HABEAS CORPUS Nº 321.710 - PR (2015/0089755-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)**
IMPETRANTE	:	ALEXANDRE LOPES DE OLIVEIRA E OUTRO
ADVOGADOS	:	ALEXANDRE LOPES DE OLIVEIRA E OUTRO(S) ROBERTO BRZEZINSKI NETO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE	:	RENATO DE SOUZA DUQUE (PRESO)
CORRÉU	:	ADIR ASSAD
CORRÉU	:	AGENOR FRANKLIN MAGALHAES MEDEIROS
CORRÉU	:	ALBERTO ELISIO VILACA GOMES
CORRÉU	:	ALBERTO YOUSSEF
CORRÉU	:	ANGELO ALVES MENDES
CORRÉU	:	AUGUSTO RIBEIRO DE MENDONCA NETO
CORRÉU	:	DARIO TEIXEIRA ALVES JUNIOR
CORRÉU	:	FRANCISCO CLAUDIO SANTOS PERDIGAO
CORRÉU	:	JOAO VACCARI NETO
CORRÉU	:	JOSE ADELMARIO PINHEIRO FILHO
CORRÉU	:	JOSE AMERICO DINIZ
CORRÉU	:	JOSE HUMBERTO CRUVINEL RESENDE
CORRÉU	:	JULIO GERIN DE ALMEIDA CAMARGO
CORRÉU	:	LUCELIO ROBERTO VON LEHSTEN GOES
CORRÉU	:	LUCELIO ROBERTO MATOSINHOS
CORRÉU	:	LUIZ RICARDO SAMPAIO DE ALMEIDA
CORRÉU	:	MARIO FREDERICO DE MENDONCA GOES
CORRÉU	:	MARCUS VINICIUS HOLANDA TEIXEIRA
CORRÉU	:	MATEUS COUTINHO DE SA OLIVEIRA
CORRÉU	:	PAULO ROBERTO COSTA
CORRÉU	:	PEDRO JOSE BARUSCO FILHO
CORRÉU	:	RENATO VINICIUS DE SIQUEIRA
CORRÉU	:	ROGERIO CUNHA DE OLIVEIRA
CORRÉU	:	SERGIO CUNHA MENDES
CORRÉU	:	SONIA MARIZA BRANCO
CORRÉU	:	VICENTE RIBEIRO DE CARVALHO
CORRÉU	:	WALDOMIRO DE OLIVEIRA

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. OPERAÇÃO "LAVA-JATO". PACIENTE PRESO PREVENTIVAMENTE E DEPOIS DENUNCIADO POR INFRAÇÃO AO ART. 317, *CAPUT* E § 1º, C/C O ART. 327, § 2º, DO CÓDIGO PENAL (POR 25 VEZES) E AO ART. 1º DA LEI N. 9.613/1998 (POR "PELO MENOS" 146 VEZES), NA FORMA DO ART. 69 DO CÓDIGO PENAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

01. Prescreve a Constituição da República que o *habeas corpus* será concedido "*sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*" (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, "*de ofício, ordem de* habeas corpus,

quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal" (art. 654, § 2º).

Desses preceptivos infere-se que no *habeas corpus* devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, é imprescindível que seja processado para perquirição da existência de "*ilegalidade ou abuso de poder*" no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. p/ acórdão Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).

02. Ao princípio constitucional que garante o direito à liberdade de locomoção (CR, art. 5º, LXVIII) se contrapõe o princípio que assegura a todos o direito à segurança (art. 5º, *caput*), do qual decorre, como corolário lógico, a obrigação do Estado com a "*preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio*" (art. 144).

Presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva não viola o princípio da presunção de inocência (CR, art. 5º, inc. LXVIIII).

Poderá ser decretada para garantia da ordem pública, que é a "*hipótese de interpretação mais ampla e flexível na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente*" (Guilherme de Souza Nucci). Conforme Frederico Marques, "*desde que a permanência do réu, livre ou solto, possa dar motivo a novos crimes, ou cause repercussão danosa e prejudicial ao meio social, cabe ao juiz decretar a prisão preventiva como garantia da ordem pública*".

No expressivo dizer do Ministro Carlos Ayres Britto, "*o conceito jurídico de ordem pública não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/88). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins). Daí sua categorização*

jurídico-positiva, não como descrição do delito nem da cominação de pena, porém como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social".

O Superior Tribunal de Justiça (RHC n. 51.072, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/10/2014) e o Supremo Tribunal Federal têm decidido que "*a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva*" (STF, HC n. 95.024, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 14/10/2008; RHC n. 106.697, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 03/04/2012).

03. Havendo fortes indícios da participação do denunciado em crime de corrupção passiva (CP, art. 317) e de lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613, de 1998), atos relacionados com fraudes em processos licitatórios dos quais resultaram vultosos prejuízos à sociedade de economia mista e, na mesma proporção, enriquecimento ilícito próprio e/ou de terceiros, justificar-se-á a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública.

04. A substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas (CPP, art. 319) não é recomendável quando aquela estiver justificada na "*periculosidade social do denunciado, dada a probabilidade efetiva de continuidade no cometimento da grave infração denunciada*" (RHC 50.924/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 07/10/2014; RHC 48.813/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 09/12/2014).

05. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs.

Ministros Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. ROBERTO BRZEZINSKI NETO (P/ PACTE)

Brasília (DF), 18 de agosto de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO NEWTON TRISOTTO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
Relator

HABEAS CORPUS Nº 321.710 - PR (2015/0089755-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)**
IMPETRANTE	:	ALEXANDRE LOPES DE OLIVEIRA E OUTRO
ADVOGADO	:	ALEXANDRE LOPES DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
IMPETRADO	:	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE	:	RENATO DE SOUZA DUQUE (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC) (Relator):

RENATO DE SOUZA DUQUE, investigado no âmbito da denominada "Operação Lava-Jato", foi denunciado por infração ao art. 317, *caput* e § 1º, c/c o art. 327, § 2º, do Código Penal (**por vinte e cinco vezes**), e ao art. 1º da Lei n. 9.613/1998 (por "**pelo menos 146 vezes**" – fls. 243/462).

Em **13/03/2015**, teve a prisão preventiva decretada (fls. 190/202).

Dessa decisão, os seus defensores impetraram *habeas corpus* perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que o denegou pelas razões sintetizadas na ementa do acórdão a seguir parcialmente reproduzida:

> "*1. A prisão provisória é medida rigorosa que, no entanto, se justifica nas hipóteses em que presente a necessidade, real e concreta, para tanto.*
>
> *2. Para a decretação da prisão preventiva é imprescindível a presença do* fumus commissi delicti*, ou seja, prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, bem como do* periculum libertatis*, risco à ordem pública, à instrução ou à aplicação da lei penal.*
>
> *3. A complexidade e as dimensões das investigações relacionadas com a denominada Operação Lava-Jato, os reflexos extremamente nocivos decorrentes da infiltração de grande grupo criminoso em sociedade de economia mista federal, bem como o desvio de quantias nunca antes percebidas, revela a necessidade de releitura da jurisprudência até então intocada, de modo a estabelecer novos parâmetros interpretativos para a prisão preventiva, adequados às circunstâncias do caso e ao meio social contemporâneo aos fatos.*
>
> *4. Em grupo criminoso complexo e de grandes dimensões, a prisão cautelar deve ser reservada aos investigados que, pelos indícios colhidos, possuem o domínio do fato, como os representantes das empresas envolvidas no esquema de cartelização, ou que exercem papel importante na engrenagem criminosa.*
>
> [...]
>
> *6. A teor do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, é indevida a aplicação de medidas cautelares diversas, quando a segregação*

encontra-se justificada na periculosidade social do denunciado, dada a probabilidade efetiva de continuidade no cometimento da grave infração denunciada' (RHC 50.924/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 23/10/2014).

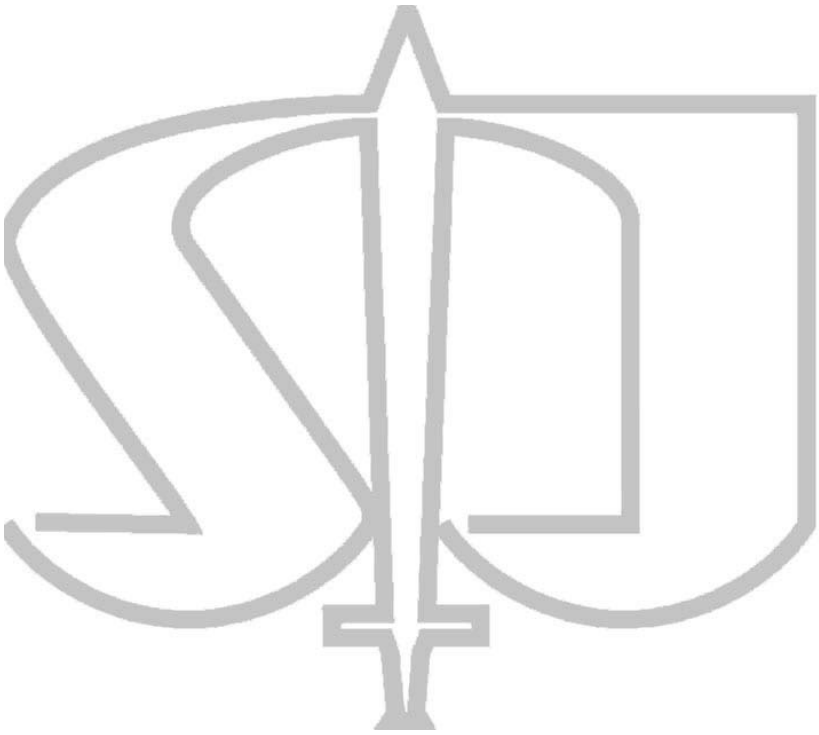
7. Materialidade e indícios suficientes de autoria reforçados pelo oferecimento e recebimento de denúncia em ação penal correlata, caracterizado pela transferência de significativo numerário entre contas situadas no exterior, em nome de offshores *onde o paciente figura como controlador e beneficiário* " (fls. 37/38).

Inconformados com o acórdão, impetraram, nesta Corte, novo *habeas corpus*, sustentando, em síntese, que: ***a)*** "*o paciente foi preso novamente com lastro em decisão manifestamente ilegal que partiu de premissas equivocadas, repetidas no acórdão*"; ***b)*** "*desde solto pelo Supremo Tribunal Federal - 3/12/2014 - o Juízo coator, no decreto prisional, não indicou um só ato que justificasse a nova custódia, agora em prejuízo da ordem pública, afigurando-se inverídica, para quem tiver olhos para ver, a assertiva de que Renato Duque reiterou o cometimento de delitos, depois de libertado pelo Supremo Tribunal Federal*"; ***c)*** "*houve, sim, evidente afronta ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do mérito do HC nº 125.555/PR*"; ***d)*** "*o Juízo Federal da 13ª Vara Criminal de Curitiba/PR indicou o fundamento da prisão preventiva - de lei penal para ordem pública -, valendo-se da mesma fundamentação argumentativa*"; ***e)*** "*o paciente não reconhece, como suas, as contas indicadas ('Milzart Overseas' e 'Pamore Assets'), nem mesmo seu 'controle' - de acordo com a decisão ora impugnada, os 'valores em contas off-shore' seriam 'controladas por Renato de Souza Duque' -, inexistindo nos papéis juntados pelo Ministério Público Federal qualquer documento com sua assinatura*"; ***f)*** "*o paciente retornou à prisão, exceção à regra da liberdade em nosso ordenamento, por força de dados indiciários não comprovados, consoante o Ministério Público Federal*"; ***g)*** "*a medida restritiva da liberdade de Renato de Souza Duque, primário, de bons antecedentes e com residência fixa, não está estruturada em fundamentação idônea, tanto que, em liberdade por mais 100 dias, desde 3/12/2014, nada se lhe atribuiu de violação à ordem pública*"; ***h)*** "*a apregoada existência de 'contas secretas', no exterior, foi usada para prender o paciente, em 14/11/2014, invocando-se risco à aplicação da lei penal e, novamente agora, em 16/3/2015, somente se alterando a roupagem jurídico-processual para ordem pública*" (fls. 01/22).

Ao final, requereram a concessão da ordem, liminarmente, para que seja revogada a custódia preventiva do paciente, com a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, caso se entenda necessário.

Indeferida a tutela de urgência (fls. 599/637), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, caso conhecido, pela sua denegação (fls. 686/701).

É o relatório.



HABEAS CORPUS Nº 321.710 - PR (2015/0089755-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)**
IMPETRANTE	:	ALEXANDRE LOPES DE OLIVEIRA E OUTRO
ADVOGADO	:	ALEXANDRE LOPES DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
IMPETRADO	:	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE	:	RENATO DE SOUZA DUQUE (PRESO)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC) (Relator):

01. Prescreve a Constituição da República que o *habeas corpus* será concedido "*sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*" (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, "*de ofício, ordem de* habeas corpus*, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal*" (art. 654, § 2º).

Desses preceptivos infere-se que, no *habeas corpus,* devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, é imprescindível que seja processado para perquirição da existência de "*ilegalidade ou abuso de poder*" no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. p/ acórdão Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).

02. Considerando o expressivo número de *habeas corpus* e de recursos ordinários em *habeas corpus* decorrentes dos diversos inquéritos policiais ou ações penais resultantes da denominada "OPERAÇÃO LAVA-JATO", permito-me breve digressão a respeito das questões de fato e de direito que lhes são comuns.

02.01. É função da lei regular as relações entre os indivíduos e entre

estes e o Estado.

É senso comum que a lei não pode prever solução para todos os litígios que emergem do convívio social, das relações jurídico-sociais. Se omissa, se contiver lacunas, quando do julgamento de um caso concreto o Judiciário é convocado para supri-la ou completá-la.

No acórdão do Recurso Especial n. 4.987, assentou o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

> "O Direito é uma coisa essencialmente viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o Direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar como, ainda, as exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas, sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil. Indo além dos contrafortes dos métodos tradicionais, a hermenêutica dos nossos dias tem buscado novos horizontes, nos quais se descortinam a atualização da lei (Couture) e a interpretação teleológica, que penetra o domínio da valorização, para descobrir os valores que a norma se destina a servir, através de operações da lógica do razoável (Resaséns Siches). Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando *contra legem*, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum. Como afirmou Del Vecchio, a interpretação leva o Juiz quase a uma segunda criação da regra a aplicar. Reclama-se, para o juiz moderno, observou Orosimbo Nonato, na mesma linha de raciocínio, com a acuidade sempre presente nos seus pronunciamentos, quase que a função do legislador de cada caso, e isso se reclama exatamente para que, em suas mãos, o texto legal se desdobre num sentido moral e social mais amplo do que, em sua angústia expressional, ele contém".

Nessa esteira, anota Adauto de Almeida Tomaszewski que "*o legislador opera com valorações sobre os tipos de situações reais ou hipotéticas, valorações sobre gêneros ou espécies de situações, enquanto o Juiz, na sua atividade jurisdicional, completa a obra do legislador. Isto porque em vez de avaliar os tipos de situações em termos de gênero e espécie, avalia as situações individuais em termos concretos. Torna-se evidente então a incontestável diferença entre a operação do julgador e a do legislador, pois o essencial na atividade do primeiro não é necessariamente o texto da lei*" (*A Lógica do Razoável – um ensaio*

sobre o pensamento de Recaséns Siches e a atuação do operador do direito, Revista de Ciência Jurídica e Social da Unipar, v. 1, n. 1, jul/dez.1998, p.135).

Anatole France, depois de afirmar que "*não recearia muito as más leis se elas fossem aplicadas por bons juízes*", conclui:

> "***Não há texto de lei que não deixe campo à interpretação. A lei é morta. O magistrado vivo. É uma grande vantagem que ele tem sobre ela***".

De ordinário, as leis são convenções sociais.

No âmbito da matéria tratada no recurso *sub examine*, tem relevância considerar as leis que regulam as condutas sociais; que estabelecem comportamentos, omissivos ou comissivos, e estipulam sanções para aqueles que as violam.

Com a punição do infrator, procura-se inibir condutas que possam comprometer a vida, a integridade física e o patrimônio das pessoas, e os valores morais comuns aos integrantes da sociedade, entre outros bens por elas tutelados.

Concordo com Guilherme de Souza Nucci:

> "***O 'caráter primordial' da pena é castigar o agente (reprovação), dando exemplo à sociedade (prevenção)***" (*Código Penal Comentado*, Forense, 2014, 14ª ed., p. 434).

No mesmo diapasão, no acórdão do *Habeas Corpus* n. 278.175/SP, consignou o Ministro Rogerio Schietti Cruz:

> "**É de fundamental importância, na judicatura criminal, nutrir a confiança dos cidadãos no Estado Democrático de Direito, por meio (i) da demonstração dos efeitos que a pena exerce sobre a população respeitadora do direito, que tem sua segurança reafirmada na vigência fática (e não meramente jurídica) das normas, i.e., a prevenção geral, de integração, positiva** (ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal in Problemas Fundamentais de Direito Penal. 2ª edição. Lisboa: Vega Universidade, 1993, p. 15 e ss.; e FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal *in* Questões fundamentais de direito penal revisitadas. 1º edição. São Paulo: RT, 1999, p. 86 e ss.), (ii) **da coação psicológica decorrente da cominação e aplicação das sanções penais, como desestímulo a práticas delitivas por terceiros (prevenção geral, de intimidação, negativa)**; e (iii) **da neutralização para a prática de novos delitos pelo segregado**

(prevenção especial negativa).

Santiago MIR PUIG (El Derecho penal en el Estado Social y Democratico de Derecho. Barcelona: Bosch, 1994, p. 118/120) bem enfatiza, entre outros aspectos relativos ao tema, a distinção entre a retribuição e a prevenção como objetivos primordiais da sanção criminal. Sublinhando a necessidade de prevalência do caráter preventivo da pena, aduz o penalista catalão que, *'se a retribuição visa ao passado e se esgota no castigo pelo fato, a prevenção visa ao futuro e objetiva inibir, mediante a cominação da pena, o cometimento de delitos'*".

Nem sempre é necessário modificar a lei para adequá-la à conjuntura social, transitória ou não. Compete aos juízes fazer essa adequação, interpretando e aplicando a lei para que corresponda à sua função e aos anseios da sociedade.

Se em uma pequena cidade ocorre um expressivo número de assaltos a residências, gerando pânico, forte sentimento de insegurança, a resposta do Estado deverá ser, ainda que temporariamente, mais severa. Cumprir-lhe-á exercer a "***coação psicológica decorrente da cominação e aplicação das sanções penais, como desestímulo a práticas delitivas por terceiros (prevenção geral, de intimidação, negativa)***".

