

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 156.600 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) : PAULO VIEIRA DE SOUZA
IMPTE.(S) : JOSE ROBERTO FIGUEIREDO SANTORO E
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Jose Roberto Figueiredo Santoro e Outro, em favor de **Paulo Vieira de Souza**, contra decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que indeferiu liminarmente o HC 445.064.

Narram que o paciente foi denunciado por suposta infração aos arts. 312, caput, (peculato) - por três vezes; art. 313-A (inserção de dados falsos em sistema de informação), por três vezes e ao art. 288 (associação criminosa), c/c os arts. 69 e 71, todos do Código Penal, em razão de ter, em tese, no período de 2009 a 2011, na qualidade de Diretor de Engenharia do Departamento da Área de Assentamento da DERSA, praticado desvios de recursos públicos do Programa de Reassentamento dos empreendimentos Rodoanel Sul, Jacu Pêssego e Nova Marginal Tietê, causadores de prejuízo à Administração Pública na ordem de R\$ 7.725.012,18.

Recebida a denúncia, o Ministério Público Federal requereu a prisão preventiva do paciente e de José Geraldo Casas Vilela, para garantia da instrução criminal, em razão de supostas ameaças à integridade física da também acusada Mércia Ferreira Gomes. A prisão preventiva foi decretada.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal da Terceira Região. O Relator, Desembargador André Custodio Nekatschalow, indeferiu a medida liminar.

Contra essa decisão, foi impetrado *habeas corpus*, perante o Tribunal de Justiça, ao qual foi negado seguimento. Os impetrantes interpuseram agravo, mas a decisão foi mantida pelo colegiado.

Daí a impetração deste *habeas corpus*. Sustentam os impetrantes que as ameaças à corré não estão devidamente comprovadas e que há elementos para imputar a autoria ao paciente. Aduzem que os eventos

HC 156600 MC / SP

são antigos. Relatam que a prisão foi decretada em abril de 2018, fundada na renovação do motivo para ameaçar a corr e, consistente no oferecimento de uma terceira denúncia, baseada em novos depoimentos da corr e. Entretanto, a defesa do paciente teria ciência do cont do das novas declara es desde o início do ano. Pedem a concessão da ordem de *habeas corpus*, para revogar a ordem de prisão preventiva, ou substituí-la por medidas cautelares pessoais diversas da prisão.

Decido.

Segundo jurisprudência consolidada deste Tribunal, não tendo sido a questão objeto de exame definitivo pelo Superior Tribunal de Justiça ou inexistindo prévia manifesta o das demais instâncias inferiores, a aprecia o do pedido da defesa implica supressão de instância, o que não   admitido, consoante a reiterada jurisprudência desta Corte. Nesse sentido: HC 103.282/PA, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 28.8.2013 e HC 114.867/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 14.8.2013.

In casu, em verdade haveria dupla supressão de instância, uma vez que estaríamos a decidir antes do Superior Tribunal de Justiça e antes, inclusive, do próprio Tribunal Regional Federal.

Contudo, em obediência ao princípio da prote o judicial efetiva (CF, art. 5 , XXXV), a aplica o desse entendimento jurisprudencial pode ser afastada no caso de configura o de patente constrangimento ilegal ou abuso de poder.

Na hipótese dos autos, está patente o constrangimento ilegal. A justific o processual da prisão preventiva não encontra amparo em fatos. Aparentemente, a fundamenta o da prisão preventiva não revela os reais propósitos da medida. Em sede doutrinária, esbocei minha preocupa o com o tema dos argumentos ocultos ou apócrifos para a prisão:

“O espaço de interpreta o do juiz quanto   determina o da medida privativa de liberdade abre a possibilidade de que a ordem de prisão tenha outros motivos, além daqueles legalmente admitidos e constantes da fundamenta o da

decisão (SCHLOTHAUER, Reinhold; WEIDER, Hans-Joachim; NOBIS, Frank. **Untersuchungshaft**. C F Mueller: 2016, Heidelberg.). Na Alemanha, a doutrina denomina esses motivos não declarados de fundamentos ocultos ou apócrifos da prisão (“apokryphe Haftgründe”) (Sobre o tema, além da obra citada, ver: MACHADO, Luis Henrique. Fundamentos apócrifos contaminam prisões preventivas. In: Conjur, 26 out. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-26/luis-machado-fundamentos-apocrifos-contaminam-prisoes-preventivas>>. Acesso em: 6 jan. 2017.). Trata-se, em verdade, de categoria correlata ao desvio de finalidade (ou desvio de poder).

