautelares impostas,

eis que ele e sua esposa grávida de 8 meses, recebem, em um sábado, às seis da manhã, a visita da Polícia Federal, para prendê-lo, em sua residência.

O mandado indicara uma segunda reconsideração (doc. 6) acerca de sua prisão, uma vez que o Paciente acabara de perder a imunidade parlamentar prevista no art. 53 § 2º da Constituição Federal, como se isso fosse fato novo autorizador, por si só, à decretação da prisão.

Como se trata de coação ilegal, não resta ao paciente e aos impetrantes outra medida para fazer cessar com a necessária urgência a ilegalidade, senão a impetração do presente *habeas corpus*.

III – DA NECESSIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O aodamento no decreto prisional (vide andamento processual da medida cautelar 4329/STF) ora combatido causou espécie não só a juristas e comunidade acadêmica, como também aos meios de comunicação (que já manifestaram sua surpresa em uma prisão preventiva ter sido decretada na madrugada de sábado (0h30m), para ser cumprida às 6 horas daquela manhã, quando todas as diligências sigilosas e urgentes já restavam cumpridas havia semanas, o paciente estava em sua casa e no cumprimento fiel de cautelares alternativas suficientes), sem nenhum descumprimento de tais medidas, que pudesse ser invocado para constrição prisional.

Essa velocidade provocou alguns atropelos que nem mesmo a suposta necessidade da prisão justificaria, especialmente ao magistrado que tem sido tão cuidadoso e exigente quando analisa os casos julgados por outras instâncias, **como, por exemplo, foi a hipótese da necessidade de audiência de custódia para decretação da prisão preventiva**, procedimento com expressa previsão legal e cuja necessidade imperiosa o próprio relator já reconheceu em precedentes de sua relatoria.

Segundo a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São Jose da Costa Rica), ao tratar do Direito à Liberdade Pessoal dispõe:





Art. 7.5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela 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.

A **audiência de custódia** foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, impondo-se sua realização sempre que houver prisão cautelar. De acordo com Renato Brasileiro de Lima:

Com vigência a partir de 1º de fevereiro de 2016, o Conselho Nacional de Justiça aprovou, em 15 de novembro de 2015, a Resolução nº 213, regulamentando a implantação da audiência de custódia em todo o território nacional, fixando o prazo de 24 horas para apresentação do preso, salvo em situações excepcionais devidamente justificadas.¹

Em primeiro lugar, apenas para afastar qualquer óbice quanto à necessidade da audiência, deve-se lembrar que o pedido do Procurador-Geral da República, afirma, com todas as letras que estávamos diante de um **flagrante diferido**, que apenas não tinha sido realizado para permitir a obtenção de mais provas.

Além disso, de acordo com autor acima citado, ao comentar o art. 306 do Código de Processo Penal, a **audiência de custódia pode ser conceituada como a realização de uma audiência sem demora após a prisão penal em flagrante, preventiva ou temporária².**

E prossegue o autor:

*O objetivo precípua desta audiência de custódia diz respeito não apenas à averiguação da legalidade da prisão coibindo, assim, eventuais excessos como torturas e/ou maus tratos, mas também o de conferir ao juiz uma ferramenta mais eficaz para **aferir a necessidade da prisão preventiva (ou temporária) ou a imposição isolada ou cumulativa das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, 310, I, II e III), sem prejuízo de possível substituição da prisão preventiva pela domiciliar, se acaso presentes os pressupostos do art. 318 do CPP.***

¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. 2ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p.859.

² LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. 2ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p.857.



Seguindo todas essas orientações, o Supremo Tribunal Federal tem anulado as prisões preventivas quando decretadas sem a realização prévia de audiência de custódia, inclusive, como já afirmado, em casos de relatoria da autoridade coatora:

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUBSTITUTIVO DE AGRAVO REGIMENTAL. NÃO CONHECIMENTO. AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO. REALIZAÇÃO OBRIGATÓRIA. DIREITO SUBJETIVO DO PRESO. PRISÃO CONVERTIDA EM PREVENTIVA. PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Da irresignação à monocrática negativa de seguimento do habeas corpus impetrado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, cabível é agravo regimental, a fim de que a matéria seja analisada pelo respectivo Colegiado. 2. Nos termos do decidido liminarmente na ADPF 347/DF (Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015), por força do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e como decorrência da cláusula do devido processo legal, a realização de audiência de apresentação é de observância obrigatória. 3. Descabe, nessa ótica, a dispensa de referido ato sob a justificativa de que o convencimento do julgador quanto às providências do art. 310 do CPP encontra-se previamente consolidado. 4. A conversão da prisão em flagrante em preventiva não traduz, por si, a superação da flagrante irregularidade, na medida em que se trata de vício que alcança a formação e legitimação do ato constritivo. 5. Considerando que, a teor do art. 316 do Código de Processo Penal, as medidas cautelares podem ser revisitadas pelo Juiz competente enquanto não ultimado o ofício jurisdicional, incumbe a reavaliação da constrição, mediante a realização de audiência de apresentação. 6. Ordem concedida de ofício, julgado prejudicado o agravo regimental. (HC 133992, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 11/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 01-12-2016 PUBLIC 02-12-2016)

No caso dos autos, não resta dúvidas que a ausência de realização de audiência de custódia de Rodrigo Rocha Loures torna a decretação de sua prisão preventiva, também por esse motivo, nula, tendo em vista que descabe a dispensa da audiência de custódia em qualquer hipótese de prisão, pois se trata de direito subjetivo dos investigados.



IV – DO PEDIDO TERATOLÓGICO ATENDIDO PELA AUTORIDADE COATORA

O agravo Regimental (art. 6º, inciso I, alínea "c" c/c o art. 317, caput, RISTF), interposto pelo Douto Procurador-Geral da República é uma peça a ser estudada (Doc. 3). A ciência do Direito Penal guardará a ela o juízo que a ciência natural reserva hoje às pretéritas exposições de aberrações nos circos medievais.

Para começar, pretende o reconhecimento de uma flagrância retroativa. Como se a prisão em flagrante, que impõe à aparente certeza visual do crime contenção imediata (prisão em flagrante), para, obviamente, após tal contenção, verificar-se o cabimento da manutenção CAUTELAR da privação extrema, na verdade significasse uma fotografia autorizadora de sequestro irrefutável e *per se* fundamentado, para se realizar *a posteriori* e conforme eventual conveniência.

Não bastasse, o *Parquet* demonstra, ele mesmo, que a prisão pretendida não alcançava os preceitos legais defendendo que deve ser aplicada assim mesmo:

"Por sua vez, a prisão em flagrante de congressista, além de fortuita, por depender da presença da autoridade no local e no momento do crime, somente é cabível em se tratando de crime inafiançável — a atual redação do Código de Processo Penal tornou afiançáveis, *in genere*, todos os crimes, permanecendo apenas a inafiançabilidade dos crimes hediondos e equiparados, porque de extração constitucional.

Mas, o tom absolutista do preceito proibitivo de prisão cautelar do art. 53, § 2º, da Constituição da República não se coaduna com o modo de ser do próprio sistema constitucional: se não são absolutos nem sequer os direitos fundamentais, não é razoável que seja absoluta a prerrogativa parlamentar de imunidade à prisão cautelar.

(...)

Essa prerrogativa, embora institucional, é de fruição estritamente individual e, lida em sua literalidade, assume, na normalidade democrática do constitucionalismo brasileiro, coloração perigosamente próxima de um privilégio odioso." (agravo ministerial, fl. 34, grifamos, doc. 3))



E prossegue, o *Parquet*, açoitando a Constituição em nome de casuísmos e julgamentos próprios do que deveria a lei dispor:

“O direito comparado corrobora a percepção de que a **cunhagem dessa prerrogativa no constitucionalismo brasileiro merece exegese corretiva**” (fl. 34 do agravo. Grifamos)

“A Constituição não pode ser interpretada em ordem a situar o Supremo Tribunal Federal, seu intérprete e guardião máximo, em posição de impotência...” (fl. 43 do agravo)

“...em situações excepcionais, as providências jurisdicionais devem ser igualmente excepcionais...” (fl. 47 do agravo)

“No tocante às situações expostas neste recurso, a solução não há de ser diversa: a **excepcionalidade dos fatos impõe medidas também excepcionais.**” (fl. 47 do agravo. Grifamos. Doc. 3)

Quando a Constituição Federal prevê a possibilidade de prática de crime, de qualquer natureza, por um membro do Poder Legislativo, já está prevendo situação excepcionalíssima, à qual traz comando expresso acerca dos limites jurisdicionais. O que pretendia o *Parquet*, portanto, não é aplicar a Constituição mas implementar uma construção argumentativa que permita sua não aplicação. Quer impor uma exegese fundamentada, toda ela, na excepcionalidade, para fazer da exceção a regra.