02.02. A Lei n. 9.613, de 1998, tipifica como crime "***ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal***" (art. 1º).

O Código Penal, nos arts. 317 e 333, dispõe que caracteriza, respectivamente, corrupção passiva, "***solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem***", e corrupção ativa, "***oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício***". Ainda, em seu art. 288, tipifica: "***associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes***".

Notadamente em relação aos crimes praticados contra a Administração Pública (Código Penal, Título XI), seja o agente funcionário ou não, o bem jurídico tutelado não é apenas o erário. São crimes que **não** possuem "***cunho exclusivamente patrimonial***", pois objetivam "***o resguardo da probidade administrativa, a qual não pode ser ressarcida***" (HC 88.959, Rel. Ministra Laurita

Vaz, julgado em 16/09/2008; HC 239.127, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 05/06/2014).

Em comentário ao art. 317 do Código Penal, preleciona Guilherme de Souza Nucci:

> "***O objeto jurídico é a Administração Pública, nos interesses material e moral***" (*Código Penal comentado*, Forense, 2013, 9ª, ed. p. 1.051).

A "*moralidade administrativa*", princípio ao qual devem ser submeter todos os atos da Administração Pública, direta ou indireta, contempla os valores da sociedade. Está intimamente vinculada aos princípios éticos e morais de uma nação.

No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, "***violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma***. *A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.* ***Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que os sustêm e alui-se toda a estrutura nele esforçada***" (*Curso de direito administrativo*, Malheiros, 2010, 27ª ed., p. 958/959).

Adverte Montesquieu:

> "***A corrupção dos governantes quase sempre começa com a corrupção de seus princípios***".

A Constituição da República estatui que a "*administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da* ***legalidade, impessoalidade, moralidade***, *publicidade e eficiência* [...]" (art. 37, *caput*).

Em 1992, foi editada a Lei n. 8.429, que "*dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências*".

O art. 11, *caput*, determina que "*constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os* ***princípios da administração pública*** *qualquer ação ou omissão que viole os deveres de* ***honestidade*** *, imparcialidade,* ***legalidade*** *, e* ***lealdade às instituições*** [...]"; o art. 3º, que "***as disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta***".

O homicida e o ladrão, *v.g.*, lesam valores patrimoniais e morais de um número muito limitado de pessoas; a violação do princípio da "*moralidade administrativa* " não compromete apenas a estrutura organizacional do Estado. Mais que um reflexo danoso ao erário, reflete-se negativamente nos valores da sociedade, gerando a crença de que pouco ou nada vale ser honesto.

Sobre o tema, assevera o sociólogo Edwin Sutherland, citado nos votos do eminente Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto:

> "'O custo financeiro do crime de colarinho-branco é provavelmente muitas vezes superior ao do custo financeiro de todos os crimes que são costumeiramente considerados como constituindo 'o problema criminal'. Um empregado de uma rede de armazéns apropriou-se em um ano de USD 600.000,00, que foi seis vezes superior das perdas anuais decorrentes de quinhentos furtos e roubos sofridos pela mesma rede. Inimigos públicos, de um a seis dos mais importantes, obtiveram USD 130.000,00 através de furtos e roubos em 1938, enquanto a soma furtada por Krueger [um criminoso de colarinho branco norte-americano] é estimada em USD 250.000,00 ou aproximadamente duas vezes mais. (...)
>
> **A perda financeira decorrente do crime de colarinho-branco, mesmo tão elevada, é menos importante do que os danos provocados às relações sociais. Crimes de colarinho-branco violam a confiança e, portanto, criam desconfiança, que diminui a moral social e produz desorganização social em larga escala. Outros crimes produzem relativamente menores efeitos nas instituições sociais ou nas organizações sociais**".

Nos últimos 50 (cinquenta) anos, nenhum fato relacionado à corrupção e à improbidade administrativa, nem mesmo o famigerado "mensalão", causou tamanha indignação, "*repercussão danosa e prejudicial ao meio social*", quanto estes sob investigação na operação "Lava-Jato" – investigação que, a cada dia, revela novos escândalos.

A sociedade reclama dos políticos, das autoridades policiais, do

Ministério Público e do Judiciário ações eficazes para coibir a corrupção e para punir exemplarmente os administradores ímprobos e todos os que estiverem, direta ou indiretamente, a eles associados.

É fundamental, no entanto, que as pessoas tenham consciência de que a punição só deve se concretizar com rigorosa observância do "***devido processo legal***", princípio que assegura aos acusados o direito ao **contraditório** e à **ampla defesa** (CR, 5º, LV). É um **princípio absoluto**, que não pode ser **relativizado** ou **sofrer ponderações quando em conflito com outros**.

Não há como "*instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional*", como inserto no preâmbulo da Constituição da República, sem que os princípios, implícitos e expressos, nela proclamados sejam respeitados.

A absolvição de qualquer acusado, ainda que cause indignação à sociedade, provoque clamor popular, é a solução que se imporá se não houver elementos necessários à sua condenação.

Poucos momentos da história brasileira exigiram tanta coragem dos Juízes como estes que vivemos nos últimos anos. Coragem para punir os políticos e os economicamente poderosos; coragem para absolvê-los quando, repito, não houver nos autos elementos para sustentar um decreto condenatório.

Também os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello têm manifestado preocupação com a possibilidade de o clamor popular interferir nas decisões judiciais:

> - "*Reafirmo não se poder atuar, no âmbito do Judiciário, a partir do barulho da sociedade. Sem traçar, sob o ângulo dos envolvidos, qualquer paralelo, não é demais lembrar que a voz do povo levou Cristo ao calvário*" (HC 84.548).
>
> - "*O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. - O clamor público - precisamente por*

não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu" (HC 95.290).

Nesse acórdão, o Ministro Celso de Mello assentou que "***não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional da prisão cautelar, a alegação de que essa modalidade de prisão é necessária para resguardar a credibilidade das instituições*** ".

Como "*em direito não há lugar para absolutos* " (Teori Albino Zavascki, *Antecipação da tutela*, Saraiva, 1999, 2ª ed., p. 152), penso que, em circunstâncias excepcionais, é lícito decretar a prisão preventiva daquele a quem se imputa crime cujo bem tutelável, ainda que indiretamente, compreende a "moralidade pública".

Ao julgar o Recurso em *Habeas Corpus* 97.449, em 09/06/2009, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"[...]

*3. Como já decidiu esta Corte, '*a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos' (HC 84.658/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03/06/2005), além de se caracterizar 'pelo perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação' *(HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 18/05/2007). Outrossim, '*a garantia da ordem pública é representada pelo imperativo de se impedir a reiteração das práticas criminosas, como se verifica no caso sob julgamento. **A garantia da ordem pública se revela, ainda, na necessidade de se assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal**' *(HC 98.143, de minha relatoria, DJ 27-06-2008).*

4. O pressuposto de garantir a instrução criminal se concretizou devido à constatação do fundado temor que a vítima apresenta caso o paciente venha a ser colocado em liberdade, recordando-se que a hipótese é de competência do tribunal do júri, caso em que poderá haver produção de prova oral durante a sessão de julgamento.

[...]" (Rel. Ministra Ellen Gracie).

Não se trata de precedente isolado. Há outros no mesmo sentido:

"*A garantia da ordem pública é representada pelo imperativo de se impedir a reiteração das práticas criminosas, como se verifica no caso sob julgamento. A garantia da ordem pública se revela, ainda, na necessidade de se assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal* "

(HC 89.143, Rel. Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008).

"*O plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 80.717, fixou a tese de que o sério agravo à credibilidade das instituições públicas pode servir de fundamento idôneo para fins de decretação de prisão cautelar, considerando, sobretudo, a repercussão do caso concreto na ordem pública*" (HC 85.298 QO, Relator p/ Acórdão Ministro Carlos Ayres Britto, Primeira Turma, julgado em 29/03/2005).

02.03. No capítulo que trata "*Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*", mais precisamente no seu art. 5º, prescreve a Constituição da República:

- "*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade,* ***à segurança*** *e à propriedade*" (*caput*);

- "*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*" (inc. LXI).

No art. 144, estabelece que a segurança pública, "*dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio*".

Não raro, os princípios constitucionais conflitam entre si. Ocorrente a hipótese, "*é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas*", pois, "*no plano do abstrato, não há uma ordem imóvel de primazia, já que é impossível se saber se ela seria aplicável a situações ainda desconhecidas. A solução somente advém de uma ponderação no plano concreto, em função da qual se estabelece que, naquelas condições, um princípio sobrepõe-se ao outro*" (Humberto Bergmann Ávila, *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade* , RDA, 215/158).

Na ponderação entre o direito à liberdade de locomoção e o direito de todos de exigir do Estado que lhes sejam garantidas a segurança pessoal e a coletiva, impende considerar o princípio da proporcionalidade, que, conforme Alexandre de Moraes, "***deve ser utilizado como parâmetro para se evitarem os tratamentos excessivos (ubermassig), inadequados (unangemessen),***

buscando-se sempre no caso concreto o tratamento necessário exigível (erforderlich, unerlablich, undeting notwendig), como corolário ao princípio da igualdade " (*Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional* , Atlas, 2003, 3ª ed., p. 368/369).

Especificamente sobre o princípio da proporcionalidade no processo penal, preleciona Edilson Mougenot Bonfim:

> "**6.15.1. A modalidade 'proibição de excesso'**:
>
> Em um *primeiro aspecto* , sua concretização implica a proibição de que o Estado, ao agir, tanto na posição de acusador quanto na de julgador, pratique, em sua atividade, qualquer excesso. Assim, o princípio da proporcionalidade é também conhecido como princípio da 'proibição do excesso' (do alemão, de onde se origina, literalmente, *Übermassverbot*), na medida em que, a pretexto de combater infrações penais, sejam cometidos excessos na restrição aos direitos fundamentais. É preciso, portanto, moderação, a par de justificada necessidade. Dessa forma, o modo de restringir tais direitos fundamentais deverá ser aquele do princípio da proporcionalidade, possibilitando assim, através de seu método, um controle intersubjetivo das ações do juiz-Estado ou de qualquer órgão estatal incumbido da aplicação do direito. Nesse sentido, seu conteúdo aproxima-se ao do princípio do devido processo legal, no sentido material.
>
> 6.15.1.1. O 'teste alemão' (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).
>
> *A atuação do Estado, portanto, deve ser proporcional, mas uma proporcionalidade, insista-se, obtida através de um método científico. A proporcionalidade, assim, consubstancia-se em três subprincípios* – também denominados 'teste alemão' - *que devem ser concomitante ou sucessivamente atendidos: adequação, necessidade e 'proporcionalidade em sentido estrito'.*
>
> A adequação consubstancia-se em medida apta a alcançar o objetivo visado, que deve necessariamente ser um fim constitucionalmente legítimo. Portanto, é necessária a adequação do meio para a consecução dessa finalidade. É uma relação de meio e fim. Assim, por exemplo, decreta-se a prisão preventiva para com isso impedir o réu de turbar a instrução penal ('conveniência da instrução criminal'). A necessidade – ou exigibilidade – impõe que a medida adotada represente gravame menos relevante do que o interesse que se visa tutelar (ou seja, resulte numa relação custo/benefício que se revele benéfica). Seguindo nosso exemplo, a prisão preventiva, portanto, será decretada quando não tivermos outro meio menos gravoso para a preservação de determinado interesse. E 'proporcionalidade em sentido estrito', quando se faz um balanço entre os bens ou valores em conflito, promovendo-se a opção. A proporcionalidade pauta-se, portanto, pelos dois elementos inicialmente expostos (ou subprincípios), impondo-se por fim uma ponderação entre os interesses em jogo, de modo que seja possível reconhecer como justificada a medida. A implementação desse princípio relaciona-se ao reconhecimento da prevalência de um interesse

sobre o outro, de modo que é comum adotar, para justificar como proporcional um ato, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, reconhecido aquele como o de maior valor ou importância.

Por exemplo, tem-se admitido como meio de prova a gravação telefônica realizada por um dos interlocutores sem a autorização do outro, com fundamento no princípio da proporcionalidade, quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior, isto é, suspeita da prática de infração penal.

Note-se, assim, que um dos grandes campos de aplicação desse *princípio é no terreno da valoração da prova*. De acordo com os critérios (subprincípios) que constituem o princípio da proporcionalidade (adequação e necessidade), julga-se a admissibilidade ou não de determinados meios de prova, mitigando, assim, diante do que estritamente requerer cada caso, as vedações às provas obtidas por meios ilícitos e das provas ilícitas por derivação, com o filtro final da 'proporcionalidade em sentido estrito'.

6.15.2. Proibição de infraproteção ou proibição de proteção deficiente: a outra vertente do princípio de proporcionalidade

Por fim, a outra modalidade do princípio de proporcionalidade – esta praticamente desconhecida na doutrina e jurisprudência nacionais – é a da 'proibição da proteção deficiente' ou princípio da proibição da infraproteção (*Untermassverbot,* dos alemães), pela qual se compreende que, uma vez que o Estado se compromete pela via constitucional a tutelar bens e valores fundamentais (vida, liberdade, honra etc.), deve fazê-lo obrigatoriamente na melhor medida possível. **Desse modo, assegura-se não somente uma garantia do cidadão perante os excessos do Estado na restrição dos direitos fundamentais (princípio da proibição de excesso) – a chamada 'proteção vertical', na medida em que os cidadãos têm no princípio da proporcionalidade (modalidade proibição de excesso) um anteparo constitucional contra o poder do Estado (verticalizado, portanto, de 'cima para baixo') – mas também uma garantia dos cidadãos contra agressões de terceiros – 'proteção horizontal' –, no qual o Estado atua como garante eficaz dos cidadãos, impedindo tais agressões (tutelando eficazmente o valor 'segurança', garantido constitucionalmente) ou punindo os agressores (valor 'justiça', assegurado pela Constituição Federal). Dessa forma, pelo 'princípio da proibição da infraproteção', toda atividade estatal que infringi-lo seria nula, ou seja, inquina-se o ato jurídico violador do princípio com a sanção de nulidade**.

Note-se que ambas as modalidades do princípio da proporcionalidade (proibição de excesso e proibição de proteção deficiente) se aplicam não somente à criação da lei processual (dirigindo o princípio ao Poder Legislativo), mas também à aplicação da lei processual (dirigindo o princípio do Poder Judiciário). Uma das consequências, a nosso sentir, da violação do princípio da proporcionalidade em qualquer de suas vertentes é a possibilidade, não somente por parte da parte prejudicada, de sustentar a *nulidade do*

ato judicial **(ou** ***inconstitucionalidade da lei aprovada pelo Legislativo*** **) viciado por meio de recursos ordinários, como prequestionar a violação da Constituição Federal, podendo fundamentar e interpor até mesmo recurso extraordinário, socorrendo-se assim do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal**.

Um exemplo recente da aplicação do princípio da proteção deficiente é a propositura, pela Procuradoria-Geral da República, da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.301/DF quanto à nova redação dada pelo art. 225 do Código Penal. Isto porque, a partir da reforma trazida pela Lei n. 12.015/2009, passou-se a dispor que, nos casos em que o crime de estupro é qualificado por lesão corporal grave ou morte, a ação penal será pública condicionada, contrariando a revogada lei que a dispunha como sendo pública incondicionada, bem como a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal.

A PGR alega, para tanto, que, ao condicionar à representação o início da ação penal pública, restaria ferido o princípio da proporcionalidade em sua modalidade de proteção deficiente, à medida que, em casos gravíssimos, não se poderia deixar ao alvedrio da vítima ou seus representantes legais a decisão de inaugurar a persecução penal contra o agente. Sustenta, ainda, que o próprio art. 225, em seu parágrafo único, dispôs que a ação penal seria pública incondicionada quando a vítima fosse menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. Logo, restaria evidente a contradição, à medida que, para um crime substancialmente menos grave (art. 217-A do CP), estabeleceu-se que a ação penal será pública incondicionada enquanto para um crime evidentemente mais grave (art. 213, §§ 1º e 2º, do CP), produzindo resultados que, individualmente considerados, constituem crimes autônomos (arts. 129, § 1º, e 121 do CP, cuja ação penal é pública incondicionada), optou o legislador por determinar que a ação penal será condicionada à representação do ofendido ou seu representante legal".

02.04. Estatui o Código de Processo Penal que "*a prisão preventiva poderá ser decretada como* ***garantia da ordem pública***, ***da ordem econômica***, *por* ***conveniência da instrução criminal***, *ou* ***para assegurar a aplicação da lei penal***, *quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*" (art. 312).

Nada é necessário explicitar quanto aos conceitos dos sintagmas "*conveniência da instrução criminal*" e "*assegurar a aplicação da lei penal*".

Sobre o conceito de **ordem pública**, da doutrina colaciono as lições que seguem:

"A garantia da ordem pública é a hipótese de interpretação mais ampla e flexível na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade,

que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.

A garantia da ordem pública pode ser visualizada por vários fatores, dentre os quais: gravidade concreta da infração + repercussão geral + 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 qual tempo, pela perda da vida, diante de um agente interessado no seu patrimônio, elementos geradores, por certo, de intranquilidade.

Note-se, ainda, que a afetação da ordem pública constitui importante ponto para a própria credibilidade do Judiciário, como vêm decidindo os tribunais pátrios. Apura-se o abalo à ordem pública também, mas não somente, pela divulgação que o delito alcança nos meios de comunicação – escrito ou falado. Não se trata de dar crédito único ao sensacionalismo de certos órgãos da imprensa, interessados em vender jornais, revistas ou chamar audiência para seus programas, mas não é menos correto afirmar que o juiz, como outra pessoa qualquer, toma conhecimento dos fatos dia a dia acompanhando as notícias veiculadas pelos órgãos de comunicação. Por isso, é preciso apenas bom senso para distinguir quando há estardalhaço indevido sobre um determinado crime, inexistindo abalo real à ordem pública, da situação de divulgação real da intranquilidade da população, após o cometimento de grave infração penal.

Outro fator responsável pela repercussão social que a prática de um crime adquire é a periculosidade (probabilidade de tornar a cometer delitos) demonstrada pelo indiciado ou réu e apurada pela análise de seus antecedentes pela maneira de execução do crime. Assim, é indiscutível que pode ser decretada a prisão preventiva daquele que ostenta, por exemplo, péssimos antecedentes, associando a isso a crueldade particular com que executou a crime.