O desvio de finalidade é uma espécie dos ilícitos atípicos, os quais são definidos como “ações que, *prima facie*, estão permitidas por uma regra, mas que, uma vez consideradas todas as circunstâncias, devem considerar-se proibidas” (ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Rui. **Ilícitos Atípicos**. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006. p. 12). Assim devem ser consideradas porque, a despeito da aparência de legalidade – porquanto em conformidade com uma regra –, destoam da razão que as justifica, escapam ao princípio e ao interesse que lhes é subjacente. Trata-se simplesmente de garantir coerência valorativa ou justificativa ao sistema jurídico e de apartar, com clareza, discricionariedade de arbitrariedade.

O desvio de finalidade ocorre quando se adota uma conduta que aparenta estar em conformidade com certa regra que confere poder à autoridade (regra de competência), mas que, ao fim, conduz a resultados absolutamente incompatíveis com o escopo constitucional desse mandamento e, por isso, é tida como ilícita.

A prisão preventiva é campo propício para o desvio de finalidade. A margem de avaliação do cabimento da medida cautelar pessoal é ampla. A multiplicidade de situações em que a prisão pode ser necessária exige que o legislador seja

deferente ao juiz, traçando apenas as linhas gerais e relegando a este último o peso da decisão. Isso fica claro quando se levam em conta os pressupostos e os requisitos da medida. Há considerável grau de indeterminação nos conceitos empregados na lei – prova do crime, indícios suficientes de autoria, garantia da ordem pública, assegurar a aplicação da lei penal, conveniência da instrução. Há um juízo de ponderação a ser realizado, considerando-se não apenas os aspectos reveladores dos conceitos indeterminados mencionados, mas todas as circunstâncias do caso, inclusive aquelas favoráveis ao imputado. Há um rol de medidas cautelares pessoais a ser potencialmente aplicado. Essa abertura favorece as discordâncias de aplicação, sendo comum a divergência entre juízes sobre o mesmo caso.

De tudo resulta que um decreto de prisão que aparente uma fundamentação adequada pode esconder propósitos não revelados. É impossível identificar todos os potenciais motivos ou finalidades ocultos. Alguns parecem recorrentes, como antecipar a punição daquele que se acredita culpado; induzir a confissão ou a colaboração; denegrir a imagem do imputado perante a comunidade ou aplacar o clamor social.

Nesse sentido, é particularmente preocupante a utilização da prisão preventiva como forma de forçar a confissão ou a colaboração do imputado [...].

A prisão preventiva não pode, em hipótese alguma, ser adotada como forma de obter confissão. [...]

Comumente, os órgãos da persecução penal são “incentivados” a usar a prisão como forma de induzir à confissão – reitere-se, meio absolutamente ilícito. Obter a confissão ou a colaboração pode ser o fundamento oculto ou apócrifo da prisão processual (“apokryphe Haftgründe”).

Essa situação complicou-se com a institucionalização das negociações entre acusação e defesa, no âmbito da colaboração premiada. A colaboração premiada consiste na cooperação do acusado com as investigações, resultando não apenas na admissão da própria culpa, mas também na identificação dos

demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; bem como na revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; na prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; na recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização; ou na localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada – Lei 12.850/13, art. 4º.