Enfim, a Procuradoria-Geral da República propôs uma nova exegese que permita a não aplicação dos preceitos constitucionais. Inclusive elaborou complexa teoria para justificar a não aplicação casuística da Constituição, sobre a qual é mais produtivo deixar os estudiosos do futuro se debruçarem.

Por fim, saliente-se, que em nenhum momento demonstrou o descabimento das cautelares alternativas do art. 319 ou sua insuficiência e que, diga-se de passagem, vinham sendo cumpridas a contento.

Sobrevindo a perda do mandato eletivo por parte do Paciente, o *Parquet* formula novo pedido de reconsideração, argumentando não mais viger a imunidade do art. 53 § 2º da Constituição Federal e que, diante disso, impunha-se a prisão preventiva (Doc. 6).

Mesmo reconhecendo expressamente não ser a mudança de tal condição subjetiva fato novo autorizador da decretação da prisão preventiva, a autoridade coatora defere, com desnecessário, *data maxima venia*, açodamento, a medida extrema. *Verbis*:

*"No caso em exame, diversos argumentos evidenciam a factibilidade dessa ocorrência. Com efeito, pela análise probatória acima empreendida percebe-se que os fatos se situam numa linha de desdobramento que **sugere reiteração delitiva que teria se iniciado há longa data**, por parte dos executivos do Grupo J&F e Deputado Federal Rodrigo Santos Rocha Loures (fl. 18, doc. 7).*

É lamentável essa absolutamente equivocada conclusão do digno e culto relator, sem o menor respaldo nos autos, não passando de pura construção intelectual alheia a realidade fática!

V – DA DECISÃO QUE DECRETA A PRISÃO PREVENTIVA

A decisão que decreta a prisão preventiva (doc. 7), atendendo a novo pedido de reconsideração do *Parquet* após a perda do mandato parlamentar por parte do Paciente e, com isso, a imunidade parlamentar prevista no art. 53 § 2º da Constituição Federal, em apertada síntese, considera que sempre estiveram presentes os pressupostos do artigo 312 do Código Penal e apenas o que sustentava a liberdade do Paciente era a proibição constitucional.

A decisão é equivocada quanto à presença dos pressupostos legais para decretação da prisão preventiva, o que será demonstrado, detalhadamente, adiante.

Por outro lado, deve-se considerar que, ao indeferir anteriormente o pedido de prisão preventiva ministerial, garantindo a imunidade constitucional, a autoridade coatora aplicou medidas cautelares dentre as previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, entendendo-as suficientes para garantir a segurança da instrução criminal. Todas, repita-se, vinham sendo cumpridas rigorosamente como estabelecidas.



Em sendo a prisão a *ultima ratio*, que deve ser aplicada tão somente quando nenhuma das medidas alternativas se revelem suficientes, tem-se a sua ilegalidade, não só porque tais medidas foram aplicadas e, portanto, evidenciada a desnecessidade da cautela extrema, como vinham sendo cumpridas adequada e suficientemente.

É importante também, em tal aspecto, trazer algumas contradições daquela decisão. Não se pretende, em absoluto, discutir matéria fática. As questões abaixo trazidas são extratos do decreto prisional e do pedido da Procuradoria-Geral da República, ambas as peças que, infelizmente, confundem o objeto das investigações com os pressupostos cautelares inerentes à prisão processual.

Pois, em sua fl. 18, o decreto prisional afirma:

*“No caso em exame, diversos argumentos evidenciam a factibilidade dessa ocorrência. Com efeito, pela análise probatória acima empreendida percebe-se que os fatos se situam numa linha de desdobramento que **sugere reiteração delitiva que teria se iniciado há longa data**, por parte dos executivos do Grupo J&F e Deputado Federal Rodrigo Santos Rocha Loures (fl. 18, doc. 7).*

Essa afirmação é completamente impertinente e **contradiz as próprias afirmações feitas pela PGR**, no seu pedido, assim como os próprios áudios ilegais citados (Áudio “PR1 1400332017.WAV) na folha 10 (doc.7). Senão, vejamos.

Na fl. 6 (doc. 7) da decisão, o digno Ministro Relator extrai parte do pedido de prisão da PGR *verbis*:

*“que no dia seguinte se encontrou com RODRIGO no Hotel FASANO no centro de São Paulo, às 12:15, no lobby do hotel; que apenas pediu para falar com TEMER **porque não sabia o que poderia conversar com RODRIGO**; que no dia seguinte, uma terça à noite, falou como TEMER no JABURU; que nesse dia do encontro com RODRIGO **não falou sobre o que seria o assunto já que não confiava em RODRIGO.***

Segue o pedido da PGR (doc. 6, fl. 7)

(...) perguntou a TEMER quem seria o interlocutor, que após a saída de GEDDEL e TEMER disse que seria RODRIGO ROCHA LOURES.

Como se comprova pelo próprio pedido de prisão, nos trechos destacados da decisão, RODRIGO ROCHA LOURES não tinha contato com JOESLEY BATISTA, tanto que JOESLEY afirmou que nem mesmo confiava em RODRIGO.

Além disso, está expresso na decisão que o Presidente Temer **teria indicado** o nome de RODRIGO na reunião entre JOESLEY e TEMER no Palácio do Jaburu em **07 de março de 2017**.

Portanto, de acordo com as próprias afirmações do Procurador-Geral da República, somente após essa data, **07 de março de 2017**, RODRIGO foi procurado como interlocutor do Presidente, pois antes, JOESLEY nem mesmo confiava em RODRIGO. RODRIGO ROCHA LOURES não tinha nenhum contato anterior com JOESLEY BATISTA.

Diante dessa situação, como é possível afirmar que os fatos sugerem uma reiteração delitiva que teria iniciado há longa data? Verifica-se aqui uma enorme contradição na fundamentação, pois por um lado trazem alegadas provas de que o Presidente teria indicado o nome de RODRIGO em 07 de março, e depois afirmam que RODRIGO tinha relação com a J&F há longa data, relação esta que jamais existiu.

Se as autoridades prestarem atenção no áudio n. 00002-2-0704-2017 da delação premiada de Joesley Batista – que é o grande fornecedor de provas - perceberão que este afirma, repetidamente, não conhecer o paciente Rodrigo, não manter relacionamento com ele e que o conheceu no dia seis de março. E mais: que apenas se encontraram em três oportunidades!

Então, como é possível afirmar-se que os fatos “sugerem uma reiteração delitiva que teria iniciado há longa data”? É muito difícil para o paciente acreditar em mero equívoco, equívoco que fundamenta pedido/decreto de sua prisão preventiva! Pode isso Excelência?

Gostaríamos de saber de onde Sua Excelência tirou “os indícios” para afirmar que ele estaria tentando atrapalhar as investigações. De onde saiu isso, eminente relator, eminentes ministros? Ou Sua Excelência está sendo induzido em erro?

Por essas razões, não é bom adotar simplesmente os argumentos acusatórios como razão de decidir!

Ou terá sido apenas fruto do açodamento das autoridades, uma pedindo e outra decretando a prisão? Ora, seis horas e meia após a entrega de nossas contrarrazões ao agravo do douto PGR, já saía o decreto de prisão (0:30h. de sábado)! Parece até uma reação desesperada para prender o paciente, que estava calmamente em sua casa, com sua família, cumprindo as condições que lhe haviam sido impostas!

Lamentável, profundamente lamentável erros crassos dessa natureza para fundamentar uma prisão preventiva do paciente, absurdamente fundada em erros e equívocos!!!

Prosseguindo, em fl. 26 da decisão, há outra grande contradição lógica nas afirmações e que precisam ser esclarecidas. Afirma o digno relator:

Sob a ótica, é gravíssima a conduta narrada na inicial, considerando-se os valores em pauta e o poder de influência das autoridades envolvidas.

Tratando-se o representado de político com influência no cenário nacional, até pouco tempo Deputado Federal e assessor do Presidente Michel Temer, além de pessoa de sua mais estrita confiança, como declarado em áudio captado, revelam-se insuficientes para a neutralização de suas ações, medidas diversas da prisão. (doc. 7, fl. 26)

Sobre esse ponto, o douto Relator se manifesta afirmando que “a circunstância de o representado não exercer mais cargo público algum não altera essa conclusão, uma vez que o poder não tem necessariamente relação



com os vínculos jurídicos formais, tratando-se, antes, de relação fática". Isso não pode ser reconhecido.

O poder de influência de qualquer político está na sua investidura no cargo e no seu exercício. O suposto poder de influência de Rodrigo Rocha Loures estava jungido ao seu mandato de Deputado Federal, assim como ao cargo de assessor do Presidente.

A perda do mandato, somando-se ao fato da exposição midiática com divulgação do vídeo, jogou por terra toda e qualquer potencial poder de influência de Rodrigo Rocha Loures. Não conseguiria sair de casa, nem se quisesse, não poderia chegar em um aeroporto, jamais entrar em algum restaurante, sob pena de ser linchado.

Ora, se o cargo parlamentar constituía risco, ainda que presumido, à instrução e ainda assim o Paciente se encontrava solto (mesmo com a função suspensa por força da cautelar do 319 do CPP), **por obvio que a perda definitiva do cargo não pode aumentar o risco à instrução e provocar sua prisão, como ocorreu.** A verdade é que o risco à instrução diminuiu ainda mais e uma das cautelares (suspensão do mandato) perdeu o objeto.

Concluindo, a decisão ora atacada não pode prosperar, porque:

i. A perda do mandato de Deputado Federal não constitui qualquer fato novo autorizador de prisão cautelar. O Paciente cumpria rigorosamente as medidas alternativas viáveis e suficientes para à cautela processual necessária. A mudança de condição subjetiva do Paciente não interfere em nada nos pressupostos e requisitos de cautelaridade, como reconheceu a própria decisão objeto da presente impetração;

ii. A perda do mandato eletivo não é, e não pode ser, fundamento de prisão preventiva, sobretudo já examinada. E a prisão preventiva, *ultima ratio*, só é permitida quando as medidas do art. 319 do CPP se revelam insuficientes. Não há uma conduta sequer da parte do Paciente, ou acontecimento no mundo dos fatos a recomendar medida



diversa das que estão vigendo;

iii. Do contrário, a perda do mandato eletivo diminui significativamente qualquer especulação acerca da possibilidade de o Paciente utilizar-se de sua função ou poder para interferir na instrução criminal.

iv. Buscas e apreensões e demais diligências de obtenção de provas materiais encontram-se cumpridas, inexistindo possibilidade de qualquer afetação da prova por parte do Paciente.

O Paciente encontrava-se com sua família recolhido a sua residência e na mais estrita obediência à lei e ao Judiciário. Atacado dia e noite, não teve ainda a oportunidade de qualquer manifestação sobre os fatos. O inquérito se encontra instruído com tudo o quanto pretendeu o *Parquet*. Deve, *data maxima venia*, cumprir seu curso em ambiente de serenidade e racionalidade.

VI – DESNECESSIDADE DA PRISÃO. DA AUSÊNCIA DE RISCO À ORDEM PÚBLICA E À INSTRUÇÃO CRIMINAL

VI.1. A confessada odiosa prisão para delatar

Desde o momento em que o Deputado Osmar Serraglio não aceitou o Ministério da Cultura e optou por reassumir sua cadeira de deputado na câmara, a grande mídia vinha insistido que a qualquer momento o Paciente Rodrigo Rocha pode ser preso. E, invariavelmente, acrescentavam que se ele não fosse preso provavelmente não iria delatar. Ou seja, a própria mídia já encorpou a filosofia adotada na Lava Jato de prender, para humilhar, fragilizar e apavorar os investigados para que optem pela delação.

Embora o perfil do digno relator, aparentemente fora induzido em erro e acabou por sucumbir à sanha acusatória. Contudo, as circunstâncias fático-jurídicas já não eram as mesmas no momento em que proferira a decisão ora atacada, ou seja, o recorrido não ostentava mais o cargo de Assessor da



Presidência da República e tampouco possuía o *status* de Deputado Federal. Devolvera os valores e entregou seu passaporte.

Em outros termos, encontrava-se recolhido em sua residência, não tinha nenhum contato com ninguém e não ocupava qualquer posto em que poderia, teoricamente, praticar algum ato ou fato ou pudesse atrapalhar as investigações. Sua única atitude foi contratar seus defensores para exercer o direito constitucional de sua ampla e irrestrita defesa.

A espetacularização das prisões quase diárias da "lava jato", acompanhadas por grande alarde da mídia, as megas entrevistas coletivas em redes de televisão a cada "operação policial", as ilegais **conduções coercitivas** de pessoas que jamais foram convidadas a comparecer às repartições repressoras, entre outros tantos abusos oficiais, estão a agredir os direitos fundamentais do cidadão e também o Código de Processo Penal brasileiro.

Há três anos assiste-se os espetáculos lamentáveis e totalmente desnecessários, **transformando a prisão em regra**, quando deveria ser exceção; começou-se (I) prendendo para garantir a produção de prova, passou-se (II) a prender por reconhecer que não existe prova contra o investigado, (III) para forçar delações etc.

Em outros termos, **prende-se para investigar, para descobrir provas, para forçar delações, por precisar de tempo para produzir provas, mas não por necessidade da prisão**. Prendem-se filhos, esposas, agregados, empregados, porteiros, secretárias, enfim prende-se a família para forçar a delação, prende-se pela manhã, relaxa-se a prisão à tarde, como ocorreu recentemente. Ou seja, está-se a antecipar a condenação e o cumprimento da pena!

O Ministério Público confessou na mídia **que prende para forçar a delação e facilitar as investigações**; o magistrado decreta a prisão de alguém pela manhã, mas a relaxa à tarde ao saber que o pretense investigado está negociando uma delação, deixando claro que o objetivo da prisão era só para forçar a delação, o que é um procedimento lamentável do julgador. Há, na





verdade, uma grande *inversão* da ordem natural das coisas, isto é, da ordem jurídica, dos direitos e garantias do cidadão, parecendo que realmente escreveram uma nova Constituição, uma nova ordem jurídica, exclusiva para eles, ao arripio da Carta Magna deste país.

Esses são alguns dos métodos nada ortodoxos utilizados pela "lava jato" para ganhar a popularidade, conquistar a mídia, e transformar seus atores em falsos heróis nacionais. Mas todos os métodos arbitrários, ilegais, violadores de garantias constitucionais seguem na linha de "os fins justificam os meios", fez-se escola e agora muitos querem ser os heróis ou os falsos "paladinos da justiça" — *os vendilhões do templo* — ávidos por 15 minutos de popularidade, sem medir as consequências de seus atos, por mais tresloucados, irresponsáveis e inconsequentes que possam ser, mesmo que causem catastróficas consequências nacional e internacional e sobre a vida de cidadãos e suas famílias.

A Polícia Federal e o Ministério Público, que são extraordinárias Instituições Públicas, que orgulham a todos nós brasileiros, não podem agir açodadamente, como, por vezes, acontece. Ou seja, o que ocorreu na "operação carne fraca", voltou a repetir-se nesta operação em que foi constrangido o Presidente da República. Referimo-nos à omissão de cautela em não submeter o material utilizado ao trabalho pericial, o que causa enormes prejuízos às investigações e aos investigados.

Na "operação carne fraca" a Polícia Federal decidiu, equivocadamente, "dispensar" o indispensável apoio dos seus eternos colaboradores, quais sejam, dos "*peritos oficiais da corporação*". Aliás, a própria associação dos delegados da Polícia Federal reconheceu o grande equívoco de seu associado e o fato de ter extrapolado os prudentes limites que referida operação estava a exigir.

Agora, na "Delação da JBS", o **Ministério Público Federal confessou que não submeteu a exame pericial os áudios da autogravação do Senhor Presidente da República**, o que pode ter comprometido toda a prova que pretende utilizar.



Olvidou-se o *Parquet* que a autoridade pública investigadora é responsável pela cadeia da custódia da prova, ou seja, a licitude, legitimidade e legalidade da prova é seu ônus, sendo-lhe vedado atribuir ao empresário delator essa responsabilidade.

VI.2. Da desnecessidade da prisão pela ausência de risco à ordem pública e à instrução criminal

A decisão ora recorrida (doc. 7) não traz elemento concreto que indique a necessidade da segregação de sua liberdade, simplesmente porque não está ameaçada a garantia da ordem pública, muito menos há risco para a instrução criminal.

Quanto à garantia da ordem pública, cumpre destacar que o Paciente, desde que soube da existência de investigação contra sua pessoa, sempre esteve à disposição dos órgãos de persecução, inclusive, estava a negócios em Nova Iorque e retornou imediatamente, disponibilizando-se à justiça, em cumprimento às cautelares diversas da prisão determinadas pelo Relator e em momento algum deu qualquer demonstração de que iria impedir ou impor obstáculos à investigação. Tal circunstância reforça ainda mais a afirmação de que sempre esteve e está à disposição da Justiça.

Por outro lado, a autoridade acusadora, sem a necessária acuidade na análise dos **fundamentos da prisão preventiva** insistiu em sua decretação. **Afinal, para a imposição da prisão preventiva, é fundamental que se aponte atos concretos e contemporâneos que demonstrem a imprescindibilidade da medida.** Ou seja, a mencionada imprescindibilidade da constrição preventiva decorreu dos próprios elementos que, ao menos em tese, comprovariam materialidade e autoria delitivas.

Com a devida vênia, ainda que o Paciente tivesse praticado os crimes que ora lhe imputam, o que se admite apenas para fins de argumentação, **ainda assim, seria necessário demonstrar concretamente como tais fatos**



impediriam ou prejudicariam as investigações, a ponto de se decretar tão severa medida.

Enfim, não se vislumbra a existência ou, quiçá, permanência de eventual *periculum libertatis* em relação ao Paciente que justifique a manutenção de sua prisão.

Explica-se:

É remansosa a jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de **que a prisão preventiva só é cabível para evitar a reiteração da conduta criminosa, quando há elementos concretos que indiquem que o acusado – em liberdade – voltará a delinquir**, por fazer do crime seu modo de vida, senão vejamos:

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RÉU REINCIDENTE. HABITUALIDADE DELITIVA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. A custódia cautelar **encontra fundamento na reiteração de práticas delitivas pelo Recorrente, que possui "diversos processos pelo cometimento de crimes contra o patrimônio, inclusive com condenação transitada em julgado"**, o que evidencia a necessidade da custódia para garantir a ordem pública. (...). De fato, a lei seria inócua se fosse tolerada a reiteração do mesmo delito, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma. E mais: seria um verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mormente **TENDO EM CONTA AQUELES QUE FAZEM DA CRIMINALIDADE UM MEIO DE VIDA**. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. (RHC 34750 / MG Relatora Ministra LAURITA VAZ – QUINTA TURMA, DJe 01/08/2013.*

Seria necessário, nessa linha, para justificar o perigo de reiteração criminosa, que se demonstrasse que o Paciente faz do crime seu modo de vida, ou seja, que pratica as atividades a ele imputadas de forma contumaz ou reiterada, que já se envolveu com diversas e sucessivas condutas criminosas relacionadas entre si. Todavia, Excelência, e com o devido respeito, **não é o que ocorre no presente caso.**

Conforme já demonstrado, imputa-se ao Paciente um **episódio certo e determinado**, uma operação que teve início, meio e fim, **não se apontando**



mais nenhum fato anterior ou posterior que indique uma atividade pautada pela ilicitude.

Quanto à **suposta conveniência da instrução processual**, pergunta-se: qual o fato concreto ou as condutas praticadas pelo Paciente indicariam o efetivo risco de que ele venha a interferir, perturbar ou embaraçar a instrução criminal? Como, quando, onde?

Ora, presumir “capacidade de intervenção na instrução” não é elemento concreto que justifique a prisão preventiva do Paciente. Menos ainda hoje, quando já perdeu o mandato parlamentar.

Evidenciado, portanto, que com relação ao Paciente a decisão atacada não aponta um só elemento concreto que indique eventual intuito de obstruir a instrução criminal, **valendo-se tão somente de presunções que não se prestam a justificar prisões cautelares**, configurando a coação ilegal à liberdade, ensejadora do reconhecimento desnecessidade da prisão.

É exatamente nesse sentido a orientação dessa Suprema Corte:

*HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. ...: I) CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PARA VIABILIZAR, COM A COLHEITA DE PROVAS, A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. Tendo o Juiz da causa autorizado a quebra de sigilos telefônicos e determinado a realização de inúmeras buscas e apreensões, com o intuito de viabilizar a eventual instauração da ação penal, **TORNA-SE DESNECESSÁRIA A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO PENAL**. Medidas que lograram êxito, cumpriram seu desígnio. Daí que a prisão por esse fundamento somente seria possível se o magistrado tivesse explicitado, justificadamente, o prejuízo decorrente da liberdade do Paciente. A não ser assim ter-se-á prisão arbitrária e, por consequência, temerária, autêntica antecipação da pena. (HC 95009 / SP Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008).*

Devemos lembrar ainda que o art. 312 do CPP traz os quatro requisitos alternativamente necessários para a decretação da prisão preventiva, a saber: (i) garantia da ordem pública, (ii) garantia da ordem econômica, (iii) conveniência da instrução criminal ou (iiii) para assegurar a aplicação da lei penal.



A mera conceituação dos termos acima mencionados como fundamento para decretação da prisão preventiva tem se mostrado insuficiente ante o estágio de desenvolvimento do processo penal atual. A gravidade do crime não se traduz também como ameaça à ordem pública. Como qualquer detenção cautelar, ela só se mostra legítima quando for imprescindível – e desde que, obviamente, esteja fundada nas hipóteses previstas no art. 312 do CPP.

VI.3. Da absoluta ausência do *periculum libertatis*

O *periculum libertatis* estaria configurado quando a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do feito estiverem em risco, em virtude de ameaças ou constrangimentos às testemunhas, vítimas e peritos, bem como em caso de destruição ou alteração do local do crime (LOPES JR., 2011. p. 109³).

Não é o que ocorre nos presentes autos. Não demonstra, a decisão recorrida, qualquer indício de que a liberdade do Paciente possa ocasionar qualquer influência sobre a instrução processual, até porque **não exerce atualmente qualquer cargo público**.

O Paciente sempre teve uma vida imaculada, não apresentando nenhum resquício de antissocialidade, com uma conduta irrepreensível, sem qualquer deslize ao longo de sua vida.

A postura do Paciente – **retornando dos Estados Unidos e apresentando-se imediatamente à Polícia Federal** – afasta qualquer justificativa que se possa lançar mão quanto à necessidade de imposição de medidas cautelares, de qualquer natureza.

Assim que tomou conhecimento da investigação existente – o Paciente, que se encontrava em Nova Iorque – retornou ao Brasil e, na mesma data (19 de maio), comunicou a Procuradoria-Geral da República sua intenção de *entregar ao Ministério Público Federal valores que estavam consigo*. Em 22/05/2017, protocolizou, nos autos da ação cautelar nº 4328, petição na qual

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 2v



reiterou sua intenção, requerendo ao Relator do feito que fosse “oficiado à Polícia Federal para que forneça as orientações cabíveis para a referida devolução” (doc. 2). Devolveu a referida mala com os respectivos valores.

Portanto, pelas condutas adotadas pelo Paciente, desde a deflagração da investigação, não se pode dizer, absolutamente, que haja concreto risco à ordem pública e, muito menos, à instrução criminal. Em sentido, contrário, o Paciente se mostrou ativamente disposto a colaborar com a Justiça.

Pesando ainda contra a necessidade das medidas cautelares nesse momento inicial da investigação, em nota oficial, o **CADE negou a existência de qualquer decisão favorável ao grupo empresarial dos delatores**, refutando que tenha agido sobre influência. Portanto, todos esses aspectos demonstram a absoluta desnecessidade de prisão do Paciente.

Quanto à **ausência de fundamentação idônea para o decreto de prisão cautelar**, colhemos a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

*EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SÚMULA 691/STF. AFASTAMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/2006. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MOTIVAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. Em casos excepcionais, viável a superação do óbice da Súmula 691 desta Suprema Corte. Precedentes. 2. O decreto de prisão cautelar há de se apoiar nas circunstâncias fáticas do caso concreto, evidenciando que a soltura, ou a manutenção em liberdade, do agente implicará risco à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal (CPP, art. 312). 3. **A motivação genérica e abstrata, sem elementos concretos ou base empírica idônea a amparar o decreto prisional, esbarra na jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal Federal, que não lhe reconhece validade.** Precedentes. 4. Substituição da prisão preventiva por medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a serem fixadas pelo juízo de primeiro grau. 5. Ordem de habeas corpus concedida para revogar a prisão preventiva dos pacientes, sem prejuízo da imposição, pelo magistrado de primeiro grau, se assim o entender, das medidas cautelares ao feitiço legal. (HC 129554 / SP - SÃO PAULO. HABEAS CORPUS Relator (a): Min. ROSA WEBER. Julgamento: 29/09/2015 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação PROCESSO ELETRÔNICO. DJe-206 DIVULG 14-10-2015 PUBLIC 15-10-2015).*

Assim, por todo o exposto, não restam dúvidas de que estão ausentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva.

VI.4. Da prisão em flagrante diferido – impossibilidade de postergá-la para além da flagrância

De acordo com a manifestação do Procurador-Geral da República, deveria ser decretada a prisão preventiva em **decorrência de flagrante em crime inafiançável**. Ora, a *situação de flagrância* autoriza a prisão em flagrante, nos termos definidos no CPP, mas superada tal situação, ou seja, após a consumação do fato, ela, por si só não autoriza outra modalidade de prisão (preventiva ou temporária).

Na sua petição, a PGR afirma (fl. 23, doc. 1):

“Após esse acordo inicial, momento em que o crime de corrupção se consumou, o Deputado Federal ainda recebe os valores da propina acertada do também colaborador RICARDO SAUD.

Os robustos elementos de prova colhidos em decorrência do acordo de colaboração premiada e da ação controlada deferida judicialmente apontam para aos seguintes crimes previstos no Código Penal” (fl. 23, doc. 1).

E prossegue o Procurador Geral da República, afirmando:

“A prisão do congressista envolvido apenas não ocorreu em momento anterior, quando, por exemplo dos recebimentos das parcelas da propina, em razão de diferimento de ações controladas que tiveram como motivação permitir fossem angariadas provas ainda mais robustas em relação aos fatos criminosos” (fl. 25, doc.1).

Observa-se uma grande contradição nas afirmações do Douto Procurador Geral da República. Isso porque, para justificar o pedido de prisão afirma que **há provas robustas** da prática de crimes de corrupção ativa. No entanto, logo após, na folha seguinte, para justificar um **pedido retroativo**, alega que a prisão somente não se deu naquela data **para que fosse possível obter provas robustas**. Ou seja, havia ou não prova robusta contra o agravado?

Obviamente que não havia nada de robusto, pois a polícia federal jamais deixaria de prendê-lo, com vídeos e áudios, e diante da oportunidade de espetacularização das prisões que vem sendo rotineiramente utilizada, se tivesse alguma prova robusta contra RODRIGO ROCHA LOURES, jamais perderiam tal oportunidade.

A verdade é que não havia prova nenhuma contra RODRIGO ROCHA LOURES e continua não existindo, especialmente porque nada de novo surgiu daquela data até o presente momento!

No entanto, parece que se faz necessário um esclarecimento técnico: a **prisão em flagrante** só pode ocorrer em situação de flagrância, nos termos do art. 301 e 302 do CPP! É preciso entender que uma **“ação controlada”** que – **significa o retardamento legal da ação policial – não amplia a situação de flagrância, por isso, passado essa situação não mais será possível a prisão por esse fundamento, por que de flagrante não mais se trata.** E a dita “ação controlada” não autoriza prisão extemporânea tachada de “prisão em flagrante”, mas somente a produção de prova: esse é o significado que se deve dar a locução **“desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações”** (art. 8º).

Na verdade, o operador da “ação controlada” perdeu o *time* da prisão e virou, fazendo um trocadilho, uma “ação descontrolada”, pois o flagrante desapareceu, sumiu, se desfez. Qualquer acadêmico dos primeiros anos da faculdade, sabe que após a consumação da ação não se pode falar em flagrante. A “ação controlada” **prorroga o tempo de ação investigatória, podendo, inclusive, deixar de prender em flagrante para conseguir melhor resultado posteriormente**, mas isso não importa em prorrogar o **estado de flagrância**, para autorizar, tempos depois a prisão em flagrante, por que isso seria pura ficção e o **direito penal, como sabem todos, não trabalha com ficções!**

É uma erronia insustentável pensar diferente!



Além disso, de extrema importância a previsão legal do § 1º do mesmo art. 8º, o qual, exige a **prévia comunicação ao órgão judiciário competente, que estabelecerá os limites materiais e/ou temporais à medida investigativa.**

Essa disciplina propicia maior eficácia à investigação policial, que, por sua natureza, deve ter execução imediata, sob pena de frustração dos objetivos que lhe são próprios. Além disso, importa destacar que para preservar o rigoroso controle judicial sobre a execução da medida, exige a lei **prévia comunicação ao juiz**, com a responsabilidade de imposição, a *posteriori*, de limites, tanto materiais (crimes passíveis de investigação por meio de ação controlada) quanto temporais (prazo para a execução da medida sem a efetivação de prisão em flagrante).

Nessas condições, se a autoridade investigadora identificar a pertinência e a necessidade de emprego da ação controlada, para realizar a prisão em flagrante somente no momento mais oportuno, **deverá comunicar o emprego da técnica ao órgão judiciário competente** e, desde logo, dar início à execução do ato. Recebendo a comunicação, poderá o juiz fixar limites à ação investigativa.

Mas, **ao que consta, esses limites não foram fixados pelo magistrado.**

Verifica-se, portanto, que não basta a autoridade policial deixar de efetuar a prisão em flagrante para, automaticamente, permanecer a situação de flagrância durante tempo indeterminado para efetuar a prisão ser efetuada a qualquer tempo. Isso jamais poderá acontecer, pois seria o desvirtuamento da natureza e da essência do flagrante.

É inconcebível que um mês após o fato o Ministério Público requeira a prisão em flagrante de alguém, partindo do pressuposto que a situação de flagrância ainda permanece, única e exclusivamente, porque a prisão não foi efetuada em momento oportuno.



E tal limite também deve ser respeitado pelo Poder Judiciário, ou seja, o magistrado não pode autorizar a prisão de alguém, a qualquer tempo, alegando tratar-se de prisão em flagrante diferida, semanas após o suposto fato delitivo.

VII. DO MÉRITO

VII.1. Barbárie inquisitorial disfarçada de ação controlada atinge o poder supremo da nação. Ação controlada travestida de flagrante provocado

VII.1. Considerações preliminares

Deve-se destacar, de plano, que a defesa do paciente está absolutamente imbricada com a de Michel Temer, na medida em que os fatos imputados àquele se originaram daquela famigerada gravação artilosa, abusiva e desautorizada pelo ordenamento jurídico deste – a despeito da equivocada autorização judicial monocrática –, equivocada por que, a nosso juízo, por envolver o Presidente da República, a mais alta autoridade da República, deveria ser mais cautelosa e submetida a um órgão colegiado da Suprema Corte para ser, no mínimo, debatida a conveniência e oportunidade com seus pares.

É legítimo imaginar que somente o açodamento pode ter levado o digno relator a descuidar-se da relevância da matéria, a importância do destinatário da invasão da privacidade da mais alta autoridade do país, sem avaliar detida e adequadamente os subsídios que lhe foram oferecidos pelo douto Procurador-Geral da República. Aliás, cautela que tampouco teve o chefe do Parquet, que admitiu não ter submetido o material recebido do delator – Joesley Batista – o verdadeiro líder da maior organização criminosa deste país, como demonstramos, admitindo que fez apenas um exame preliminar, sem maiores cuidados técnico.

De qualquer sorte, como demonstramos acima, as nulidades das combatidas gravações, artilosamente obtidas, refletem-se diretamente nos



fatos imputados ao depoente, contaminando as “pseudas provas”, apresentadas contra o paciente, segundo a *teoria da árvore dos frutos envenenados*.

Por essas razões, temos que enfrentar e demonstrar a existência dessas nulidades, para, assim, afastar os seus reflexos diretos no paciente. Pelas mesmas razões, enfrentaremos a situação fática a que foi colocado o Presidente, como uma verdadeira arapuca, além de examinarmos as consequências da ação/omissão do Presidente.

A Rede Globo, no dia 17 de maio, estremeceu o País divulgando a “delação premiada” (eufemisticamente denominada de “colaboração premiada”) de Joesley Batista, da JBS, destacando, acriticamente, que o Presidente da República, Michel Temer, havia “endossado” a compra do silêncio de Eduardo Cunha, afirmando “isso tem que manter, viu!”. No dia seguinte – ouvindo-se melhor o mesmo áudio - constatou-se que referida frase estava descontextualizada e não correspondia a assertiva divulgada pela referida emissora.

Na realidade, *houve uma cilada armada por alguém – o mais poderoso empresário do país - que seria preso se não colaborasse. A rigor, mutatis mutandis*, houve uma espécie de flagrante provocado, ou seja, um crime de ensaio, em que o Presidente da República foi induzido a ouvir relatos de alguns crimes. Nesses casos, até o uso da “ação controlada” deve ter limites e ser usada com muita prudência.

Faremos, a seguir, algumas considerações sobre as circunstâncias fático-jurídicas que envolveram o presidente Temer, examinando, inclusive, a **ação controlada**, a prisão em flagrante e, principalmente, o possível *erro em* que, eventualmente, Sua Excelência pode ter incorrido.

VII.2. Armadilha travestida de ação controlada ou flagrante provocado

A “armadilha” que golpeou o Presidente da República não pode ser, tecnicamente, classificada como o instituto jurídico-penal denominado “ação



controlada", amoldando-se melhor não ao conhecido "flagrante preparado", mas ao que denominamos "flagrante provocado", que é absolutamente ilegal, por ser ardiloso, fraudulento e representar uma espécie de *tocaia* aplicada pela autoridade investigadora. Neste, no *flagrante provocado*, ao contrário do que ocorre no flagrante preparado, há a atuação decisiva da autoridade pública, que cria uma situação fantasiosa com a finalidade de induzir o cidadão ou investigado ao erro para fazê-lo infringir a lei penal e incriminá-lo, exatamente como ocorreu no presente caso. Demonstraremos essas diferenças adiante.

Por outro lado, na noite da divulgação em edição extraordinária do Jornal Nacional, o Ministério Público declarou, com ufanismo, que pela primeira vez foi utilizada a figura da "ação controlada" na *Lava Jato*. As circunstâncias dos fatos levam a crer, por essa manifestação do Ministério Público, que a fatídica gravação do diálogo com o Presidente Temer fez parte da dita "ação controlada", aliás, instituto absolutamente inaplicável, naquela circunstância, no mínimo, pela absoluta ausência de uma situação de flagrância criminosa, na medida em que foi criada pelo próprio interlocutor.

Se essa presunção corresponder à realidade a situação fica muito mais grave, pois as autoridades repressoras (Polícia e Ministério Público) fizeram parte dessa "armação" para a autoridade máxima do país. Temos dificuldade em acreditar nessa hipótese, pela dignidade, honestidade, grandeza e seriedade dessas instituições, mas que parece, parece; até por que se ocorreu essa hipótese, a referida gravação é absolutamente nula e imprestável como prova, por ter sido obtida de forma ilícita, além de sua imprestabilidade pela péssima qualidade, descontinuidade e com mais da metade inaudível.

Mas, para argumentar, vamos considerar que dita autogração não foi organizada, planejada e dirigida pelas referidas autoridades, embora, delator ousaria a realização de tamanha façanha. No entanto, ainda assim, teceremos algumas considerações relativamente aos institutos da "ação controlada" e do "flagrante provocado", para contextualizarmos esses aspectos.

O conceito de **ação controlada** é dado pelo art. 8º da Lei 12.850/13, segundo o qual, consiste em *retardar a intervenção policial ou administrativa*

relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações. É, pode-se constatar, o mesmo conceito geral de *retardamento da intervenção policial* em busca do melhor momento para a produção probatória, porém, incluídos aqui os elementos diferenciadores da obrigação de observação e acompanhamento.

Contudo, não se pode ignorar que a hipótese da dita *ação controlada* destina-se à hipótese de flagrante delito que, pelas finalidades indicadas, o texto legal autoriza o seu retardamento objetivando melhor resultado com essa excepcionalidade funcional (retardo na intervenção policial).

Trata-se, inegavelmente, de uma exceção à regra geral que determina à autoridade pública que proceda à prisão quando em situação de flagrante delito (art. 301 do CPP). Afinal, segundo este artigo, as autoridades policiais e seus agentes têm o dever de “prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”, imediatamente. Não fazê-lo pode, em tese, configurar crime, como o de prevaricação, por que é seu *dever de ofício* agir. A partir dessa previsão legal da “ação controlada” abre-se uma situação de *permissividade* que afasta a *pretensão de ilicitude* do tipo, afinal o ordenamento determina uma ação e permite, sob condições, a realização do seu oposto, ou seja, a *omissão*. Evidentemente, ao tratar-se de um *conflito de deveres*, resulta presente uma situação de *justificação procedimental*, visto que submetida aos requisitos legais estruturantes da *ação controlada*.

Propomo-nos, ainda que de forma concisa, traçar algumas distinções que nos parecem absolutamente recomendáveis sobre a conceituação de *prisão em flagrante*, embora não seja disso que aqui se trate. Ocorre o ***flagrante preparado***, que diríamos melhor *flagrante esperado*, quando o agente *infrator*, por *sua exclusiva iniciativa*, concebe a ideia do crime, realiza os atos preparatórios, começa a executá-los e só não consuma seu intento porque a autoridade policial, que foi previamente avisada, intervém para impedir a consumação do delito e prendê-lo em flagrante. Constata-se que não há, nessa

hipótese, a figura do chamado *agente provocador*. A iniciativa é espontânea e voluntária do agente. Há início da ação típica. E a presença da força policial é a “circunstância alheia à vontade do agente”, que impede a consumação. Essa modalidade de flagrante não é atingida pela súmula 145 do STF, sendo, portanto, a conduta do agente típica, nos termos da tentativa.

Já o *flagrante provocado*, que para nós não passa de um *crime de ensaio*, tem outra estrutura e um cunho *ideológico* totalmente diferente. Neste, no flagrante provocado, o delinquente é *impelido* à prática do delito por um *agente provocador* (normalmente um agente policial ou alguém a seu serviço). Isso ocorre, por exemplo, quando a autoridade policial, pretendendo prender alguém, contra quem não tem provas, mas que sabe ser autor de vários crimes, *provoca-o* para cometer um, com a finalidade de prendê-lo em flagrante. Arma-lhe uma *cilada*, similar a que sofreu Michel Temer. Isso é uma *representação teatral*; o agente, sem saber, está participando de uma *encenação*. Aqui, nessa hipótese, o agente não tem qualquer possibilidade de êxito na operação, configurando-se perfeitamente o crime impossível. Consta-se a presença decisiva do agente provocador, que, a rigor, deveria ser coautor do fato delituoso. Nessa hipótese não, portanto, situação de flagrância.

Finalmente, o *flagrante forjado*, que também não se confunde com o preparado e tampouco com o provocado. Naquele, os policiais “criam” provas de um crime que não existe. É um dos casos mais tristes da rotina policial e que, infelizmente, ocorre com muito mais frequência do que se imagina. A situação mais corriqueira do *flagrante forjado* ocorre, por exemplo, quando agentes policiais “enxertam” no bolso (ou no automóvel) de quem estão revistando substância entorpecente (ou até mesmo armas). É evidente a inexistência de crime; o que há efetivamente é o abuso de autoridade, devendo responder criminalmente o agente policial.



VII.3. A responsabilidade pela legalidade e legitimidade da prova produzida

A responsabilidade pela legalidade, legitimidade, integridade, custódia, moralidade e constitucionalidade dos meios de provas utilizadas nas investigações criminais, bem como nos processos judiciais, de um modo geral, **é da autoridade que os utiliza, no caso, da polícia federal e do ministério público, que os adotaram, avalizaram e validaram os meios de provas que divulgaram.** Acresceram aos áudios que divulgaram - questionáveis, diga-se de passagem - o peso, conceito, respeitabilidade e autoridade de suas Instituições. E agora afirma o douto Procurador-Geral, **que divulgaram os áudios tais como receberam, sem periciá-los, como deveriam ter feito?!**

É inacreditável que o Ministério Público Federal trabalhe, descuidadamente, com toda a "suposta prova" que sustenta suas demandas judiciais! É inconcebível que adote uma postura acrítica, descriteriosa, descuidada e leviana sem se preocupar com a legitimidade e validade da prova que produz desde que sirva aos seus interesses acusatórios. Será por essa razão que incluíram nas famosas "Dez medidas contra a corrupção", **a possibilidade de usar provas obtidas por meios ilícitos?** Não será isso crime de abuso de autoridade?!

Após o extraordinário estrago que fez à nação, confessa o *Parquet*, publicamente, que não fez um pente fino sobre a lisura, validade e legitimidade do material que adota como meio de prova, ao afirmar que o material não foi periciado, e apenas, segundo a Folha, "foi analisado de forma preliminar". Segundo a Folha⁴, na edição de 20 de maio de 2017, reconhece o *Parquet* que dois técnicos limitaram-se a ouvir o autogrampo do dono do Grupo JBS, e líder dessa organização criminosa – Josley Batista. "Não houve auxílio de equipamentos especializados na avaliação sobre a integridade dos áudios", anota o texto da Procuradoria (veja cópia abaixo). Perícia encomendada pela

⁴ <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2017/05/1885661->

Folha atestou, segundo referido periódico, que a gravação sofreu mais de 50 edições”⁵.

Diante dessa perplexidade toda, com absoluto acerto, o ilustre defensor do Presidente da República, o grande criminalista Dr. Antonio Mariz de Oliveira, refletiu: “parece que foi coisa preparada, diz advogado de Temer sobre delação da JBS”⁶!

Cabe, aqui, uma pergunta que não quer calar: se o Ministério Público age com essa leviandade – se efetivamente houve ação controlada – em fatos envolvendo a autoridade máxima do País, o Presidente da República, o que não deve fazer com os demais comuns mortais que caem em suas garras?

Será que o Ministério Público desconhece a responsabilidade com a cadeia de prova, especialmente daquelas de discutível legitimidade, atribuindo a responsabilidade ao delator?

VII.4. Possível ocorrência de erro ou equívoco do presidente da República

Houve algum “erro” do Presidente Michel Temer nesse episódio patrocinado pelo empresário-delator Joesley? Em caso positivo, qual seria a natureza de dito erro e quais podem ser suas prováveis consequências? Poderia caracterizar alguma infração penal?

Ante a desenvoltura do empresário ardiloso, consciente e seguro da “armação”, que havia preparado para o mandatário máximo da nação, procurando demonstrar intimidade e, de certa forma, **dissimulada ingenuidade**, contrastava com a visível timidez e desconforto do entrevistado Presidente Temer. Joesley Batista, falante e inescrupuloso, agindo de má-fé, criou uma *armadilha*, uma situação ardilosa, uma espécie de “pega-ratão” para o presidente que, surpreendido, com a desfaçatez e desenvoltura do maior corruptor deste país, Joesley Batista – regamente “premiado” pelo Ministério

⁵ Veja mais em <http://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2017/05/20/audio-com-temer-nao-foi-periciado-diz-documento-que-pgr-entregou-ao-stf/?cmpid=copiaecola>.

⁶ <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2017/05/1885661->



Público –, ficou incrédulo, meio sem alternativa e sem saber o que fazer, pelo que se percebeu do áudio. Como referiu o Dr. Antonio Claudio Mariz de Oliveira, “parece que foi coisa preparada”⁷.

A rigor, vangloriando-se e procurando mostrar intimidades, o empresário confessou a prática, no mínimo, de crimes de corrupção e de exploração de prestígio (dizendo que teria conseguido um procurador e um juiz substituto etc.). E sobre a parte do diálogo que, segundo a Globo, Temer teria dado **sua anuência ao pagamento de propina a Cunha**, não nos pareceu corresponder a realidade dos fatos. Com efeito, ouvindo o áudio constatamos que houve, inegavelmente, uma descontextualização do diálogo, pois, a rigor, a frase do presidente, que teria dito “isso deve manter, viu!” referia-se a “boa relação com Cunha”, que o empresário disse manter. Essa manifestação do presidente **seguiu-se, imediatamente, a referida afirmação do empresário, e não ao pagamento da propina**, como se pode observar claramente do áudio em questão.

Em outros termos, Temer, pelo contexto, referiu-se à manutenção da boa relação com Cunha e, em momento algum, endossou o pagamento de propina, e tampouco se referiu a compra de silêncio de alguém. Logo, ninguém pode ser condenado pelo que não fez, e muito menos o Presidente da República.

Sobre a “confissão” do empresário relativamente aos arranjos com juízes e um procurador, nesse particular, o mandatário da nação, a nosso juízo, poderia ter agido, errando (ou se equivocando) ao não tomar as providências cabíveis. O cidadão comum que toma conhecimento de algum crime não é obrigado a denunciá-lo a ninguém, nem mesmo à autoridade competente. E essa omissão não o torna *partícipe* de crime algum, contrariamente ao entendimento equivocado de determinadas autoridades repressoras. A eventual *conivência* do cidadão comum não o torna participante de um crime, pois não tem a obrigação legal de denunciar ou de impedir o seu

⁷ <http://www.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2017/05/1885661>.



prosseguimento. No entanto, a autoridade pública, qualquer delas, inclusive o Presidente, tomando conhecimento da prática de qualquer crime de ação pública tem o *dever* legal, constitucional e funcional de comunicar a autoridade pública competente.

Na hipótese concreta, a nosso juízo, o Presidente Temer poderia ter convocado ao Ministro da Justiça e comunicá-lo do ocorrido, e este, por sua vez, deveria convocar Sua Excelência o Procurador-Geral requisitando-lhe a instauração de um procedimento investigatório criminal, para apurar os fatos e as suas circunstâncias. Nessa hipótese, Michel Temer poderia repreender seu interlocutor (o Joesley) ou determinar ao Ministro da Justiça que requisitasse inquérito à Polícia Federal.

Atribui-se ao presidente, aqui e acolá, a possível prática do crime de *prevaricação*, com o que, dede logo, não concordamos e, por isso, faremos um exame sucinto dessa infração penal.

Prevaricação é a *infidelidade ao dever de ofício* e à função exercida; é o descumprimento das obrigações que lhe são inerentes, movido o agente por *interesses ou sentimentos* próprios. Dentre os deveres inerentes ao exercício da função pública, o mais relevante deles é o que consiste no cumprimento pronto e eficaz das atribuições do ofício, que deve ser realizado escrupulosa e tempestivamente, para lograr a obtenção dos fins funcionais. O *objeto material* do crime de prevaricação é o “ato de ofício”, que é aquele que o funcionário público deve praticar em decorrência dos seus deveres funcionais, conseqüentemente, segundo o tipo penal, é necessário que o sujeito ativo encontre-se no exercício de suas funções regulamentares.

O elemento subjetivo é o dolo constituído pela vontade consciente de *retardar* ou *omitir*, indevidamente, *ato de ofício* ou praticá-lo contra disposição expressa de lei. É necessária, ainda, a presença do *elemento subjetivo especial* do tipo, representado pelo *especial fim de agir*, qual seja, “para satisfazer *interesse* ou *sentimento* pessoal”, isto é, há a necessidade de que o móvel da ação seja a satisfação desse tipo de interesse ou sentimento. *Interesse pessoal* é aquele que, por alguma razão, satisfaz pretensão, ambição

ou anseio do agente, podendo ser representado por qualquer vantagem ou proveito que possa ser obtido pelo sujeito ativo em razão de sua conduta incriminada nesse tipo penal. *Sentimento pessoal*, por sua vez, reflete um estado afetivo ou emocional do próprio agente, que pode manifestar-se em suas mais variadas formas, tais como amor, paixão, emoção, ódio, piedade, carinho, afeto, vingança etc.

Cabe destacar, de plano, que não é atribuição do Presidente da República, isto é, não integra o rol dos “atos de ofício” da presidência da República denunciar ou comunicar eventual prática de crimes, sem falar-se na ausência do especial fim de agir, “para satisfazer *interesse* ou *sentimento pessoal*”.

No plano objetivo, pode-se até questionar se a conduta omissiva do mandatário-mor pode ter, em tese, tipificado alguma infração penal, v. g., *prevaricação*. Contudo, no plano subjetivo, no mínimo, não restou configurado o elemento subjetivo do tipo, qual seja, o *dolo* da conduta omitida e, principalmente, o seu elemento subjetivo especial, isto é, “para satisfazer *interesse* ou *sentimento pessoal*”. Na realidade, o inusitado da situação, a perplexidade que causou ao Presidente, podem tê-lo induzido a *erro*, devendo-se, no mínimo, para prosseguir no exame da tipicidade objetivo-subjetiva, questionar a natureza desse *suposto erro*, bem como as suas consequências. Faremos a análise desses aspectos em tópico próprio logo adiante.

VII.5. Erro de tipo e erro de proibição e suas consequências jurídico-penais

VII.5.1. Considerações preliminares

O erro relevante em Direito Penal é aquele que *vicia* a vontade, causando uma falsa percepção da realidade, e também aquele que vicia o conhecimento da ilicitude. Nesses termos, o erro tanto pode incidir sobre os elementos estruturais do delito — erro de tipo — quanto sobre a ilicitude da ação — erro de proibição.



Para uma melhor compreensão do atual tratamento do erro jurídico-penal recomenda-se que se ignorem os velhos conceitos romanísticos de erro de direito e erro de fato. Não se trata, como pode parecer, simplesmente, de uma nova linguagem jurídica, mas trata-se, em verdade, de institutos diferentes que não guardam, necessariamente, exata correspondência aos antigos “erro de direito” e “erro de fato”. O *erro de tipo* e o *erro de proibição* não representam uma simples renovação de normas, mas uma profunda modificação conceitual. São novas concepções, com novas e maiores abrangência. O erro de tipo abrange situações que, outrora, eram classificadas ora como erro de fato, ora como erro de direito. Por outro lado, o erro de proibição, além de incluir situações novas (como, por exemplo, a existência ou os limites da legítima defesa), antes não consideradas, abrange uma série de hipóteses antes classificadas como erro de direito.

Assim, o *erro* jurídico-penal, independentemente de recair sobre situações fáticas ou jurídicas, quando inevitável, será relevante. Não há, na verdade, coincidência entre os velhos e os novos conceitos. Mudou toda a sistemática. A ultrapassada classificação de erro de direito e erro de fato baseava-se na situação jurídica e na situação fática. A problemática, hoje, é diferente; enfoca-se outra questão: a *tipicidade* e a *antijuridicidade* (ilicitude). Ou seja, o erro pode recair sobre a tipicidade ou sobre a injuridicidade.

Nas circunstâncias em que os fatos ocorreram é mais do que razoável considerar a existência de erro que *viciou* a vontade do Presidente, *causando-lhe uma falsa percepção da realidade*, bem como o conhecimento da ilicitude, incorrendo em erro jurídico-penal, que pode ser de tipo ou de proibição. Por isso, impõe-se que examine, a seguir, essas duas modalidades de erros, eis que, dependendo de sua natureza, suas consequências são distintas.

VII.5.2. *Erro de tipo e erro de proibição e suas consequências*

Erro de tipo é o que cai sobre circunstância que constitui elemento essencial do tipo penal. É a falsa percepção da realidade sobre um elemento



do crime. É a ignorância ou a falsa representação de qualquer dos elementos constitutivos do tipo penal. É indiferente que o objeto do *erro* se localize no mundo dos fatos, dos conceitos ou das normas jurídicas. Importa, isto sim, que faça parte da estrutura do tipo penal. Essa modalidade de *erro* está regulada no *caput* do art. 20 do nosso Código Penal, onde o legislador refere-se expressamente ao “erro sobre elemento constitutivo do tipo legal”. Por exemplo, no crime de *calúnia*, o agente imputa *falsamente* a alguém a autoria de um fato definido como crime que, sinceramente, acredita tenha sido praticado. Falta-lhe o conhecimento da *elementar típica* “falsamente”, uma condição do tipo. Se o agente não sabia que a imputação era falsa, não há dolo, excluindo-se a tipicidade, caracterizando o *erro de tipo*. Igualmente, no crime de *desacato*, o agente desconhece que a pessoa contra a qual age desrespeitosamente é *funcionário público*, imaginando que se trata de um particular normal. Falta-lhe a consciência da *elementar* do tipo “funcionário público”, desaparecendo o dolo do crime de desacato, podendo configurar, como forma subsidiária, quem sabe, o crime de injúria.

Nada impede que o *erro de tipo* ocorra nos *crimes omissivos impróprios*. Por exemplo, o agente desconhece sua *condição de garantidor* (e o presidente não se encontrava nessa condição), ou tem dela errada compreensão. O *erro* incide sobre a estrutura do tipo penal omissivo impróprio. O agente não presta socorro, podendo fazê-lo, ignorando que se trata de seu filho, que morre afogado. Desconhece a sua *posição de garante*. Incorre em erro sobre elemento do tipo penal omissivo impróprio, qual seja, a sua posição de garantidor.

O *erro de tipo inevitável* (inevitável), também referido como *erro de tipo essencial*, sempre exclui o *dolo*, permitindo, quando for o caso (tratando-se de erro evitável), a punição pelo *crime culposo*, uma vez que a culpabilidade permanece intacta. O erro de tipo inevitável exclui, portanto, a tipicidade, não por falta do tipo objetivo, mas por carência do tipo subjetivo. Assim, haverá a *atipicidade*, por exclusão do dolo, *somente quando o erro for inevitável*, mesmo que haja previsão de modalidade culposa. A *vencibilidade* do erro de tipo, por



sua vez, é determinante da punição por crime culposo, mas desde que esta modalidade seja tipificada (excepcionalidade do crime culposo).

Erro de proibição, por sua vez, é o que incide sobre a ilicitude de um comportamento. O agente supõe, por erro, ser lícita a sua conduta, quando, na realidade, ela é ilícita. O objeto do erro não é, pois, nem a lei, nem o fato, mas a ilicitude, isto é, a contrariedade do fato em relação à lei. O agente supõe permitida uma conduta proibida. O agente faz um juízo equivocado daquilo que lhe é permitido fazer em sociedade. Walter Coelho, falando sobre a incidência do erro de proibição, faz a seguinte colocação: “Há que se lembrar sempre estas três considerações fundamentais: a lei, o fato e a ilicitude. A lei, como proibição, é entidade moral e abstrata; o fato, como ação, é entidade material e concreta; enquanto a ilicitude é relação de contradição entre a norma e o fato. Pois bem, o discutido erro de proibição incide, justamente, sobre este último fator, ou seja, sobre a relação de contradição do fato com a norma”.

Bastante elucidativo é o exemplo de Welzel: “Quem subtrai coisa que erroneamente supõe ser sua, encontra-se em erro de tipo: não sabe que subtrai coisa alheia; porém, quem acredita ter o direito de subtrair coisa alheia (v. g., o credor frente ao devedor insolvente), encontra-se em erro sobre a antijuridicidade”. Para Maurach, “erro de tipo é o desconhecimento de circunstâncias do fato pertencentes ao tipo legal, com independência de que os elementos sejam descritivos ou normativos, jurídicos ou fáticos. Erro de proibição é todo erro sobre a antijuridicidade de uma ação conhecida como típica pelo autor”. A jurisprudência alemã mais uma vez empresta sua valiosa contribuição através da célebre sentença de 18 de março de 1952, declarando que: “A errônea suposição de que não concorre um elemento do fato origina o erro de tipo. O sujeito crê que seu atuar é permitido, em virtude de não saber o que faz; sua vontade não está dirigida à realização do tipo. Pelo contrário, o erro sobre a antijuridicidade concerne à proibição da conduta. O sujeito sabe o que faz, mas supõe erroneamente que sua ação é permitida”. Damásio de Jesus, nessa mesma linha, mostra-nos bem a distinção entre os dois institutos no seguinte exemplo: “Se o sujeito tem cocaína em casa, supondo tratar-se de

outra substância, inócua, trata-se de erro de tipo (art. 20); se a tem supondo que o depósito não é proibido, o tema é de erro de proibição (CP, art. 21)”.

Como vimos no estudo da culpabilidade, o *conhecimento da ilicitude* é um de seus elementos, pois somente aquele que tem acesso ao conteúdo do mandato ou da proibição normativos pode vir a ser declarado culpado e ser digno de pena. Hoje, sendo inexigível que todos conheçam todas as leis, tem-se de admitir que a *falta de consciência da ilicitude*, se inevitável, exclui a culpabilidade. Como pontificava Munhoz Netto, “se a norma fosse obrigatória, mesmo para os que não a conhecem, não existiria qualquer razão de não aplicá-la ao mentalmente incapaz”. No moderno Direito Penal da culpabilidade não há mais lugar para a *culpabilidade presumida*, que nada mais é do que a responsabilidade objetiva. Porém, quem agir sem consciência da ilicitude, quando podia e devia ter essa consciência, age de maneira culpável.

O *erro de proibição*, quando inevitável, exclui, portanto, a culpabilidade, impedindo, nos termos do *caput* do art. 21, a imposição de qualquer tipo de pena, em razão de não haver crime sem culpabilidade. Se o erro de proibição for *evitável*, a punição se impõe, sem alterar a natureza do crime, dolosa ou culposa, mas com pena reduzida, de acordo com o art. 21, e seu parágrafo único. Como afirma Cerezo Mir, “a culpabilidade, reprovabilidade pessoal da conduta antijurídica, é sempre menor no erro de proibição evitável”.

Concretamente, o Presidente da República pode ter incorrido tanto em *erro de tipo* quanto em *erro de proibição*, embora a sua conduta, na nossa concepção, não constitua crime algum, pois não tinha como *dever de ofício* denunciar eventual prática de crime, seja por que entendeu que ouvir declarações de seu interlocutor de que teria praticado crimes, por não ter o dever de ofício de investigar ou denunciar a prática de crimes não prevaricou (erro de tipo), seja por que, na sua concepção, não tem o *dever legal* (ato de ofício) de denunciá-lo (erro de proibição). O primeiro afasta a eventual *tipicidade* de sua conduta, o segundo afasta a sua *culpabilidade*.



VIII. DO PEDIDO LIMINAR

Por todo o exposto, estando suficientemente evidenciados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, requerem-se:

I. Tendo em vista tratar-se de impetração que aponta como autoridade coatora Ministro do Supremo Tribunal Federal, seja submetida a preliminar levantada sobre o cabimento do *writ*, bem como o pedido de liminar abaixo exposto, na primeira sessão do Tribunal Pleno desse Supremo Tribunal Federal;

II. Seja deferida liminar para determinar a suspensão dos efeitos do decreto de prisão preventiva vigente em desfavor do Paciente, restabelecendo-se as medidas cautelares anteriormente fixadas e que estavam em franco cumprimento, sem prejuízo de que outras sejam fixadas, até o julgamento de mérito da presente impetração.

IX – NO MÉRITO

Diante de todo o exposto, os Impetrantes requerem:


(a) A concessão da ordem para revogar o decreto de prisão preventiva vigente em desfavor do Paciente, aplicando, se o Colegiado entender necessárias, tantas quantas bastem dentre as medidas cautelares alternativas dentre as previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal;

(b) Caso o *writ* não seja conhecido, a concessão da ordem de ofício, consoante autoriza o artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal;

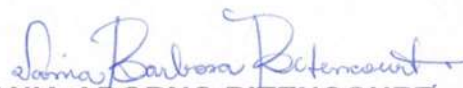
(c) A intimação acerca da inclusão do *writ* em mesa para julgamento, visando à realização de sustentação oral.

Termos em que
Pedem a Concessão.


Brasília/DF, 05 de junho de 2017.




CEZAR ROBERTO BITENCOURT
OAB/RS 11.483 e OAB/DF 20.151



VANIA ADORNO BITENCOURT
OAB/DF 49.787



MICHELANGELO CERVI CORSETTI
OAB/RS 65.399 e OAB/DF 53.486



ANDRÉ HESPANHOL
OAB/RJ 109.359 e OAB/DF 39.645

BELCHIOR GUIMARÃES FILHO
OAB/DF 45.095

EDUARDO ALEXANDRE GUIMARÃES
OAB/DF 32.006

DOCUMENTOS EM ANEXO

- Doc. 1 – Primeira representação por prisão preventiva do Paciente;
- Doc. 2 – Indeferimento da prisão preventiva do Paciente;
- Doc. 3 – Agravo regimental da Procuradoria-Geral da República;
- Doc. 4 – Contrarrazões da defesa ao agravo regimental;
- Doc. 5 – Agravo regimental da defesa;
- Doc. 6 – Novo pedido de prisão após perda do mandato parlamentar;
- Doc. 7 – Decisão atacada: decreto de prisão preventiva.