Em suma, um delito grave – normalmente são todos os que envolvem violência ou grave ameaça à pessoa – associado à repercussão causada em sociedade, gerando intranquilidade, além de se estar diante de uma pessoa reincidente ou com péssimos antecedentes, provoca um quadro legitimador da prisão preventiva.

Mas não se pode pensar nessa medida exclusivamente com união necessária do trinômio aventado. Por vezes, pessoa primária, sem qualquer antecedente, pode ter sua preventiva decretada porque cometeu delito muito grave, chocando a opinião pública (ex.: planejar meticulosamente e executar o assassinato dos pais). Logo, a despeito de não apresentar periculosidade (nunca cometeu crime e, com grande probabilidade, não tornará a praticar outras infrações penais), gerou enorme sentimento de repulsa por ferir as regras éticas mínimas de convivência, atentando contra os próprios genitores. A não decretação da prisão pode representar malfadada sensação de impunidade, incentivadora da violência e da prática

de crimes em geral, razão pela qual a medida cautelar pode tornar-se indispensável.

Outros dois elementos, que vêm sendo considerados pela jurisprudência, atualmente, dizem respeito à particular execução do crime (ex.: premeditados meticulosamente, com percurso criminoso complexo; utilização da extrema crueldade etc.) e o envolvimento com organização criminosa.

Portanto, cabe ao juiz verificar todos os pontos de afetação da ordem pública, buscando encontrar, pelo menos, um binômio para a sua decretação (ex.: gravidade concreta do crime + péssimos antecedentes do réu; envolvimento com organização criminosa + repercussão social; particular execução do delito + gravidade concreta da infração penal etc.)" (Guilherme de Souza Nucci, *Manual de processo penal e execução penal*, Forense, 2014, 11ª ed., p. 553/555 – os destaques não constam do original).

"**Por ordem pública, devem-se entender a paz e a tranquilidade social, que devem existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade. Assim, se o indiciado ou acusado em liberdade continuar a praticar ilícitos penais, haverá perturbação da ordem pública, e a medida extrema é necessária se estiverem presentes os demais requisitos legais**.

Ordem pública não é conceito vago. A vagueza, muitas vezes, está na decisão e não no conceito de ordem pública. Quando o juiz diz que 'decreta a prisão para a garantia da ordem pública', a vagueza e a imprecisão não estão no conceito de ordem pública, mas na decisão do magistrado que não demonstra onde a ordem pública está ameaçada e agredida com a liberdade do acusado.

Não pode haver paz e ordem possíveis em um Estado de Direito se o acusado, meliante contumaz, continuar livre cometendo crimes e desafiando a paz a que todos têm direito. Não há, em nosso sentir, inconstitucionalidade na expressão 'ordem pública'.

Em nenhum país civilizado o réu que ameaça à ordem pública permanece solto. Muito pelo contrário. O CPP português, por exemplo, autoriza a medida de coação se houver 'fuga ou perigo de fuga; perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa' (art. 204)" (Paulo Rangel, *Direito processual penal*, Atlas, 2013, 21ª ed., p. 796 – os destaques não constam do original).

"**Ordem pública** é a paz, a tranquilidade no meio social. Assim, a prisão preventiva deve ser decretada para garantir a paz coletiva.

São exemplos alusivos a essa hipótese quando o indiciado ou réu estiver cometendo novas infrações penais; se estiver fazendo apologia ao crime; reunindo-se em quadrilha ou bando.

Por outro lado, não caracteriza a situação sublinhada quando estiver o indiciado ou réu ameaçado por familiares da vítima, pela própria vítima, pela população. Assim, ao invés de decretar a prisão preventiva do autor do fato

punível, é dever do Estado dar-lhe proteção.

A garantia da ordem pública, por não guardar nenhum interesse de ordem processual, não deveria constituir-se em hipótese autorizadora dessa medida cautelar. A função da coação nessa circunstância somente atende ao interesse coletivo e jamais processual, uma vez que em nada interferirá quanto à eficácia do resultado final do processo penal de natureza condenatória.

Doutrinando a respeito da matéria enfocada, José Frederico Marques defende a pertinência da prisão preventiva na seguinte construção mental: **'Desde que a permanência do réu, livre ou solto, possa dar motivo a novos crimes, ou cause repercussão danosa e prejudicial ao meio social, cabe ao juiz decretar a prisão preventiva como garantia da ordem pública**. Nessa hipótese a prisão preventiva perde seu caráter de providência cautelar, constituindo antes, como falava Faustin Hélie, verdadeira medida de segurança. A *potesta coercendi* do Estado atua, então, para tutelar não mais o processo condenatório a que está instrumentalmente conexa, e sim, como fala o texto do art. 312, a própria ordem pública. No caso, o *periculum in mora* deriva dos prováveis danos que a liberdade do réu possa causar – com a dilação do desfecho do processo – dentro da vida social e em relação aos bens jurídicos que o Direito Penal tutela'' (Heráclito Antônio Mossin, *Comentários ao código de processo penal*, Manole, 2005, p. 626 – os destaques não constam do original).

Em consonância com a doutrina, na ementa do acórdão do *Habeas Corpus* n. 104.877/RJ, inscreveu o Ministro Carlos Ayres Britto:

"O conceito jurídico de ordem pública não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/88). **Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins)**. Daí sua categorização jurídico-positiva, não como descrição do delito nem da cominação de pena, porém como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. **Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social**" (os destaques não constam do original).

02.05. É incontestável que um grupo de empresas celebraram contratos milionários com a Petrobras S.A., que tem como seu maior acionista a União. Vale dizer: o **povo brasileiro**.

Em razão dos escândalos relacionados com atos de corrupção de um inexpressivo número de seus diretores, a empresa perdeu mais de 50% (cinquenta por cento) do seu valor de mercado. Recentemente, foi publicado o balanço contábil relativo ao ano fiscal/2014. Foi reconhecido que os atos de corrupção geraram-lhe um **prejuízo** de **R$ 6.194.000.000,00** (seis bilhões, cento e noventa e quatro milhões de reais).

A credibilidade da Petrobras S.A. despencou para níveis inacreditáveis – e não apenas no Brasil. Essa verdadeira "**instituição nacional**", que tanto nos orgulha, foi **assaltada** – **material** e **moralmente**.

E não foram contabilizados os prejuízos aos trabalhadores brasileiros que, confiantes na credibilidade dessa "instituição" e incentivados pelo Governo Federal, sacaram recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço para adquirir ações da Petrobras.

03. Tenho que as "circunstâncias excepcionais", referidas anteriormente, justificam a prisão preventiva de Renato de Souza Duque para "***garantir a ordem pública***", conceito que compreende também "***resguardar a credibilidade das instituições***".

Na decisão decretatória da prisão preventiva e no acórdão que a confirmou inscreveram o Juiz Federal Sérgio Moro e o Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, respectivamente:

> "Este Juízo, a pedido do MPF, decretei, em 18/11/2014, a prisão preventiva de Renato de Souza Duque, no processo 5073475-13.2014.404.7000 (evento 173).
>
> Na ocasião, apontei provas, em cognição sumária, de que Renato de Souza Duque estaria envolvido em crimes praticados contra a Petrobras, especificamente participação em crimes de fraude à licitação, dando abrigo ao cartel de empreiteiras, corrupção passiva, pelo recebimento de propinas, e lavagem de dinheiro pelo recebimento e ocultação e dissimulação da propina em contas secretas mantidas no exterior.
>
> Na oportunidade, argumentei que, sendo o investigado, titular de

contas secretas mantidas no exterior, havia risco à aplicação da lei penal, pois poderia fugir e permanecer ainda na posse do produto do crime.

Não obstante, em 02/12/2014, o eminente Ministro Teori Zavascki do Egrégio Supremo Tribunal Federal concedeu liminar para soltar Renato Duque no âmbito do HC 125.555.

Reputou ausente risco concreto à aplicação da lei penal, entendendo que a decisão se fundaria em 'presunção de fuga'.

Posteriormente, a Colenda 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal confirmou por unanimidade a liminar liberatória.

Foi reconhecida, na ocasião, a existência de prova significativa de materialidade e de autoria dos crimes, mas afirmou-se a ausência de elementos concretos que apontariam para o risco de fuga.

Não cabe da parte deste Juízo, por evidente, qualquer crítica ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, tendo sido seguida a jurisprudência daquela Casa.

Releva, porém, destacar que o próprio Supremo Tribunal Federal denegou sistematicamente a extensão do *habeas corpus* a outros presos na Operação Lavajato, notadamente a dirigentes de empreiteiras e a intermediadores de pagamentos de propina, negando, acertadamente, que houvesse similaridade de situações.

Apesar de certa incompreensão, foram apontadas razões jurídicas e consistentes para a distinção, já que, fora Renato Duque, todos os outros tiveram sua prisão preventiva decretada por este Juízo para prevenir principalmente risco à ordem pública, especificamente reiteração delitiva.

A ilustrar o posicionamento do Supremo, podem ser citadas as diversas decisões denegando a extensão do HC 125.555, bem como outros habeas corpus impetrados, como o HC 126.397 impetrado recentemente em favor de Fernando Antônio Falcão Soares e que teve a liminar e o seguimento denegados pelo eminente Ministro Teori Zavascki.

Não deve ainda ser olvidado o ocorrido na Reclamação 17.623/PR em 19/05/2014 quando as prisões cautelares então decretadas com base no risco à ordem pública foram também mantidas pelo eminente Ministro Teori Zavascki.

Nesse contexto, em que o Egrégio Supremo Tribunal Federal vem sistematicamente mantendo as prisões cautelares com base no risco à ordem pública, ainda que, por ora, também sob a égide da Súmula 691 daquela Corte, entendo que há espaço, com o máximo de respeito e sem confrontar o Supremo Tribunal Federal, para analisar o requerimento ora formulado pelo Ministério Público Federal de prisão preventiva de Renato Duque em vista do risco à ordem pública, e não como feito antes com base no risco à aplicação da lei penal.

A revisão da questão, sob o prisma do risco à ordem pública é necessária em decorrência de fato e prova supervenientes.

No processo 5004367-57.2015.4.04.7000, a pedido do Ministério Público Federal, decretei a quebra de sigilo bancário e o bloqueio de ativos mantidos em contas secretas titularizadas por Renato de Souza Duque e mantidas em instituições financeiras no Principado de Mônaco.

Sobreveio parcial resposta das autoridades daquele país.

As informações recebidas revelam, conforme relata o MPF e os

documentos por ele anexados, que, durante as investigações da Operação Lavajato, Renato de Souza Duque transferiu os saldos milionários de suas contas na Suíça para contas em instituições financeiras em outros países, entre eles o Principado de Mônaco.

Ainda no segundo semestre de 2014, a conta em nome da off-shore Milzart Overseas, no Banco Julius Baer, no Principado de Monaco, que tinha como beneficiário e controlador Renato Duque, recebeu, em diversas operações de crédito, cerca de 2.220.517,00 dólares. Já a conta em nome da off-shore Pamore Assets, no Banco Julius Baer, no Principado de Monaco recebeu, no segundo semestre de 2014, 208.643,65 euros.

Esses valores foram provenientes de contas mantidas em nome das off-shores Tammaroni Group e Loren Ventures, no Banco Lombard Odier, na Suiça, que também seriam controladas por Renato Duque, ainda em 2014.

Os indícios são de que Renato Duque, com receio do bloqueio de valores de suas contas na Suíça, como ocorreu com Paulo Roberto Costa, transferiu os fundos para contas no Principado de Mônaco, esperando por a salvo seus ativos criminosos.

As autoridades do Principado de Monaco bloquearam, nos últimos dias, valores em contas off-shore controladas por Renato de Souza Duque mantidas no Banco Julius Baer:

- conta em nome da *off shore* Milzart Overseas Holdings Inc, com saldo de 10.274.194,02 euros;

- conta em nome de Pamore Assets Inc, com saldo de 10.294.460,10 euros.

O total de 20.568.654,12 euros, que atingem aproximadamente 70 milhões de reais, pertencem a Renato de Souza Duque.

Esses fatos encontram prova documental nos autos, inclusive a afirmação expressa das autoridades de Mônaco de que as duas contas são controladas por Renato Duque.

Oportuno destacar que Renato Duque não declarou, à Receita Federal, qualquer valor mantido no exterior, que jamais admitiu perante o Juízo ou ao Supremo Tribunal Federal que teria contas no exterior, e ainda que o montante bloqueado é absolutamente incompatível com os rendimentos que recebia como ex-Diretor da Petrobras.

Os fatos ainda revelam que, mesmo com a deflagração e notoriedade obtidas em 2014 pela assim denominada Operação Lavajato, persistiu o referido investigado na prática reiterada de novos crimes, desta feita de lavagem de dinheiro.

A transferência dos ativos criminosos de contas secretas na Suíça para contas secretas em Monaco, em ambos os casos com utilização de off-shores para esconder a titularidade dos valores, representa, em cada operação, novos atos de lavagem de dinheiro.

Ainda não se tem, por outro lado, informações seguras do montante recebido por Renato de Souza Duque no esquema criminoso que lesou à Petrobras.

Pedro Barusco, Gerente de Serviços e subordinado a Renato Duque, em acordo de colaboração premiada, comprometeu-se a devolver 97 milhões de dólares, sendo que cerca de 139 milhões de reais já se

encontram depositados em conta judicial vinculada a este Juízo, havendo outros valores a caminho do exterior.

Considerando que Pedro Barusco afirmava receber o equivalente a Renato Duque, é bastante provável que este tenha ativos bem superiores ao montante já bloqueado.

Observando os extratos das contas mantidas em Mônaco, há registro de transferências a débito vultosas para outras contas nos Estados Unidos e em Hong Kong, que podem igualmente ser controladas por Renato Duque e ainda são mantidas fora do alcance das autoridades brasileiras.

Sem a preventiva, há risco concreto da prática de novos atos de lavagem por parte de Renato Duque em relação aos ativos secretos ainda não bloqueados, com o que as chances de recuperação dos ativos pela Justiça brasileira serão frustrados.

Enquanto a recuperação de cerca de 97 milhões de dólares de Pedro Barusco, assim como dos valores acordados com Paulo Roberto Costa no exterior e no Brasil, representam, em princípio, um grande trunfo institucional, fruto do trabalho da Polícia Federal, do Ministério Público Federal e do DRCI/MJ, a recuperação integral dos valores mantidos no exterior em contas secretas por Renato Duque será frustrada caso se admita que ele permaneça em liberdade quando se verificou que, já no curso das investigações, praticou novos atos de lavagem de dinheiro buscando ocultar ainda mais o produto de sua atividade criminosa.

A reiteração delitiva, ainda mais já no curso das investigações, é usualmente apontada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, como fundamento suficiente para a decretação da prisão preventiva, já que existente risco à ordem pública.

[...]

Sendo esse o posicionamento específico da nossa Corte de Cassação em relação aos operadores do esquema de lavagem de dinheiro, como, v.g., João Procópio Junqueira Pacheco, importante subordinado de Alberto Youssef, tanto mais a preventiva se justifica em relação aos principais responsáveis, como é o caso em relação aos Diretores da Petrobras que, corrompendo-se, propiciaram as fraudes às licitações da empresa estatal.

[...]

Apesar da presunção de inocência e da excepcionalidade da prisão cautelar, a medida se justifica diante da reiteração por parte de Renato de Souza Duque de atos de lavagem de dinheiro durante a investigação, colocando igualmente em risco as chances das autoridades brasileiras de recuperarem o produto do crime.

Quanto aos pressupostos da preventiva, boa prova de autoria e materialidade, cumpre destacar que a própria identificação de atos de lavagem no exterior e que Renato Duque mantinha, no mínimo, vinte milhões de euros em contas secretas na Suíça e no Principado de Mônaco, sem declará-los às autoridades brasileiras, já é prova material significativa dos crimes de corrupção e lavagem, já que tais valores são inconsistentes com seus rendimentos declarados como agente público.

Além disso, como já havia fundamentado na decisão 18/11/2014, de prisão preventiva de Renato de Souza Duque, no processo 5073475-13.2014.404.7000 (evento 173), já há um significativo conjunto

probatório a respeito dos crimes.

[...]

Enfim, há boa prova, em cognição sumária, da prática de crimes de corrução, lavagem de dinheiro e participação em fraudes à licitação por parte de Renato Duque, que, juntamente, com o demonstrado risco à ordem pública, que inclui o risco à recuperação integral dos ativos criminosos mantidos no exterior, autorizam a decretação da prisão preventiva.

Não há - repita-se - qualquer afronta ou contrariedade à decisão anterior de soltura de Renato Duque pelo Supremo Tribunal Federal, já que a preventiva ora decretada assenta-se não só em fato novo, mas também em fundamentos diversos, o risco a ordem pública.

Nessa linha, aliás, a decisão é consistente com as decisões do próprio Supremo Tribunal Federal que tem denegado a revisão das preventivas decretadas com base em risco à ordem pública em relação a outros investigados ou acusados na assim denominada Operação Lavajato" **(fls. 132/141 – os destaques não constam do original).**

"A decisão que determinou a segregação cautelar encontra-se suficiente e adequadamente fundamentada, havendo prova da materialidade, indícios suficientes de autoria para sua decretação. Confira-se:

[...]

Com efeito, não vejo, nas circunstâncias sopesadas, razões para intervir no entendimento do juízo de origem. Destaque-se que as razões de decidir não se confundem com juízo de certeza quanto à responsabilidade criminal dos pacientes, como aquela apta a redundar na condenação penal. E tal nem se exige para a custódia preventiva, pois a existência somente de indícios é comum ao momento processual.

Por oportuno, destaque-se que **o decreto prisional, pelos fundamentos invocados, não representam violação ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 125.555/PR. Naquele caso, a prisão preventiva havia sido decretada como forma de assegurar a aplicação da lei penal, haja vista o risco de fuga do paciente. Contudo, a Segunda Turma do Supremo confirmou a liminar deferida pelo Ministro Teori Zavascki e concedeu a ordem por considerar que a decisão primeira não se fundava em riscos concretos que apontassem para a possibilidade de o investigado sair do país**.

Este, portanto, o cerne daquela controvérsia e que nada de comum tem com a nova ordem de prisão preventiva, que, agora, tem como mote a continuidade da prática delitiva do paciente, em face de operações financeiras realizadas em bancos do exterior.

Sob tal prisma, impende destacar que o paciente exercia papel importante no suposto esquema de cartelização e nas noticiadas fraudes a contratos no seio da Petrobras. Os depoimentos dos delatores colaboradores caminham no sentido de apontar o nome do paciente como um dos operadores do esquema de distribuição de propinas que imperava no seio da estatal.

Na linha que venho decidindo em casos semelhantes, os indícios indicam que o paciente desempenhou papel central e preponderante no

esquema criminoso, porque funcionou como elo de ligação entre os recursos decorrentes de contratos ilícitos e o repasse destes para os 'operadores', de modo a promoverem a lavagem e o enriquecimento ilícito.

Mais do que isso, os documentos constates no Pedido de Prisão Preventiva nº 5012012-36.2015.404.7000/PR dão conta de que **RENATO DE SOUZA DUQUE, já no curso da 'Operação Lava-Jato', efetuou elevadas transferências de bancos Suíços para instituições financeiras de outros países, dentre os quais o Principado de Mônaco. No segundo semestre de 2014, foram transferidos valores no exterior para conta *offshore* Milzart Overseas, no Banco Julius Bär. O mesmo é notado com relação a *offshore* Pamore Assets.**

Ambas têm como controlador e beneficiário o paciente.

Dentre os documentos, constam correspondências enviadas pelo Banco Julius Bär e do Governo do Principado de Mônaco indicando o paciente como beneficiário e controlador das contas (evento 1 - DOC2). Nesse contexto, fica claro que **nem mesmo o avançado estágio da 'Operação Lava- Jato' serviu para inibir o paciente na tentativa de ocultar os depósitos ilícitos mantidos fora do país, valendo lembrar que a pulverização de depósitos em várias contas no exterior e a migração de valores de uma para outra instituição financeira, estão na essência dos crimes de lavagem e ocultação de ativos e revelam a tentativa do paciente de dificultar a identificação da origem e destinação do dinheiro**.

Ainda que a responsabilidade penal do paciente seja futuramente reexaminada em juízo de cognição exauriente, na ação penal correlata, é razoável supor, neste estágio, que as *offshores* serviriam como subterfúgio para dissimular o patrimônio eventualmente obtido ilicitamente com o fruto do subfaturamento dos contratos da Petrobras. Vale ressaltar que a transferência de bens para terceiros por valores não condizentes com o mercado, constitui, em tese, novos crimes de lavagem de dinheiro.

É importante ressaltar que a medida aqui não tem como finalidade a obtenção da confissão, mas sim evitar que o paciente, se solto, reitere na prática delitiva com a evasão e movimentação de novos valores (ainda ocultos) no exterior, como já o fizera após a notoriedade da 'Operação Lava-Jato'.

Fossem tais fatos tratados isoladamente, talvez se pudesse chegar à conclusão diversa. Contudo, não é possível dissociá-los do contexto da 'Operação Lava-Jato', gigantesco esquema de corrupção existente no seio da Petrobras. Esta Turma tem reiteradamente analisado casos de prisão preventiva relacionados à investigação e tem buscado encontrar, como orientador maior, aspectos que, de alguma forma, possam oferecer risco ao processo, ou, ainda, à aplicação de uma eventual tutela penal.

Ora, não se trata de mera abstração do magistrado de origem com relação aos fatos. As transferências bancárias no exterior são concretas e, acertadamente, levaram ao magistrado condutor da causa a optar pela segregação cautelar como único meio de evitar a esquiva do paciente da responsabilização penal.

Cuida-se de documentação oficial encaminhada pelo Governo do Principado de Mônaco e pelo Banco Julius Bar, sobre a qual não é

sequer razoável supor ser inverídica.

Não pode passar despercebido que o paciente ocultou deliberadamente a existência de tais contas em nome das Milzart Overseas e Pamore Assets no Banco Julius Bar, movimentadas no segundo semestre de 2014.

Mais recentemente, como apontado na decisão que recebeu a denúncia em desfavor do paciente na Ação Penal nº 501233104.2015.4.04.7000/PR, '*20.568.654,12 euros foram bloqueados em contas secretas mantidas por Renato Duque no Principado de Mônaco. Os indícios são no sentido de que ele, durante 2014, teria esvaziado suas contas na Suíça, a fim de tentar proteger seus ativos criminosos do bloqueio pela Justiça criminal brasileira, remetendo parte do numerário para Mônaco. Embora os valores ainda não tenham sido repatriados, nem tenha sido identificada a localização do restante do dinheiro de Renato Duque no exterior, a parcela bloqueada conta com prova documental nos autos, inclusive o apontamento de que Renato Duque é o controlador das contas*' (evento 13).

Diante disso, não se tem como eficaz o simples bloqueio de bens mediante sequestro judicial, notadamente pela necessidade de ainda se identificarem a existência e localização de outros bens ocultos ou dissimulados em nome da offshore, em especial porque o pagamento de vantagens ilícitas teria ocorrido na forma de transferências para o exterior.

Por certo que as considerações tecidas pelo juízo a quo não revelam prejulgamento, mas sim integram o dever de fundamentar as decisões judiciais. Até mesmo porque a prova da existência do crime e a existência de indícios suficientes de autoria nada mais são do que requisitos expressos contidos no art. 312 do Código Penal, não se confundindo, pois, com a antecipação de mérito. A respeito, confira-se a jurisprudência deste Tribunal:

[...]

Desse modo, **forte na existência de transferências bancárias ilícitas no exterior, comprovadas pela documentação enviada pelo Banco Julius Bär e pelo Governo do Principado de Mônaco e realizadas mesmo após a 'Operação Lava-Jato' ter se tornado de conhecimento público, não há outro caminho senão a decretação manutenção da prisão preventiva do paciente. Como bem apontado na decisão hostilizada, mostra-se imprescindível para assegurar a 'ordem pública, para prevenir novos crimes de lavagem, para prevenir que o produto do crime seja cada vez mais ocultado pelo investigado ou ainda em decorrência de gravidade em concreta dos crimes praticados'**.

4. Medidas cautelares diversas da prisão

Estão presentes os requisitos estabelecidos pelo legislador no art. 312 do Código de Processo Penal para a decretação da prisão preventiva, afastando a incidência do disposto no art. 319 do mesmo diploma legal, motivo pelo qual a manutenção da prisão preventiva da paciente é medida que se impõe.

Portanto, em que pese as alegações formuladas pelo impetrante, verifica-se, no caso em tela, a presença dos requisitos autorizadores da

decretação da prisão preventiva, ou seja, o *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis*, bem como a impossibilidade de se impor medidas cautelares diversas da prisão. A reiteração das condutas delituosas demonstra não só a indiferença da paciente perante o direito, mas também revela maior risco à ordem pública e à necessidade de cessar a atividade criminosa.

Em casos tais, a negativa à substituição a posição é acolhida pela jurisprudência deste Tribunal: '*A prisão preventiva é medida adequada e necessária para frear a atividade ilícita, diante da reiteração da conduta delituosa (habitualidade delitiva ou crime como meio de vida), diante da insuficiência de outras medidas cautelares para obstar tal prática*' (TRF4, HABEAS CORPUS Nº 5002073-17.2014.404.0000, 8ª TURMA, Juíza Federal SIMONE BARBISAN FORTES, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 25/02/2014).

Igualmente, '*justifica-se a adoção da prisão preventiva como forma de garantir a ordem pública, em face do risco de reiteração criminosa*' (TRF4, HABEAS CORPUS Nº 5029826-80.2013.404.0000, 7ª TURMA, Juiz Federal JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 15/01/2014).

É oportuno referir que a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sessão realizada no dia última dia 24 de novembro, ao julgar o HC nº 302.604/PR, impetrado pela defesa de outro investigado na mesma operação - custodiado desde 01/07/2014 -, negou-lhe seguimento. Contudo, registrou breve incursão no mérito da prisão preventiva. Do voto do Relator, Ministro Newton Trisotto (Desembargador convocado), extrai-se:

> *05.04. Em suma: Havendo fortes indícios da participação do paciente em 'organização criminosa (Lei n. 12.850, de 2013), em crimes de 'lavagem de capitais' (Lei n. 9.613, de 1998) e 'contra os sistema financeiro nacional' (Lei n. 7.492, de 1986), todos relacionados com fraudes em processos licitatórios dos quais resultaram vultosos prejuízos a sociedade de economia mista e, na mesma proporção, em seu enriquecimento ilícito e de terceiros, justifica-se a decretação da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública.*
>
> *(...)*
>
> *A toda evidência, não se encontram presentes os pressupostos legais autorizadores da substituição da prisão preventiva por outras medidas cautelares.*
>
> *Impende ressaltar que a prisão preventiva foi decretada porque necessária à preservação da 'ordem pública' - que, conforme Guilherme de Souza Nucci, 'é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização em forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente' - e que há fortes provas da participação do paciente em atos de corrupção dos quais resultaram vultosos danos ao patrimônio público.*
>
> *Valho-me de precedente esta Turma para rejeitar a postulação do paciente:*
>
> *'Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas quando a segregação encontra-se justificada na periculosidade social do denunciado, dada a probabilidade efetiva de continuidade no cometimento da grave infração denunciada' (RHC 50.924/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 23/10/2014).*
>
> [...]" **(fls. 24/38 – os destaques não constam do original).**

Dos fundamentos das decisões impugnadas, os quais adoto, evitando tautologia, se infere que não procedem os argumentos de que:

a) "*o Juízo Federal da 13ª Vara Criminal de Curitiba/PR indicou o fundamento da prisão preventiva - de lei pena para ordem pública -, valendo-se da mesma fundamentação argumentativa* ";

b) "*a medida restritiva da liberdade de Renato de Souza Duque, primário, de bons antecedentes e com residência fixa, não está estruturada em fundamentação idônea, tanto que, em liberdade por mais 100 dias, desde 3/12/2014, nada se lhe atribuiu de violação à ordem pública* ";

c) "*a apregoada existência de 'contas secretas', no exterior, foi usada para prender o paciente, em 14/11/2014, invocando-se risco à aplicação da lei penal e, novamente agora, em 16/3/2015, somente se alterando a roupagem jurídico-processual para ordem pública* ";

d) "*a inclusão do Paciente na denúncia se deu, unicamente, com base em excerto do interrogatório de Alberto Youssef, em ação penal diversa, na qual o Paciente não é réu, de teor vago e incerto. Réu, esse, que já havia firmado e descumprido acordo de delação premiada anos antes, cujo depoimento deve ser visto com a mais absoluta reserva* ".

Enfatizo:

a) "*não cabe, em sede* habeas corpus*, proceder ao exame da veracidade do suporte probatório que embasou o decreto de prisão preventiva. Isso porque, além de demandar o reexame de fatos, é suficiente para o juízo cautelar a verossimilhança das alegações, e não o juízo de certeza, próprio da sentença condenatória* " (RHC 123.812, Rel. Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 23/09/2014; HC 73.922, Rel. Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 25/06/1996);

b) o fato de a ação penal encontrar-se "*atualmente em avançada fase de instrução, sendo certo que todas as testemunhas de acusação já foram ouvidas e as oitivas de testemunhas de defesa estão sendo finalizadas* ", conforme inscrito na petição inicial, não constitui, por si só, óbice à decretação da custódia cautelar. No caso, está ela calcada também na garantia da ordem pública e não apenas na conveniência da instrução criminal;

c) "*a custódia preventiva visando à garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, legitima-se quando presente a necessidade de acautelar-se o meio social ante a concreta possibilidade de reiteração criminosa e as evidências de que, em liberdade, o agente empreenderá esforços para escapar da aplicação da lei penal*" (STF, HC 109.723/PI, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12/06/2012);

d) "*a prisão preventiva fundou-se na garantia da ordem pública, dado o risco da reiteração criminosa por parte do paciente. 2. Como já decidiu esta Corte, 'a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos' (STF, HC 84.658/PE, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ 03.06.2005). Nessa linha, deve-se considerar também o 'perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação' (HC 90.398/SP, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 17.05.2007)*" (STF, HC n. 106.816/PE, Rel. Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 31/05/2011);

e) "*decretação da prisão preventiva, baseada na garantia da ordem pública, na conveniência da instrução criminal e na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, devidamente fundamentada em fatos concretos a justificar a prisão cautelar, especialmente em razão da participação da Paciente em organização criminosa, da possibilidade de reiteração delituosa e da fuga do distrito da culpa, situação que perdura até a presente data*" (STF, HC n. 106.702/RJ, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 26/04/2011);

f) "*para a decretação da prisão preventiva não se exige prova concludente da autoria delitiva, reservada à condenação criminal, mas apenas indícios suficientes desta, que, pelo cotejo dos elementos que instruem os autos, se fazem presentes. 3. A análise acerca da negativa de participação no ilícito é questão que não pode ser dirimida em sede de habeas corpus, por demandar o reexame aprofundado das provas a serem produzidas na instrução criminal, vedado na via sumária eleita*" (STJ, HC 307.577/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015);

g) "*a primariedade, os bons antecedentes, a residência fixa e a profissão lícita são circunstâncias pessoais que, de per se, não são suficientes ao*

afastamento da prisão preventiva" (STF, HC 112.642/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 26/06/2012; HC 106.474/BA, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 06/03/2012; HC 108.314/MA, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13/09/2011; HC 106.816/PE, Segunda Turma, Rel. Ministra Ellen Gracie, julgado em 31/05/2011);

h) a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas (CPP, art. 319) não é recomendável quando aquela estiver justificada na "*periculosidade social do denunciado, dada a probabilidade efetiva de continuidade no cometimento da grave infração denunciada*" (RHC 50.924/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 07/10/2014; RHC 48.813/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 09/12/2014);

i) "*o mero reforço argumentativo realizado pela instância superior não trouxe nenhuma inovação da causa determinante do decreto de prisão preventiva originário e, por isso mesmo, não supriu vício de fundamentação. Portanto, não há falar em* reformatio in pejus" (HC 124.831, Rel. Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 09/12/2014).

j) em 13/05/2015, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 313.279/PR, impetrado por Fernando Antônio Falcão Soares, esta Turma decidiu:

> "*01. Prescreve a Constituição da República que o* habeas corpus *será concedido 'sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder' (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, 'de ofício, ordem de* habeas corpus*, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal' (art. 654, § 2º).*
>
> *Desses preceptivos infere-se que, no* habeas corpus*, devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, é imprescindível que seja processado para perquirir a existência de 'ilegalidade ou abuso de poder' no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).*
>
> *02. Ao princípio constitucional que garante o direito à liberdade de locomoção (CR, art. 5º, LXVIII) se contrapõe o princípio que assegura a todos o direito à segurança (art. 5º, caput), do qual decorre, como corolário lógico, a obrigação do Estado com a 'preservação da ordem pública e da*

incolumidade das pessoas e do patrimônio' (art. 144).

Presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva não viola o princípio da presunção de inocência (CR, art. 5º, inc. LXVIIII).

Poderá ser decretada para garantia da ordem pública – que é a 'hipótese de interpretação mais ampla e flexível na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente' (Guilherme de Souza Nucci). Conforme Frederico Marques, 'desde que a permanência do réu, livre ou solto, possa dar motivo a novos crimes, ou cause repercussão danosa e prejudicial ao meio social, cabe ao juiz decretar a prisão preventiva como garantia da ordem pública'.

O Superior Tribunal de Justiça (RHC n. 51.072, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/10/2014) e o Supremo Tribunal Federal têm proclamado que 'a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva' (STF, HC n. 95.024, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 14/10/2008; RHC n. 106.697, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 03/04/2012).

03. Havendo fortes indícios da participação do denunciado em crime de 'corrupção passiva' (CP, art. 317), e de 'lavagem de dinheiro' (Lei n. 9.613, de 1998), atos relacionados com fraudes em processos licitatórios dos quais resultaram vultosos prejuízos às entidades referidas no art. 1º da Lei n. 8.429, de 1992, e, na mesma proporção, em enriquecimento ilícito, justificar-se-á a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública.

04. Não há como substituir a prisão preventiva por outras medidas cautelares (CPP, art. 319) 'quando a segregação encontra-se justificada na periculosidade social do denunciado, dada a probabilidade efetiva de continuidade no cometimento da grave infração denunciada' (STJ, RHC 50.924/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 07/10/2014; HC 282.509/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 22/11/2013).

05. Habeas corpus *não conhecido* ".

O *habeas corpus* impetrado desse acórdão foi denegado pela colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (HC 128.278).

Não vislumbro razões para adotar outra solução no caso em exame.

04. À vista do exposto, **não conheço do *habeas corpus*.**

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0089755-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 321.710 / PR**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50107587620154040000 50120123620154047000 50734751320144047000

EM MESA JULGADO: 18/08/2015

Relator
Exmo. Sr. Ministro **NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário
Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	ALEXANDRE LOPES DE OLIVEIRA E OUTRO
ADVOGADO	:	ALEXANDRE LOPES DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
IMPETRADO	:	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE	:	RENATO DE SOUZA DUQUE (PRESO)
CORRÉU	:	ADIR ASSAD
CORRÉU	:	AGENOR FRANKLIN MAGALHAES MEDEIROS
CORRÉU	:	ALBERTO ELISIO VILACA GOMES
CORRÉU	:	ALBERTO YOUSSEF
CORRÉU	:	ANGELO ALVES MENDES
CORRÉU	:	AUGUSTO RIBEIRO DE MENDONCA NETO
CORRÉU	:	DARIO TEIXEIRA ALVES JUNIOR
CORRÉU	:	FRANCISCO CLAUDIO SANTOS PERDIGAO
CORRÉU	:	JOAO VACCARI NETO
CORRÉU	:	JOSE ADELMARIO PINHEIRO FILHO
CORRÉU	:	JOSE AMERICO DINIZ
CORRÉU	:	JOSE HUMBERTO CRUVINEL RESENDE
CORRÉU	:	JULIO GERIN DE ALMEIDA CAMARGO
CORRÉU	:	LUCELIO ROBERTO VON LEHSTEN GOES
CORRÉU	:	LUCELIO ROBERTO MATOSINHOS
CORRÉU	:	LUIZ RICARDO SAMPAIO DE ALMEIDA
CORRÉU	:	MARIO FREDERICO DE MENDONCA GOES
CORRÉU	:	MARCUS VINICIUS HOLANDA TEIXEIRA
CORRÉU	:	MATEUS COUTINHO DE SA OLIVEIRA
CORRÉU	:	PAULO ROBERTO COSTA
CORRÉU	:	PEDRO JOSE BARUSCO FILHO
CORRÉU	:	RENATO VINICIUS DE SIQUEIRA
CORRÉU	:	ROGERIO CUNHA DE OLIVEIRA
CORRÉU	:	SERGIO CUNHA MENDES
CORRÉU	:	SONIA MARIZA BRANCO
CORRÉU	:	VICENTE RIBEIRO DE CARVALHO

CORRÉU : WALDOMIRO DE OLIVEIRA

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Prisão Preventiva

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. ROBERTO BRZEZINSKI NETO (P/ PACTE)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.