Os órgãos estatais têm certa discricionariedade para oferecer benefícios ao colaborador, como contrapartida. Trata-se, entretanto, de discricionariedade mitigada pela lei (A expressão foi empregada pelo Min. Alexandre de Moraes, no julgamento da Pet 7.074 QO, em 29.6.2017). A preocupação do legislador em prever as bases para a negociação não é sem propósito. Não apenas um delito tem o potencial de ofender o ordenamento jurídico; também uma reação penal desproporcional contra o malfeito, por insuficiente, fere o ordenamento jurídico e a confiança da população (BUZARI, André. **Kronzeugenregelungen in Straf- und Kartellrecht unter besonderer Berücksichtigung des §46b StGB**. Hamburgo: Verlag Dr. Kovac, 2015. p. 72). De outro lado, incentivos desmesurados levam à corrupção do imputado, que vê a conveniência de admitir ou imputar fatos inverídicos, para obter a liberdade processual e atenuar a pena.

[...]

A lei silencia quanto à negociação das medidas cautelares pessoais impostas ao colaborador. No entanto, é comum que o acordo firmado com presos provisórios contenha cláusulas sobre a situação do imputado durante o processo. Dessa forma, a liberdade provisória ou a melhoria das condições na prisão entram em negociação.

A lei exige que a confissão seja “espontânea”, e a colaboração premiada “voluntária”. Como lembram Canotilho e Nuno Brandão, a colaboração processual do suspeito ou do arguido precisa representar “uma expressão autêntica de sua

liberdade de decisão”, “uma manifestação de auto-responsabilidade e do direito fundamental do réu à sua autodeterminação”. Para tanto, “é imperioso que se desenvolva num ambiente de plena liberdade e informação” (Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo. *In Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Ano 146, n. 4000, set/out 2016. pp. 16-38).

A negociação da liberdade no curso do processo é particularmente preocupante, por incluir, nas tratativas, uma vantagem expressiva e imediata ao colaborador, abrindo as portas para a utilização da prisão processual de forma indevida, como um trunfo, com o objetivo oculto de forçar uma negociação da liberdade.

Se a prisão preventiva tem fundamentos sólidos, que tornam seu cabimento inequívoco, uma suposta finalidade oculta perde a importância. Eventual disposição do Ministério Público de negociar a colaboração do preso não estará ligada à prisão. A negociação de acordos de colaboração com presos é juridicamente válida.

Ocorre que a questão nem sempre se coloca em termos tão claros.

O fato é que investigações envolvendo cadeias de crimes praticados por organizações criminosas são especialmente propícias para uso da prisão preventiva com propósito oculto de obter delações. [...]

Por tudo isso, a comprovação do desvio de finalidade é muito difícil. É relevante, no entanto, que os juízes e os tribunais estejam atentos para potenciais abusos. Na experiência brasileira, essa questão foi muito debatida em razão da Operação Lava Jato. Vários investigados presos negociaram acordos de colaboração premiada e, em seguida, foram postos em liberdade.

Judicialmente, não houve reconhecimento de desvio de finalidade na decretação das prisões preventivas. O STF debateu essa questão, mas afastou o argumento. Afirmou o Min. Teori Zavascki que “seria extrema arbitrariedade [...]

HC 156600 MC / SP

manter a prisão preventiva como mecanismo para extrair do preso uma colaboração premiada, que, segundo a Lei, deve ser voluntária (Lei 12.850/13, art. 4º, *caput* e § 6º). Subterfúgio dessa natureza, além de atentatório aos mais fundamentais direitos consagrados na Constituição, constituiria medida medievalesca que cobriria de vergonha qualquer sociedade civilizada” (HC 127.186, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 28.4.2015).

[...]

Resta aos julgadores emprestar especial atenção para avaliar casos de prisão de investigados que aparentam ter potencial relevante de colaboração – por exemplo, membros de baixo escalão de associações criminosas ou colaboradores eventuais, que, isolados, não teriam o potencial de concatenar a prática dos delitos, mas que têm conhecimento da estrutura da organização. Da mesma forma, atentar ao escrutínio da legalidade dos acordos de colaboração, negando homologação a vantagens incompatíveis com a lei.” MENDES, Gilmar; MARCHIONATTI, Daniel. Da prisão preventiva. In JALIL, Maurício S. DOTTI, René Ariel (organizadores). **Código de Processo Penal anotado e comentado**. São Paulo: Manole. No prelo.

