

MIRZA & MALAN

ADVOGADOS

SÓCIOS

Diogo Malan
Flávio Mirza
André Mirza
Amanda Estefan

CONSULTORES

Pedro Malan
Wilson Mirza Abraham
Assy Mirza Abranches

EXMO. SR. DR. MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL

*“Quando a jurisdição não tem mais a função de verificar a verdade,
mas o consenso da opinião pública, não há devido processo legal”
(Luigi Ferrajoli)*

FLÁVIO MIRZA, brasileiro, casado, OAB/RJ n.º. 104.104,
DIOGO MALAN, brasileiro, casado, OAB/RJ n.º. 98.788, **ANDRÉ MIRZA**,
brasileiro, casado, OAB/RJ n.º. 155.273 e **AMANDA ESTEFAN**,
brasileira, solteira, OAB/RJ n.º. 198.053, com endereço na Av. Almirante
Barroso, n.º. 91, Gr. 707/708, Centro, Rio de Janeiro/RJ, vêm, com
espeque no artigo 5.º, LXVIII do texto magno e no artigo 647 do Código
de Processo Penal, impetrar ordem de

HABEAS CORPUS

(com pedido de liminar)

em favor de **LUIZ FERNANDO DE SOUZA**, brasileiro, casado,
Governador do Estado do Rio de Janeiro, identidade n.º. XX.XXX.XXX-X
(DETRAN/RJ), residente na Rua Paulo Cesar de Andrade, n.º. 407,
Laranjeiras, Rio de Janeiro/RJ, ora sofrendo constrangimento ilegal da
sua liberdade ambulatoria por parte do Ministro Felix Fischer, da Corte
Especial do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do inquérito
originário n.º. 1.239-DF (2018/0119563-3), pelos motivos de fato e de
direito a seguir:

1. Do pedido de notificação dos signatários

Os signatários ora respeitosamente solicitam sua notificação, pelo Gabinete do ilustre Ministro Relator, da data e horário da sessão de julgamento do presente *writ*, com fulcro no artigo 192, § 2º do RISTF.

2. Da prevenção

Está prevento o Ministro Gilmar Mendes para julgar este *writ*, nada obstante a incompetência absoluta da autoridade coatora no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como se demonstrará.

Segundo o Superintendente da Polícia Federal no Rio de Janeiro, Dr. Ricardo Saadi, há conexão entre as operações *Calicute*, *Eficiência* e *Boca de Lobo*, em textual:

*“Segundo Saad, a operação desta quinta-feira é uma continuidade das operações Calicute e Eficiência, que investigaram esquemas de desvio de recursos públicos e de lavagem de dinheiro e desvio de recursos públicos supostamente praticados pelo ex-Governador.”*¹

¹ Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/policia-federal-acredita-que-peza-tenha-movimentado-dinheiro-vivo-para-manter-esquema-de-corrupcao-1-23268463>>. Acesso em 03.12.2018.

Igualmente, da leitura do decreto prisional (itens 03 a 09) fica evidente a sobredita prevenção, haja vista que o paciente teria, na versão acusatória, dado continuidade ao esquema criminoso liderado por Sérgio de Oliveira Cabral Santos Filho, substituindo-o.

Isso porque as denominadas operações “Calicute” e “Eficiência” são anteriores à “Quinto do Ouro”. O relator dos procedimentos desdobrados da operação “Lava Jato” originários do Rio de Janeiro/RJ, no Supremo Tribunal Federal, é o Ministro Gilmar Mendes. A toda evidência, não pode haver profusão de relatorias, haja vista a natureza publicista, especialmente no que concerne ao Direito Processual Penal, das normas de competência, inclusive quanto aos critérios de prevenção.

3. Da brevíssima suma fática

Cuida-se na hipótese vertente de inquérito originário distribuído por prevenção ao Ministro Felix Fischer, da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, instaurado para apurar crimes cometidos por *organização criminosa* da qual supostamente faria parte o paciente, Governador eleito do Estado do Rio de Janeiro.

No último dia 29.11.2018 foi deflagrada a fase ostensiva da chamada *Operação Boca do Lobo*, cumprindo-se mandado de prisão preventiva expedido pela autoridade coatora em desfavor do paciente, com fundamento na alegada *garantia da ordem pública* (doc. 01).

Assim, o paciente ora se encontra encarcerado no Batalhão Especial Prisional (BEP) da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, desde 29.11.2018.

Não obstante, a manutenção da prisão preventiva do paciente se afigura medida tanto **ilegal** quanto **desnecessária**. É o que se passa a demonstrar, com o imprescindível rigor técnico-processual.

4. Da introdução

Como é cediço, o Código de Processo Penal remonta à ditadura do Estado Novo varguista, tendo inspiração no *Codice Rocco* italiano de 1930. Trata-se de diploma cujo código genético é 100% ditatorial (*mezzo fascista, mezzo varguista*), tratando as garantias do acusado como *formalismos estéreis* a exigir sacrifício no altar da eficiência da persecução penal.

Pela sua gênese histórica e orientação ideológica **autoritária**, nossa codificação processual penal instituiu *presunção de culpabilidade* do acusado.²

A maior evidência era a *prisão preventiva obrigatória* para crimes com pena máxima igual ou superior a 10 anos (CPP, art. 312), que tinha óbvia finalidade extraprocessual: **punição antecipada** do acusado *presumido culpado*.

² MALAN, Diogo. Ideologia política de Francisco Campos: Influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941), In: PRADO, Geraldo, MALAN, Diogo (Orgs.). **Autoritarismo e processo penal brasileiro**, pp. 01-85. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

Com o advento da Carta Política de 1988 houve importante ruptura paradigmática: a *presunção de culpabilidade* foi substituída pelo seu princípio antitético, a *presunção de inocência*.

A doutrina mais abalizada leciona que esta última possui dimensão de *regra de tratamento*, acarretando dever de tratamento do acusado como inocente fosse, ao longo da persecução penal.³

Essa dimensão da *presunção de inocência* impõe a liberdade do acusado como **regra geral** no decorrer da persecução penal. A prisão processual se torna *medida cautelar excepcional* (*ultima ratio*), só cabível quando estritamente **necessária** para resguardar os fins do processo criminal, presentes seus pressupostos legais (*fumus commissi delicti e periculum libertatis*).⁴

Nesse contexto é **ilegítimo** o emprego da prisão processual com quaisquer outras finalidades, notadamente aquelas: (i) exclusivas da prisão-pena; (ii) de caráter simbólico ou midiático.

O lento processo de conscientização democrática neste País vem reconhecendo a **força normativa** do direito fundamental à *presunção de inocência*, tornando a prisão processual mais *civilizada, racional e limitada*.

³ GOMES, Luiz Flávio: Sobre o conteúdo processual tridimensional da *presunção de inocência*, In: **Estudos de direito penal e processual penal**, pp. 101-117. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**, pp. 65 e ss. São Paulo: Saraiva, 1991.

Importantes passos nessa direção foram a: (i) revogação da *prisão preventiva obrigatória* pela Lei nº. 5.349/67; (ii) declaração da inconstitucionalidade da vedação de liberdade provisória do artigo 21 da Lei nº. 10.826/03 ⁵; (iii) revogação da proibição congênere para crimes hediondos pela Lei nº. 11.646/07; (iv) revogação da *prisão decorrente de pronúncia* e da *prisão decorrente de sentença condenatória recorrível* pelas Leis nº. 11.689/08 e 11.719/08, respectivamente; (v) declaração da inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória do artigo 44 da Lei nº. 11.343/06 ⁶; (vi) revogação da proibição de liberdade provisória para crimes praticados por *organizações criminosas* pela Lei nº. 12.850/13.

Outro desdobramento importante foi a incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) pelo Decreto nº. 678/92, sucedida da aceitação da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 1998.

Quanto ao direito fundamental à liberdade pessoal (artigo 7º da CADH), há remansosa jurisprudência da CIDH impondo significativos **limites** à prisão processual, consolidada no Informe nº. 35/07 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. ⁷

⁵ STF, Pleno, ADI 3.112-DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 26.10.2007.

⁶ STF, Pleno, HC 104.339-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 06.12.2012.

⁷ BIGLIANI, Paola, BOVINO, Alberto. **Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano**. Buenos Aires: Del Puerto, 2008; MALAN, Diogo. *Prisão processual: Limites no sistema interamericano de direitos humanos*, In: PEDRINHA, Roberta Duboc, FERNANDES, Márcia Adriana (Orgs.). **Escritos transdisciplinares de Criminologia, Direito e Processo Penal**, pp. 333-346. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

Quanto às circunstâncias legitimadoras da prisão processual, a Comissão aduz que o artigo 7.5 da CADH as circunscreve àquelas finalidades estritamente **processuais**, ligadas à *aplicação da lei penal* ou *garantia da investigação ou prova dos fatos imputados* (§ 81).

Importante salientar que a Comissão considera **ilegítimas** quaisquer circunstâncias de cariz substantivo, que lhe atribuem caráter de prisão-pena, tais como: “*periculosidade do acusado*”; “*possibilidade de reiteração delitiva*”; “*repercussão social dos fatos*” etc.

Tais circunstâncias se baseiam em critérios de Direito Penal material, e não processuais. Cuidam-se de circunstâncias baseadas na valoração de fatos pretéritos – sem qualquer correspondência com as finalidades das medidas cautelares processuais penais, sempre vinculadas aos fins da investigação ou do processo criminal (§ 84).

Quanto às circunstâncias do risco de fuga e da frustração da investigação ou instrução processual, a Comissão impõe requisitos na sua interpretação e aplicação. Assim, tais circunstâncias não podem decorrer de meras *alegações* da parte, devendo estar fundadas em fatos **objetivos e provados** no caso concreto (§ 85).

Não obstante, na prática hoje infelizmente se constata certo grau de *banalização* da prisão processual. De fato, o Brasil tem hoje a terceira maior população carcerária do mundo, sendo mais de **40%** desse total composto de presos provisórios.⁸

⁸ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Atualização - junho de 2016)**. Brasília: DEPEN, 2017.

Tal excesso de presos provisórios provavelmente decorre de caldo cultural de *fetichização* da prisão processual. Trata-se do *culto judiciário à prisão preventiva* (Odone Sanguiné), que denota uso **ilegítimo** da prisão processual para fins simbólicos ou com finalidade **punitiva**: aplicação antecipada da prisão-pena.⁹

É lícito concluir que o proclamado caráter *excepcional* da prisão processual assume ares retóricos, confrontado com a realidade do sistema de administração da justiça criminal.

Com efeito, a excessiva massa de presos aguardando julgamento revela clara **disfunção** da prisão processual, usada na prática como instrumento **punitivo** e de *prima ratio*.¹⁰

5. Da ilegalidade da prisão preventiva (I): Gritante incompetência da autoridade coatora

Reza o artigo 5º, LIII da Carta Constitucional que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. O inciso XXXVII, por outro flanco, dispõe que “não haverá júízo ou tribunal de exceção”.

⁹ SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar, In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 86, pp. 289-335, set./out. 2010.

¹⁰ MALAN, Diogo. Prisão temporária, In: MALAN, Diogo, MIRZA, Flávio (Coords.). **Setenta anos do Código de Processo Penal brasileiro: Balanço e perspectivas de reforma**, pp. 73-109. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Já o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Decreto nº. 592/92), em seu artigo 14.1, dispõe que “*toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal **competente**, independente e imparcial, estabelecido por lei*” (grifamos). De modo semelhante, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto nº. 678/92) garante em seu artigo 8.1 que toda pessoa acusada tem direito “*a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal **competente**, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei*” (grifamos).

Os dispositivos constitucionais e convencionais em apreço consagram a garantia do Juiz Natural, magistralmente estudada por Gustavo Badaró.¹¹

Leciona esse festejado Professor da Universidade de São Paulo que a garantia em apreço protege o acusado de escolhas discricionárias do seu julgador, que sejam pautadas por critérios discriminatórios.

Em última análise, a garantia do Juiz Natural finca o seu fundamento axiológico no princípio constitucional da igualdade de tratamento perante a lei processual penal, sem distinções de qualquer natureza (CR, art. 5º, *caput*).

¹¹ BADARÓ, Gustavo. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Nesse sentido o Juiz Natural assegura a isonomia, ao proibir discriminações consistentes: (i) na instituição de *tribunais de exceção* para julgar determinados grupos sociais, étnicos ou políticos, sem as garantias mínimas do processo penal justo; (ii) na substituição casuística, norteadas por critérios de conveniência política, do Juiz pré-determinado por lei para julgar determinada causa criminal por outro.

Por conseguinte, as normas constitucionais e infraconstitucionais sobre competência devem estabelecer, com lastro em **parâmetros gerais, abstratos e impessoais**, o critério de fixação da competência, o grupo de causas criminais afeto a determinado órgão jurisdicional e o fator de coligação.

Qualquer possibilidade de escolha discricionária pela autoridade competente, após a consumação da infração penal, violará o núcleo essencial da garantia do Juiz Natural.¹²

Este Supremo Tribunal Federal vem considerando o Juiz Natural componente indissociável de qualquer noção civilizada de devido processo legal.¹³

¹² BADARÓ, Gustavo. *Idem*, pp. 124 e ss.

¹³ “O princípio da naturalidade do juízo representa uma das mais importantes matrizes político-ideológicas que conformam a própria atividade legislativa do Estado e que condicionam o desempenho, por parte do Poder Público, das funções de caráter penal-persecutório, notadamente quando exercidas em sede judicial. O postulado do juiz natural reveste-se, em sua projeção político-jurídica, de dupla função instrumental, pois, enquanto garantia indisponível, tem por titular qualquer pessoa exposta, em juízo criminal, à ação persecutória do Estado e, enquanto limitação insuperável, incide sobre os órgãos do poder incumbidos de promover, judicialmente, a repressão criminal. – É irrecusável, em nosso sistema de direito constitucional positivo – considerado o princípio do juiz natural –, que ninguém poderá ser privado de sua liberdade senão mediante julgamento pela autoridade judiciária competente. Nenhuma pessoa, em consequência, poderá ser subtraída ao seu juiz natural” (STF, 2ª Turma, HC 110.185-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 30.10.2014).

No caso concreto, como o paciente exerce mandato de Governador de Estado, é competente a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, I, *a* do texto magno e artigo 11, I do RISTJ).

Nada obstante, a prisão preventiva foi decretada monocraticamente por Ministro incompetente para tanto.

Compulsando os autos, verifica-se que a presente persecução penal foi desencadeada a partir do acordo de colaboração premiada firmado por **Carlos Emanuel de Carvalho Miranda** (doc. 02).

Diante disso entendeu-se – equivocadamente – pela prevenção do Ministro Felix Fischer, em virtude de suposta relação de conexão com o inquérito originário nº. 1.113-DF (2016/0157435-0) (doc. 03).

Não obstante, segundo o STF, a “*colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração de competência*”.¹⁴

Ademais disso, o paciente ora é investigado no âmbito de inquéritos originários anteriormente distribuídos a Ministros distintos.

¹⁴ STF, Pleno, INQ 4.130-PR QO, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 03.02.2016.

Dada sua relevância, cite-se o inquérito originário nº. 1.207-DF (2017/0230164-1), distribuído ao Ministro Luis Felipe Salomão, cujo objeto é a apuração de atos de *corrupção* relacionados a contratos administrativos do Estado do Rio de Janeiro. Ressalte-se que uma das linhas de investigação desse inquérito é justamente o suposto superfaturamento de obras públicas realizadas durante a gestão do paciente (doc. 04).

Ao requerer a instauração desse inquérito originário, o Ministério Público Federal assinalou que seu objeto são supostos repasses de valores em espécie ao paciente, arrecadados junto a empresas contratadas pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro.

Portanto, se não houver sobreposição parcial (*bis in idem*) dos respectivos objetos dos inquéritos originários nº. 1.207-DF (2017/0230164-1) e nº. 1.239-DF (2018/0119563-3), salta aos olhos a relação de *conexão processual* entre eles.

Nos autos do inquérito originário nº 1.207-DF (2017/0230164-1) o Ministério Público Federal assim se manifestou recentemente:

“Tem-se, portanto, o tracejamento de condutas que indicam, potencialmente, o cometimento do crime de lavagem, que, marcado pelo caráter permanente, ainda está em voga, visto que os recursos criminosos não foram repatriados, sendo desconhecido, até o momento, o fluxo tomado e seus potenciais beneficiários, dentre os quais está, em tese, o investigado LUIZ FERNANDO DE SOUZA. (...)

Postas tais premissas, evidencia-se latente a fortificação do esquema de corrupção investigado, que tem repercussão no atual mandato do Governador do Estado do Rio de Janeiro LUIZ FERNANDO DE SOUZA, não se aplicando, por conseguinte, qualquer tipo de mudança no foro por prerrogativa de função (...)" (doc. 05).

Diante do exposto, conclui-se que a competência para julgar o inquérito originário nº. 1.239-DF (2018/0119563-3) é do Ministro Luis Felipe Salomão, por força da prévia distribuição do inquérito originário nº. 1.207-DF (2017/0230164-1), nos termos do artigo 83 do Código de Processo Penal e artigo 71 do RISTJ.

Ante o exposto, é lícito concluir que a autoridade coatora usurpou competência alheia para julgar o paciente, violando a cláusula pétrea que proíbe a prisão cautelar decretada por autoridade judiciária incompetente (artigo 5º, LXI do texto magno).

6. Da ilegalidade da prisão preventiva (II): Insofismável motivação deficiente do decreto prisional

Nos itens 14 a 62, o decreto prisional em liça aduz, em apertada síntese, que o paciente supostamente integraria *organização criminosa* chefiada pelo ex-Governador Sérgio Cabral, cujas atividades ilícitas – consistentes na cobrança de propinas correspondentes a 5% dos valores de contratos de obras públicas de construção civil, manutenção clandestina desses valores no exterior etc. – prosseguiriam até a presente data.

O pretexto invocado para decretar a prisão preventiva do paciente foi a necessidade de *garantia da ordem pública*, adensada no caso concreto pela “*probabilidade de reiteração e persistência na prática de atividades ilícitas, sobejamente evidenciados pela medida cautelar em mesa*” (item 92 do decreto prisional), somada à estabilidade e permanência da *organização criminosa* desde 2007 (item 93 do decreto prisional) e à gravidade concreta das condutas apuradas (artigo 111 do decreto prisional).

Não obstante, essa motivação é deficiente, **violando** o núcleo essencial da cláusula da motivação das decisões judiciais (artigo 93, IX do texto magno).

Em se tratando de garantia constitucional, sua violação inexoravelmente enseja nulidade **absoluta** do decreto prisional.

Não há como se cogitar de “*nulidade relativa*” ou de “*mera irregularidade*”, em razão da dimensão de **garantia** que tem o preceito constitucional mencionado, por interessar à ordem pública e à boa condução do processo.¹⁵

¹⁵ “*Não se pode sequer imaginar que o ato processual que infrinja uma norma ou um princípio constitucional seja simplesmente eivado do vício de irregularidade sem consequências. Nem se pode imaginar que o vício do ato processual que infrinja a garantia constitucional leve simplesmente a uma nulidade relativa. Exatamente na medida em que os princípios e as normas constitucionais relevantes para o processo têm dimensão de garantia, uma dimensão que interessa à ordem pública e à boa condução do processo, a contrariedade a essas normas constitucionais, de relevância processual, acarreta sempre a ineficácia do ato processual, seja por nulidade absoluta, seja pela própria inexistência*” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O sistema de nulidades processuais e a Constituição, **In: O processo em evolução**, pp. 35-44. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998).

De início, a afirmação de que o paciente “*veio a suceder SÉRGIO CABRAL na liderança da Organização Criminosa por ambos integrada*” (item 08 do decreto prisional) rompe com natureza subjetiva, personalíssima e intransferível da responsabilidade penal, decorrente do *princípio da culpabilidade (nullum crimen sine culpa)*.¹⁶

De fato, o decreto prisional criou esdrúxulo paradigma de *responsabilidade penal por sucessão política*, baseado no fato – público e notório – de que o paciente foi sucessor de Sérgio Cabral como Governador do Estado do Rio de Janeiro, em abril de 2014.

Não obstante, tal fato obviamente não autoriza a **ilação** de que sucessão na Chefia do Poder Executivo fluminense supostamente seria também sucessão na liderança de *organização criminosa*.

Nessa toada, não é verdade que o paciente teria dado continuidade aos crimes praticados pela *organização criminosa* liderada por Sérgio Cabral, nem teria desenvolvido suposto “*esquema autônomo de corrupção*”.

Aliás, o decreto prisional não logrou apontar um **único** indício de que o paciente pessoalmente solicitou vantagens indevidas a quem quer que fosse.

¹⁶ MANTOVANI, Ferrando. **Principi di diritto penale**, pp. 138-140. Padova: CEDAM, 2002. Entre nós, ver: CERNICCHIARO, Luiz Vicente, COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na Constituição**, pp. 89 e ss. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Tampouco é verossímil a narrativa do decreto prisional: se o paciente tivesse recebido valor astronômico (R\$ 39 milhões) a título de propina (item 07 do decreto prisional), no mínimo se esperaria alguma explicação plausível sobre a destinação dessa fábula. Não obstante, o próprio ato coator reconhece que tais valores possuem “*destinação até hoje totalmente ignorada*” (item 98 do decreto prisional).

Essa total ignorância sobre a destinação da suposta propina necessariamente leva à conclusão de que são **inverossímeis** as versões dos colaboradores premiados: quem supostamente recebe R\$ 39 milhões a título de propina precisa dar alguma destinação a esses valores. É intuitivo.

Com a devida vênia, no que concerne à alegada movimentação financeira do paciente, a investigação foi de tal ordem **açodada**, para dizer o mínimo, que nem sequer apurou a verdadeira conta corrente movimentada por ele. Com efeito, segundo os investigadores da Polícia Federal:

“Foi feita a análise da movimentação bancária das contas pessoais do Pezão, e as movimentações dele são extremamente modestas. Poucos saques de conta corrente. Isso chamou muito a atenção da investigação. É natural que se faça saque das contas correntes. E ele não faz saques. Ou ele deve ter muito dinheiro em espécie guardado ou deve utilizar contas de terceiros. Desconfiamos que ele pode estar

*usando laranjas para fazer movimentações bancárias - avaliou Bessa.”*¹⁷

Como não foi feita corretamente, a investigação policial focou em conta corrente **inativa** do paciente – que, por óbvio, não possui movimentação. Logo, a conclusão de que o paciente “(...) *deve ter muito dinheiro em espécie guardado ou deve utilizar contas de terceiros*” é absolutamente **equivocada**.

Conforme o paciente esclareceu em sede policial no dia da sua prisão (doc. 06), sua conta corrente verdadeira (ativa) possui movimentação absolutamente normal e compatível com seus rendimentos e os de sua esposa, *in verbis*:

“(...) QUE relata que há uma semana recebeu dois cartões magnéticos do Banco Bradesco – São Paulo, referente a uma possível conta antiga, agência XXXX, conta corrente XXXXXXXX-X, ainda no Banco BCN que posteriormente foi adquirido pelo Banco Bradesco; QUE desde o final de 2011 utiliza a conta do Bradesco – Rio, agência XXXX, conta corrente XXXXXXXX-X; QUE também possui conta ativa, sem movimentação, no Banco Bradesco, agência Rua Acre XXXX, conta corrente XXXXXXXX-X; QUE tem certeza que a informação obtida nos autos se refere à antiga conta do Bradesco e não se refere a conta que utiliza rotineiramente;”.

¹⁷ Entrevista concedida pelo Delegado de Polícia Federal Alexandre Camões Bessa. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/policia-federal-acredita-que-peza-tenha-movimentado-dinheiro-vivo-para-manter-esquema-de-corrupcao-1-23268463>>. Acesso em: 03.12.2018.

Quantos aos proventos que sua esposa recebe, o paciente esclareceu:

“(…) QUE sua esposa MARIA LÚCIA CAUTIERO HORTA JARDIM é funcionária pública aposentada da Prefeitura de Piraí e percebe aproximadamente entre R\$ 9.000,00/R\$ 10.000,00; QUE o declarante custeia todas as despesas pessoais com vestuário e alimentação com recursos próprios e de sua esposa;”.

Ou seja, bastaria uma investigação policial menos açodada para se concluir que os extratos da conta corrente verdadeira (ativa) do paciente revelam saques rotineiros e movimentações perfeitamente compatíveis com seus rendimentos familiares (doc. 07).

Outro pretexto invocado pelo item 97 do decreto prisional é conversa telefônica do paciente que, supostamente, comprovaria a permanência do seu vínculo com a *organização criminosa*.

Essa conversa telefônica verte sobre fato público e notório ocorrido na mesma data (24.07.2018) e amplamente divulgado pela mídia: durante inspeção ministerial de rotina na Cadeia Pública Pedrolino Werling de Oliveira (*Bangu 8*) houve desentendimento entre o ex-Governador Sérgio Cabral e determinado Promotor de Justiça, o qual decidiu determinar seu recolhimento em cela solitária. ¹⁸

¹⁸ Juiz aponta abuso do MP e cancela ida de Sérgio Cabral para solitária, **In: Consultor Jurídico**, 25.07.2018. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em 03.12.2018.

Tal decisão veio a ser considerada **ilegal** pela Vara de Execuções Penais (VEP) do Rio de Janeiro/RJ, que **revogou** tal ordem, determinando o retorno do ex-Governador Sérgio Cabral à sua cela de origem, além de declarar **nulo** o procedimento disciplinar instaurado contra ele em decorrência desse entrevero (doc. 08).

Assim, a conversa do paciente sobre esse fatídico episódio não tem absolutamente **nenhuma** conotação ilícita, tendo ele se limitado a afirmar que iria apurar o ocorrido.

Aliás, nessa época a administração penitenciária do Estado do Rio de Janeiro nem sequer estava sujeita à ingerência do paciente, em razão da intervenção federal na segurança pública fluminense (Decreto nº. 9.288/18).

Em suma: o ato coator está fundamentado de forma deficiente, limitando-se a tecer ilações, suposições e conjecturas sobre a suposta necessidade da prisão preventiva do paciente para *garantia da ordem pública*, motivo pelo qual ele se reveste de clamorosa **ilegalidade**.

Nessa toada soa a jurisprudência desta Suprema Corte:

“A PRISÃO CAUTELAR NÃO PODE APOIAR-SE EM JUÍZOS MERAMENTE CONJECTURAIIS. A mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa. A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a

necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá delinquir, ou interferir na instrução probatória, ou evadir-se do distrito da culpa, ou, então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira. Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DA PRISÃO CAUTELAR DA PACIENTE. Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva”.¹⁹

Por fim, a autoridade coatora acena com suposta “produção e apresentação de documentos falsos para ludibriar as autoridades” como pretexto para a negativa de aplicação ao paciente de medidas cautelares alternativas à prisão (item 112 do decreto prisional).

¹⁹ STF, 2ª Turma, HC 115.613-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 13.08.2014.

Todavia, trata-se de acusação genérica e vazia, pois sem que se aponte quais teriam sido os documentos supostamente falsificados pelo paciente, a refutação dessa ilação é verdadeira *prova impossível (probatio diabolica)*.

7. Da ilegalidade da prisão preventiva (III): Evidente ausência dos pressupostos legais da medida

A suposta “prova” da autoria delitiva do paciente se circunscreve à chamada *corroboração cruzada* de declarações de colaboradores – especialmente de Carlos Miranda – e papeluchos produzidos por eles próprios, para viabilizar seus respectivos acordos de colaboração.

Nada obstante, a doutrina mais avisada leciona que não deve ser admitida a *corroboração cruzada*, isto é, a corroboração das declarações do colaborador premiado por outros elementos probatórios de **idêntica** natureza.²⁰

Segundo a jurisprudência desta Suprema Corte, essa prova, ainda que somada a documentos fabricados pelos próprios colaboradores, é insuficiente para sequer autorizar o recebimento de denúncia:

²⁰ Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo. O valor probatório da delação premiada: Sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº. 12.850/13, In: **Revista Consulex**, n. 443, pp. 26-29, fev. 2015.

*“Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação, o qual exige a presença do fumus commissi delicti. O fumus commissi delicti, que se funda em um juízo de probabilidade de condenação, traduz-se, em nosso ordenamento, na prova da existência do crime e na presença de indícios suficientes de autoria. Se “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13), é lícito concluir que essas declarações, por si sós, não autorizam a formulação de um juízo de probabilidade de condenação e, por via de consequência, não permitem um juízo positivo de admissibilidade da acusação. No caso concreto, faz-se referência a documentos produzidos pelos próprios colaboradores, a exemplo de anotações, registros em agenda eletrônica e planilhas de contabilidade informal. A jurisprudência da Corte é categórica em excluir do conceito de elementos de corroboração documentos elaborados unilateralmente pelo próprio colaborador. Precedentes”.*²¹

Assim, na hipótese vertente inexistente o substrato probatório mínimo (*fumus commissi delicti*) para justificar a prisão preventiva do paciente.

²¹ STF, 2ª Turma, INQ 4.074-DF, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 17.10.2018.

Como se não bastasse, a Defesa técnica protocolizou petição no Superior Tribunal de Justiça (doc. 09), na qual citou diversos colaboradores que isentaram, peremptoriamente, o paciente de qualquer conduta ilícita. Com efeito, à guisa de exemplo, Benedito Júnior e Leandro Azevedo, da Odebrecht, e Ricardo Saud, da JBS, declararam, sem titubear, que nunca trataram de questões financeiras com o paciente.

Destarte, tampouco se faz presente a necessidade cautelar (*periculum libertatis*) da sobredita medida extrema.

De início, o fundamento da *garantia da ordem pública* é muito criticado pela doutrina mais abalizada.²²

Com efeito, à míngua de qualquer conceito normativo acerca do que vem a ser “*ordem pública*”, o caráter ambíguo e vago dessa expressão – de inequívoca base ideológica nazifascista – se presta a toda sorte de **arbítrio** casuístico contra a liberdade individual.

A garantia da *legalidade processual*, vista na sua dimensão substancial, condiciona o próprio conteúdo semântico da norma que tipifica medida restritiva da liberdade, exigindo-lhe grau mínimo de objetividade e determinação. Ou seja: tal conteúdo deve descrever, com clareza, todas as hipóteses fáticas específicas de cabimento da medida restritiva ao direito de liberdade.²³

²² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**, pp. 66 e ss. São Paulo: Saraiva, 1991; LOPES JÚNIOR, Aury, ROSA, Alexandre Morais da. Crise de identidade da “*ordem pública*” como fundamento da prisão preventiva, **In: Consultor Jurídico**, 06.02.2015. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em 03.12.2018.

²³ SANGUINÉ, Odone. **Prisión provisional y derechos fundamentales**, p. 351. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

A esse respeito, é de clareza solar o artigo 7.2 da CADH (Decreto nº. 678/92): “*Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas*” (grifamos).

O fundamento da *garantia da ordem pública*, portanto, viola a cláusula da **legalidade processual**, notadamente seu consectário lógico da taxatividade da norma que tipifica medida restritiva à liberdade (*nulla coatio sine lege certa*).

Ademais disso, a ilação do decreto prisional sobre a “*probabilidade de reiteração e persistência na prática de atividades ilícitas, sobejamente evidenciados pela medida cautelar em mesa*” (item 92 do decreto prisional) possui apelo **retórico**.

Com efeito, inexistente qualquer risco de suposta reiteração criminosa, pois: (i) o paciente foi preso em 29.11.2018, faltando um mês para o término de seu mandato de Governador do Estado do Rio de Janeiro; (ii) as pessoas citadas no bojo do decreto prisional (v.g. Sérgio Cabral, Hudson Braga, José Iran Peixoto Júnior, Affonso Henriques Monnerat Alves da Cruz, José Carlos Vida Barroso etc.) estão quase todas **presas e afastadas** das funções públicas.

Ademais disso, tampouco se faz presente o requisito legal da **contemporaneidade** da prisão, na hipótese vertente.

Leciona Mauricio Zanoide Moraes que o fundamento da *garantia da ordem pública* deve ser reinterpretado à luz de relação inversa de proporcionalidade entre a prisão preventiva e o tempo: quanto maior for o lapso temporal desde a consumação do crime, maior será a **desproporcionalidade** da prisão preventiva.²⁴

Veja-se a jurisprudência desta Suprema Corte:

*“No caso sub judice o fundamento da manutenção da custódia cautelar exclusivamente na preservação da ordem pública mostra-se frágil, porquanto, de acordo com o que se colhe nos autos, a alegada conduta criminosa ocorreu entre o início de 2009 e 15.07.2013, havendo, portanto, um lapso temporal de mais de 3 anos entre a data da última prática criminosa e o encarceramento do paciente, tudo a indicar a ausência de contemporaneidade entre os fatos a ele imputados e a data em que foi decretada a sua prisão preventiva”.*²⁵

Não obstante, o decreto prisional faz referência a fatos longínquos, alguns deles ocorridos há mais de 10 anos (v.g. item 57 do decreto prisional etc.).

Outro aspecto relevante é o *desvio de finalidade* da prisão preventiva do paciente.

²⁴ MORAES, Mauricio Zanoide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**, pp. 390 e ss. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²⁵ STF, 2ª Turma, HC 138.850-PR, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 09.03.2018.

Isso porque a autoridade coatora se permitiu fazer ilações sobre suposta “*ocultação de vultosa quantia em espécie e com destinação até hoje ignorada*”, consignando que o paciente poderia “*dispor e dissipar o dinheiro público desviado das mais diversas formas*” (item 98 do decreto prisional).

Assim, o ato coator **inovou** no ordenamento jurídico, ao criar modalidade de prisão preventiva destinada à localização de valores e à prevenção da sua livre disposição e dissipação.

Nada obstante, o ordenamento jurídico já prevê medidas assecuratórias para assegurar os efeitos patrimoniais da futura sentença penal condenatória (v.g. sequestro, arresto etc.), dentre as quais **não** se inclui a prisão preventiva.

Essa nova modalidade (*prisão preventiva para assegurar a devolução do dinheiro desviado*) tanto não tem previsão legal que foi incluída nas *10 Medidas contra a Corrupção* do Ministério Público Federal e rejeitada pelo Congresso Nacional.

Entretanto, esta Colenda Corte já decidiu o seguinte:

“A prisão preventiva não pode ser utilizada como instrumento para compelir o imputado a restituir valores ilicitamente auferidos ou a reparar o dano, o que deve ser objeto de outras medidas cautelares de natureza real, como o sequestro ou arresto de bens e valores que constituam produto do crime ou proveito auferido com sua prática. A prisão preventiva para a garantia da ordem pública seria

*cabível, em tese, caso houvesse demonstração de que o reclamante estaria transferindo recursos para o exterior, conduta que implicaria a existência de risco concreto da prática de novos crimes de lavagem de ativos. Disso, todavia, não há notícia.”*²⁶

Noutro giro, o paciente é cidadão contribuinte primário e de impecáveis antecedentes pessoais e funcionais ao longo de seus 36 anos de carreira pública, tratando-se de pessoa de padrão de vida modesto, cujo passatempo preferido é prosear com conterrâneos no Rei do Torresmo, bar situado na sua cidade natal de Piráí/RJ.

O paciente não possui evolução patrimonial a descoberto, conforme demonstra a maioria de suas últimas declarações de imposto de renda (doc. 10). E, sua situação fiscal é absolutamente regular (doc. 11).

O paciente inclusive já teve a sua vida amplamente devassada nos autos do inquérito originário nº. 1.005-DF (2014/0173161-7), cujo objeto era a apuração de crimes licitatórios e de *peculato*, que veio a ser **arquivado** pelo Superior Tribunal de Justiça (doc. 12).

De modo semelhante, o Superior Tribunal de Justiça **arquivou** o inquérito originário nº. 1.040-DF (2015/0006612-0), cujo objeto era o suposto recebimento pelo paciente de vantagens ilícitas

²⁶ STF, 2ª Turma, RCL 24.506-SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 06.09.2018.

das empreiteiras responsáveis pela execução das obras do Complexo Petroquímico do Rio (Comperj) (doc. 13).

Ao que tudo indica, a prisão do paciente – Governador de Estado eleito, a um mês do término do seu mandato – não serve a **nenhuma** finalidade processual legítima, possuindo lamentável dimensão simbólica e midiática.

Assim, é lícito concluir que inexistente qualquer fato concreto a indicar a **necessidade** cautelar (*periculum libertatis*) da prisão preventiva do paciente.

Por derradeiro, durante as buscas e apreensões realizadas no dia 29.11.2018, durante a deflagração da fase ostensiva da *Operação Boca do Lobo*, não havia nenhuma quantia (em moeda nacional ou estrangeira) em espécie, nem joias, relógios caros, obras de arte ou veículos de luxo na residência oficial (Palácio Laranjeiras), na sede do Governo do Estado do Rio de Janeiro (Palácio Guanabara), nem na residência do paciente em sua cidade de origem (Piraí/RJ) – o que reforça o cariz **inverossímil** das declarações dos colaboradores premiados.

8. Da conclusão e do pedido

Ante todo o exposto, infere-se que há manifesto constrangimento ilegal da liberdade ambulatoria do paciente, por pelo menos 3 fundamentos jurídicos distintos:

(i) Ilegalidade da prisão preventiva pela **incompetência** da autoridade coatora (Ministro Felix Fischer) face à prevenção do Ministro Luis Felipe Salomão, da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, decorrente da prévia distribuição do inquérito originário nº. 1.207-DF (2017/0230164-1), cujo objeto são fatos **conexos** àqueles apurados no inquérito originário nº. 1.239-DF (2018/0119563-3);

(ii) Ilegalidade da prisão preventiva pela **motivação deficiente** do decreto prisional, que se limita a tecer ilações, suposições e conjecturas sobre a suposta necessidade da prisão preventiva do paciente para *garantia da ordem pública*, que violam o artigo 93, IX do texto magno e o artigo 315 do Estatuto Processual Penal;

(iii) Ilegalidade da prisão preventiva pela **ausência dos seus pressupostos legais**, à míngua de suporte probatório mínimo (*fumus commissi delicti*) e de necessidade cautelar da medida (*periculum libertatis*) na hipótese vertente.

Com efeito, resta cristalino na hipótese em exame o *fumus boni iuris*, a ser extraído dos fatos e fundamentos jurídicos desta peça inaugural, ancorados na jurisprudência deste STF e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e na doutrina mais autorizada.

De igual modo, presente se encontra o *periculum in mora*, na medida em que o paciente teve seu mandato de Governador do Estado do Rio de Janeiro precocemente cassado e ora está encarcerado no Batalhão Especial Prisional (BEP) da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, desde 29.11.2018.

Presentes, de conseguinte, as condições e requisitos legais autorizadores da concessão de medida liminar, requer-se seja a mesma deferida, determinando-se a revogação da custódia cautelar do paciente.

No mérito, requer-se sejam colhidas informações do órgão coator e, após parecer da Procuradoria-Geral da República, seja concedida a ordem no mérito para fins de **revogação** da prisão preventiva do paciente, ante sua ilegalidade e desnecessidade.

Subsidiariamente, requer-se seja parcialmente concedida a ordem para fins de substituição da prisão preventiva do paciente por medidas cautelares alternativas.

E. deferimento.

Do Rio de Janeiro/RJ para Brasília/DF, 03 de dezembro de 2018.

Flávio Mirza
OAB/RJ n.º 104.104
OAB/DF n.º 57.306

André Mirza
OAB/RJ n.º 155.273
OAB/DF n.º 55.698

Diogo Malan
OAB/RJ n.º 98.788
OAB/DF n.º 57.228

Amanda Estefan
OAB/RJ n.º 198.053
OAB/DF n.º 57.222

Documentos:

01. Decisão monocrática que decretou a prisão do paciente (**ato coator**);
02. Ofício de encaminhamento do acordo de colaboração premiada de Carlos Miranda;
03. Decisão que reconheceu prevenção do Ministro Felix Fischer, em virtude de suposta *conexão* com o inquérito originário nº. 1.113-DF (2016/0157435-0);
04. Pedido de instauração do inquérito originário nº. 1.207-DF (2017/0230164-1);
05. Manifestação do MPF no inquérito originário nº. 1.207-DF (2017/0230164-1);
06. Termo de declarações do paciente em sede policial;
07. Extratos da conta corrente verdadeira (ativa) do paciente;
08. Decisão da Vara de Execução Penal da Comarca do Rio de Janeiro/RJ;
09. Petição protocolizada pelo paciente nos autos da notícia de fato n.º 1.00.000.007692/2017-18 (inquérito originário nº. 1.005-DF) e, posteriormente, nos autos do inquérito originário nº. 1.207-DF (2017/0230164-1);
10. Declarações de imposto de renda;
11. Certidão fiscal negativa;
12. Decisão de arquivamento do inquérito originário nº. 1.005-DF (2014/0173161-7);
13. Decisão de arquivamento do inquérito originário nº. 1.040-DF (2015/0006612-0);
14. Inteiro teor do inquérito originário nº. 1.239-DF (2018/0119563-3).