Como ponto culminante do desvio de finalidade da prisão preventiva, produzem-se notícias buscando constranger o Poder Judiciário a compactuar com a ilegalidade.

Este *habeas corpus* foi distribuído a minha relatoria na tarde do dia 8.5.2018. Na madrugada seguinte, a colunista Mônica Bergamo, da Folha de São Paulo, publicou nota dando conta de que o paciente “estuda a possibilidade de fazer acordo de delação premiada” (<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2018/05/paulo-preto-estuda-a-possibilidade-de-fazer-acordo-de-delacao-premiada.shtml>).

A prisão preventiva do paciente foi decretada a requerimento do Ministério Público Federal, para garantia da instrução criminal, em razão de três supostas ameaças à integridade física da também acusada Mércia

HC 156600 MC / SP

Ferreira Gomes.

A primeira ameaça teria ocorrido em março de 2015. Mércia Ferreira Gomes teria sido abordada em via pública por um desconhecido, que teria dito: “você é o arquivo vivo da DERSA e cuidado para não ser o Arquivo morto”. A segunda, em julho de 2015. Novamente, um desconhecido teria abordado Mércia Ferreira Gomes teria abordada em via pública e empurrado, dizendo “você tem a língua grande”. A terceira, teria ocorrido em maio de 2016. Em um coletivo, novo desconhecido teria chamado Mércia Ferreira Gomes de sonsa e dito que ela iria conhecer as mulheres do PCC no presídio.

As três ameaças teriam ocorrido em via pública e são comprovadas apenas pelo depoimento de Mércia Ferreira Gomes. Na segunda oportunidade, ela teria sido empurrada. Nas outras duas, as ameaças foram verbais. Em nenhum dos casos, houve registro policial.

Denunciada, Mércia Ferreira Gomes adotou por delatar o paciente e o também acusado José Geraldo Casas Vilela. Caso condenada, poderá vir a ser contemplada com os benefícios do art. 4º da Lei 12.850/13, por ter colaborado com a incriminação dos demais acusados. Tendo isso em vista, a legislação confere escasso valor probatório ao depoimento do colaborador (art. 4º, § 16).

Além da comprovação do ocorrido não ser sólida, não há indício da autoria das ameaças por parte do paciente. A prisão preventiva é fundada no suposto interesse do paciente em impedir os depoimentos da corré.

As três ameaças teriam ocorrido nos anos de 2015 e 2016 e a prisão preventiva foi decretada em abril de 2018. De acordo com os fundamentos da prisão preventiva, a atualidade do interesse em ameaçar decorria da nova denúncia, baseada em depoimentos prestados pela corré ao Ministério Público, até então sem o conhecimento do paciente.

A prisão preventiva não se justifica para permitir o depoimento da corré em Juízo. A versão de Mércia Ferreira Gomes foi dada no curso da investigação. Sua reiteração, ou não, em Juízo, dificilmente teria o efeito de prejudicar ainda mais os delatados. Pelo contrário, a instrução processual presta-se justamente a permitir ao delatado a oportunidade de

HC 156600 MC / SP

confrontar o delator, apontando fragilidades em sua versão.

Por fim, muito embora isso não esteja comprovado, a defesa sustenta que teve acesso aos novos depoimentos da colaboradora ainda em janeiro deste ano, quase três meses antes do decreto de prisão. Em tese, esse intervalo seria tempo hábil para a prática de outros atos de intimidação. Não há, no entanto, qualquer notícia de que a corré tenha sofrido constrangimentos no período.

Ante o exposto, **defiro a medida liminar** para suspender a eficácia do decreto de prisão preventiva de **Paulo Vieira de Souza**, o qual deverá ser posto em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.

Publique-se. Comunique-se, com urgência.

Dê-se vista à Procuradoria-Geral da República para parecer.

Brasília, 11 de maio de 2018.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente