

## HABEAS CORPUS 143.333 PARANÁ

**RELATOR** : MIN. EDSON FACHIN  
**PACTE.(S)** : ANTONIO PALOCCI FILHO  
**IMPTE.(S)** : ALESSANDRO SILVERIO E OUTRO(A/S)  
**COATOR(A/S)(ES)** : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### VOTO

#### O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A defesa de **Antonio Palocci Filho** impetrou este **habeas corpus**, com pedido de liminar, contra acórdão mediante o qual o Superior Tribunal de Justiça não conheceu do HC nº 387.557/PR.

A ementa foi lavrada nos seguintes termos:

“OPERAÇÃO LAVA-JATO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL E POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA NA INSTÂNCIA INFERIOR, SENDO MANTIDA A PRISÃO. IMPETRAÇÃO DE NOVO HABEAS CORPUS, EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL (ART. 105, II, ‘a’, da CF), PARA SE RECONHECER O DIREITO DO PACIENTE EM RESPONDER AO PROCESSO EM LIBERDADE, COM FUNDAMENTO NA INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA E NA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A PRISÃO PREVENTIVA. NÃO CABIMENTO. INEXISTÊNCIA, NO MAIS, DE ILEGALIDADE MANIFESTA A JUSTIFICAR A CONCESSÃO DE OFÍCIO DA ORDEM (§ 2º DO ART. 654 DO CPP). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA.

I - Sedimentou-se o entendimento no sentido de não se admitir a impetração de Habeas Corpus em substituição ao recurso previsto em lei, prestigiando-se, assim, o sistema

recursal vigente e a própria eficiência da prestação jurisdicional, que fica prejudicada com o uso desmedido e abusivo de Habeas Corpus impetrado em substituição ao recurso cabível.

II - Estando a prisão preventiva devidamente fundamentada, não resta caracterizado flagrante constrangimento ilegal hábil a justificar a atuação, de ofício, deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de conceder a ordem (§ 2º do art. 654 do CPP).

III - Havendo fundamentação concreta quanto à prova da materialidade dos crimes e aos indícios de autoria, não há que se falar em falta de justa causa para a ação penal, pois foram mencionados os elementos probatórios mínimos a indicar a materialidade e a autoria das infrações penais.

IV - A necessidade de debelar a corrupção sistêmica; a dimensão social dos crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro, com nefastos efeitos à sociedade; o caráter serial dos crimes (praticados por vários anos, de maneira reiterada, profissional e sofisticada - com uso de contas secretas no exterior); e a necessidade de prevenir a participação do Paciente em outros esquemas criminosos, em novos crimes de lavagem de dinheiro e, ainda, para prevenir possível recebimento de saldo de propina pendente de pagamento, são fundamentos concretos a justificar a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública.

V - Havendo indícios da existência de contas secretas no exterior, cujas quantias ainda não foram rastreadas nem sequestradas, e receio de que, estando em liberdade, o Paciente possa dissimular, desviar ou ocultar a origem de tais quantias, justifica-se o decreto de prisão preventiva, pois tal possibilidade impede o sequestro e prejudica, assim, a aplicação da lei penal.

VI - A suspeita, baseada em elementos concretos e devidamente mencionados na respectiva decisão judicial, de que equipamentos de informática foram retirados da empresa do Paciente com a finalidade de dificultar a investigação, justifica a decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução processual.

VII - Habeas Corpus não conhecido, ficando mantida a prisão preventiva decretada.”

Foi contra essa decisão que se insurgiu a defesa do paciente, alegando, consoante se verifica na bem abalizada síntese do eminente Relator, as seguintes teses:

“i) é cabível *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, razão pela qual a impetração deve ser admitida;

ii) não se fazem presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva;

iii) o paciente *nega, veemente e peremptoriamente, ser o tal ‘Italiano’*. Além disso, o paciente *‘votou contrariamente à aprovação da indigitada Medida Provisória n.º. 460’*. Em relação à suposta lavagem de dinheiro, os próprios colaboradores *‘JOÃO SANTANA e MONICA MOURA asseguraram que o Paciente jamais tomou parte na operacionalização ou efetivação dos pagamentos que a eles se faziam por serviços de campanha eleitoral’*.

Em suma, na perspectiva da defesa, inexistiria demonstração do *fumus comissi delicti*, cenário que impediria, ainda na visão da defesa, a imposição de prisão processual. Arremata a defesa, em relação a este aspecto:

*‘Se indícios de sua participação nos fatos, artificialmente criados havia, foram eles infirmados, por completo, pela própria prova acusatória, notoriamente decrescente na instrução judicial!’*

*E assistir aos vídeos gravados durante as audiências e se convencer!’*

iv) não procedem as afirmações tecidas em primeiro grau em relação à dissipação de provas (suposta ausência de equipamentos na ocasião de cumprimento de mandado de busca e apreensão);

v) as investigações *‘não apontam um único indício de que o Paciente mantenha contas ou valores no exterior’*;

vi) sob a ótica da aplicação da lei penal, o objetivo de sequestro e confisco de valores não se enquadra na destinação normativa da prisão preventiva;

vii) a alegada necessidade de impedir o recebimento do saldo das supostas vantagens indevidas não se coloca, tendo em vista que Marcelo Bahia Odebrecht, apontado como corruptor, encontra-se preso preventivamente;

viii) além disso, a partir de 2011, *'o interlocutor do Partido dos Trabalhadores com a Odebrecht teria passado a ser - verdadeiros fossem os fatos -outra pessoa, que não o Paciente'*;

ix) *'a prisão de BRANISLAV KONTIC, decretada nas mesmas circunstâncias e pelos mesmos fundamentos, foi revogada pela Corte Regional'*;

x) há excesso de prazo na formação da culpa."

O Ministério Público Federal, em parecer ofertado pelo então Procurador-Geral da República, **Rodrigo Janot**, manifestou-se pela denegação da ordem.

Em seu douto voto, o eminente Relator enfrenta as teses trazidas à Corte para discussão, propondo, no entanto, o não conhecimento desta impetração, do que, com a **devida vênia**, ousou divergir, pelas razões que passo a expor.

#### I. QUESTÕES OBSTATIVAS AO CONHECIMENTO DO WRIT.

Como visto, o Superior Tribunal de Justiça não conheceu da impetração do paciente por ter sido ela manejada como substitutivo de recurso cabível.

Em tese, essa decisão obstaría a análise **per saltum** das questões trazidas à apreciação deste Supremo Tribunal. Porém, para justificar que o caso não comportaria uma ordem de ofício, a Quinta Turma daquela Corte de Justiça acabou por analisar o mérito daquele **habeas corpus**.

Assim, a análise das questões diretamente pela Corte não caracterizariam supressão de instância.

No que se refere ao cabimento de **habeas corpus** impetrado contra

decisão denegatória proferida por tribunal superior em **habeas corpus**, anoto que, a partir de decisão tomada na sessão extraordinária de 7/8/12, assentou-se na Primeira Turma, quando do julgamento do HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, a inadmissibilidade do **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional prescrito no art. 102, inciso II, alínea a, da Carta da República.

Segundo aquele dispositivo constitucional, compete a este Supremo Tribunal julgar, em recurso ordinário, “o **habeas corpus**, o mandado de segurança, o **habeas data** e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão”.

Conforme então consignado pelo eminente Relator,

“o **habeas corpus** substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea a, e 105, inciso II, alínea a, tem-se a previsão do recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por Tribunal Superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça contra ato de Tribunal Regional Federal e de Tribunal de Justiça” (HC nº 108.715/RJ).

Não posso, contudo, omitir que Sua Excelência, o Ministro **Marco Aurélio**, posteriormente, alterou, parcialmente, seu entendimento, passando a admitir o **writ** substitutivo, desde que atingido na via direta o direito de liberdade de locomoção do paciente, o que é o caso.

Nesse sentido, destaco o seguinte precedente:

“**HABEAS CORPUS – SUBSTITUTIVO DO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL – LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO ATINGIDA NA VIA DIRETA – ADEQUAÇÃO**. Sendo objeto do **habeas corpus** a preservação da liberdade de ir

e vir atingida diretamente, porque expedido mandado de prisão ou porquanto, com maior razão, esta já ocorreu, mostra-se adequada a impetração, dando-se alcance maior à garantia versada no artigo 5º, inciso LXVIII, da Carta de 1988. Evolução em óptica linear assentada anteriormente. Entendimento vencido do relator. (...)” (HC nº 116.022/SP, Primeira Turma, da relatoria do Ministro **Marco Aurélio**, DJe de 1º/8/13).

Esse, aliás, também tem sido o posicionamento adotado pela Segunda Turma deste Supremo Tribunal:

“**HABEAS CORPUS**. CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DO ACÓRDÃO IMPETRADO: AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO DO PEDIDO E A DA DECISÃO. IMPETRAÇÃO DE **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ADMISSIBILIDADE. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Não entendendo o Superior Tribunal de Justiça pela possibilidade de conhecimento de **habeas corpus**, prejudicada a apreciação das alegações de fundo do Impetrante, não havendo que se falar em nulidade do acórdão impetrado pela ausência de correlação entre a fundamentação do pedido e a do acórdão impetrado. 2. O eventual cabimento de recurso não constitui óbice à impetração de **habeas corpus**, desde que o objeto esteja direta e imediatamente ligado à liberdade de locomoção física do Paciente. Precedentes. 3. Ordem concedida, de ofício, para determinar à Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que examine o mérito do **Habeas Corpus** n. 139.346” (HC nº 112.836/SE, Segunda Turma, da relatoria da Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 15/8/13);

“**Habeas corpus**. 2. Writ substitutivo de recurso ordinário em **habeas corpus**. Conhecimento do remédio heroico em razão da possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício. Preliminar de não cabimento superada. 3. O acórdão

impugnado denegou a ordem de **habeas corpus** que objetivava desconstituir decisão condenatória, nos termos da revisão criminal proposta no Tribunal **a quo**. 4. A jurisprudência do STF aceita a confissão extrajudicial quando corroborada por outros meios de provas, admitindo, também, o testemunho de policiais na fase judicial. 5. Ordem denegada” (HC nº 116.437/SC, Segunda Turma, da relatoria do Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 19/6/13).

Ocorre que, enquanto integrava a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sistematicamente, adotava a orientação por ela fixada a partir do julgamento do HC nº 109.956/PR de não mais se admitir o **habeas corpus** que tivesse por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional previsto no art. 102, inciso II, alínea a, da Constituição Federal.

De todo modo, sempre ressalvei meu entendimento pessoal favorável ao cabimento da impetração em hipóteses como essa (HC nº 113.198/PI, Tribunal Pleno, de **minha relatoria**, julgado em 19/12/13), em harmonia com o posicionamento adotado pela não menos ilustre Segunda Turma desta Corte, que passei a integrar.

Entretanto, diante da submissão da questão novamente ao Tribunal Pleno, penso seja a oportunidade de reiterar meu ponto de vista, para que o tema possa ser sedimentado no âmbito do Plenário.

Como já destaquei em outras oportunidades nesta Casa (*v.g.* HC nº 113.198/PI, Pleno, de **minha relatoria**, DJe de 6/10/14), o **habeas corpus**, instituto constitucionalmente destacado em nossa Carta Maior, tem seu berço no direito anglo-saxão, embora, como destacado por PLÁCIDO e SILVA, suas raízes remontem à Roma antiga. **Vide:**

“(…) [P]ropriamente deriva o instituto do Direito Romano, onde já todo cidadão poderia reclamar a exibição do homem livre que era retirado ilegalmente, por meio de uma ação privilegiada, a que se chamava **interdictum de libero homine exhibendo**” (**Vocabulário jurídico**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1975. v. II, p. 753).

Destaca **José Ernani de Carvalho Pacheco (Habeas Corpus – prática, processo e jurisprudência. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 15-22)**, o seguinte histórico dessa nobre ação mandamental:

“(…)

Reinava na Inglaterra, no ano de 1215, o Rei João, que passaria para a História com o cognome de ‘Sem Terra’, sucessor de Ricardo Coração de Leão. Fora este monarca um dos mais queridos de seu povo, mas seu irmão e sucessor mostrou-se arbitrário e incompetente no reger os destinos do país, o que ocasionou uma grande reação dos nobres que viam ameaçados os seus direitos, devido ao despotismo do soberano.

Assim é que a 24 de maio de 1215, não só pelas razões referidas, como também por outras, de ordem interna, os barões feudais, chefiados por Robert Fritz-Gautiel, entraram em Londres à frente do chamado Exército de Deus e compeliram o monarca a assinar, no dia 19 de junho do mesmo ano, no campo de Runnymead, uma carta de liberdade que se chamaria **Carta Magna**.

O que não deixa dúvidas ao estudioso do direito inglês, afirma PONTES DE MIRANDA, *‘é que a carta de 1215 foi a pedra inicial do novo estado de coisas, para a Inglaterra, para as nações filhas e para o homem’*. E, citando a clássica sentença de Lord CHATHAN: *‘Esse bárbaro latim dos ‘barões de ferro’ — referindo-se ao latim rude com que foi escrita a carta - valia muito bem todos os clássicos’* (História e prática do habeas corpus. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 13-17, v. I).

Efetivamente, significava a Carta uma grande conquista. Por ela confirmavam-se antigas leis, principalmente de Eduardo, o Confessor, e Henrique I e, dentre outras garantias individuais, ficava estabelecido *que ninguém poderia sofrer prisão injusta* e que as pessoas livres só seriam julgadas por seus pares.

Em 1216, morre João Sem Terra e sobe ao trono Henrique III, aos nove anos de idade, que em 12 de novembro do mesmo ano confirma a Carta em concílio nacional, com algumas



modificações não substanciais.

Logo que Henrique III passou a governar sozinho, devido à sua pouca idade e absoluto despreparo para o trono, voltou a descontentar os barões que, anteriormente, haviam se revoltado contra seu pai.

Após uma guerra perdida contra Luiz IX de França, grande alta de impostos e muitas arbitrariedades do Rei, os barões, novamente, sublevaram-se e, num concílio em Westminster, no ano de 1255, foi a Carta, pela segunda vez, confirmada pelo monarca.

Mas as medidas arbitrárias não cessaram e novas lutas ocorreram até que, em 5 de novembro de 1298, Eduardo I, o rei de então; foi forçado pelo Parlamento a ratificar a Carta, ficando esclarecido que a mesma seria mantida sem modificações e que seria publicada, juntamente com outra, denominada *Carta da Floresta*, a fim de que os juízes e oficiais, executores da lei no reino, aplicassem-nas em suas decisões. Ficava também estabelecido que todos os julgamentos proferidos no futuro, contrariando as ditas Cartas, seriam nulos, ficando, ainda, ameaçado de excomunhão quem por palavras, ações ou conselhos se manifestasse contrário ou violasse as mesmas.

Como se nota, a Carta Magna foi obtida visando a proteger os barões contra o despotismo do Rei; mas, com a evolução do tempo, acabou sendo incorporada ao patrimônio de conquistas comuns do povo, no sentido de garantir a cada cidadão a sua liberdade, inerente à condição de ser humano.

Consagrado pela prática, o instituto foi, finalmente, posto em execução com maior rigor e respeito, no dia 26 de maio de 1679, através do *Habeas Corpus Act*.

Posteriormente, um novo ato, no reinado de Jorge III, veio [a] complementar o de 1679, ficando estabelecido que o cidadão inglês, preso por delito que não constituísse traição ou rebelião, poderia pedir, por si ou por outrem, uma ordem de *habeas corpus*.

Tão engajado na alma jurídica britânica ficou o instituto, a partir de então, que até mesmo Napoleão Bonaparte foi

paciente, ainda que sem o saber, de um pedido desta natureza, bem mais tarde, quando, após o malogro de Waterloo, seguia para a Ilha de Santa Helena. Tal fato pitoresco está narrado em Memórias da Vida, de José L. de CARVALHO, e recorda que a nau-prisão, levando o grande corso, fundeou na costa inglesa defronte a Portsmouth. Assim que ali chegou, instalou-se entre os britânicos grande curiosidade por ver o gigante tombado. Entre eles, um teve a idéia atrevida de fazê-lo desembarcar. Face ao extraordinário ato denominado *habeas corpus*, requereu ao magistrado, alegando ser-lhe necessária a presença de Napoleão como sua testemunha em processo que tramitava. O Juiz, não podendo, por força da lei, negar-lhe o pedido, concedeu-lhe, como requerido. Alertou, entretantes, ao governo, do sucedido e este não teve outro remédio senão avisar, pelo telégrafo, ao comandante do navio, solicitando-lhe que se pusesse ao largo, fora das águas territoriais inglesas e do alcance da ordem judicial.

*‘O habeas corpus nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio. Assinala o momento inicial do liberalismo, que as tendências do neoliberalismo acentuam. Os países civilizados adotam-no como regra, pois a ordem do habeas corpus significa em sua essência uma limitação às diversas formas de autoritarismo’* (FERREIRA. Pinto. **Teoria e prática do habeas corpus**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 13).

Do seu país de origem o *habeas corpus* passou para outros e, em nossa pátria foi introduzido, após a partida de D. João VI para Portugal, com expedição do Decreto de 23 de maio de 1821, referendado pelo Conde dos Arcos. Após considerar que *‘nem a Constituição da Monarquia Portuguesa, nem as ordenações expressas das Ordenações do Reino’* têm podido proteger a segurança das pessoas, decretou o que PONTES DE MIRANDA denominou de a *‘nossa Magna Carta, o primeiro grande marco histórico das nossas liberdades. Com o atraso de alguns séculos. Mas*

*era um Brasil que nascia e tem reagido como possível às violações dos textos constitucionais, que são devidas, quase sempre, a planos estrangeiros para se evitar que o Brasil cedo chegue à altura a que há de chegar'* (História e prática do **habeas corpus**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 177, v. I.).

Estabelecia aquele Decreto que, a partir de então, nenhuma pessoa livre no Brasil poderia ser presa sem ordem escrita do Juiz ou magistrado criminal do território, a não ser em caso de flagrante delito, quando qualquer do povo poderia prender o delinqüente; e que nenhum Juiz ou magistrado criminal poderia expedir ordem de prisão sem que houvesse culpa formada, por inquirição de três testemunhas e sem que o fato fosse declarado em lei como delito. Nota-se que o decreto do Conde dos Arcos já trazia em si a consagrada segurança do direito criminal, totalmente abordada na síntese latina: *Nullum crimen nulla poena sine praevia lege*.

Posteriormente, pela Constituição de 1824, ficou estabelecido que ninguém seria preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei; e, nestes dentro em 24 horas contadas da entrada na prisão, se em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do Juiz e, nos lugares remotos, dentro de um prazo razoável, determinado pela lei, atenta à extensão do território, o Juiz, por uma nota por ele assinada, faria constar ao réu o motivo da prisão, o nome do seu acusador e os das testemunhas, se houvesse (art. 179, VIII).

O ato de 1821 e a sua absorção pela Carta de 1824, foi um raio de luz no horizonte, institucional brasileiro, porquanto afastava do convívio jurídico as Ordenações Filipinas, - seu livro V, chamado pelos historiadores de 'catálogo de monstruosidades' - cuja '*caótica técnica legislativa (...) e a carência de coordenação das matérias disciplinadas tornam difícil uma abordagem interpretativa sistemática*' (MACHADO NETO, Zahidé. **Direito penal e estrutura social**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 33). Mais tarde ver-se-á, nas pugnas legislativas em torno do projeto ao Código Criminal de 1830, o temor que ainda despertava no ilustre parlamentar Bernardo de VASCONCELOS, idealizador

do projeto, a sombra tormentosa do 'Código bárbaro'.

O Código Criminal de 1830, embora ordenamento de direito material, merece ser lembrado, pois, estatuidando normas sancionadoras ao descumprimento da ordem de *habeas corpus*, impositivamente acolheu o instituto (arts. 183 e 184).

Mais tarde foi o instituto regulamentado pelo Código de Processo Criminal, de 24 de novembro de 1832, nos arts. 340. a 355. Estabelecia aquele código, ainda, que qualquer Juiz poderia passar uma ordem de *habeas corpus* de ofício, sempre que no curso do processo chegasse ao seu conhecimento *que* alguém estivesse detido ou preso.

Em 3 de dezembro de 1841, uma nova lei determinava que a competência para a concessão da ordem seria do Juiz superior ao que decretou a prisão, e, quatro décadas após, a Lei 2.033 estatuiu que o *habeas corpus* não era somente remédio contra o constrangimento já efetivado, mas também, contra aquele em vias de se concretizar. Era o aparecimento, entre nós, do *habeas corpus* preventivo. Esta mesma lei estendia aos estrangeiros a possibilidade de se beneficiarem com a ordem.

Com o advento da República, o Decreto de 11 de outubro de 1890 determinava que todo cidadão, nacional ou estrangeiro, poderia solicitar, para si ou para outrem, ordem de *habeas corpus*, sempre que ocorresse ou estivesse em vias de se consumir um constrangimento ilegal.

Na apresentação daquele Decreto, o então Min. Campos Salles escrevia:

*'O mesmo zelo pela liberdade individual presidiu às disposições relativas ao **habeas corpus**. As fórmulas mais singelas, mais prontas e de maior eficácia foram adotadas; e, como uma sólida garantia em favor daquele que sofre constrangimento, ficou estabelecido o recurso ao Supremo Tribunal Federal a todos os casos de denegação da ordem do **habeas corpus**. Tanto quanto possível e dentro dos limites naturalmente postos à previsão legislativa, ficou garantida a soberania do cidadão. É este certamente o ponto para onde deve*

*convergir a mais assídua de todas as preocupações do governo republicano. O ponto de partida para um sólido regime de liberdade está na garantia dos direitos individuais. O princípio fundamental de que só um poder judicial independente é capaz de defender com eficácia a liberdade e os direitos dos cidadãos na luta desigual entre o indivíduo e o Estado, foi, neste organismo, rigorosamente observado.'*

A Constituição de 1891 estabelecia que se daria o *habeas corpus* sempre que alguém sofresse ou se achasse na iminência de vir a sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou por abuso de poder.

O *habeas corpus*, elevado a garantia constitucional pelo Constituinte de 1891, teve ampliada a sua abrangência, que alcançou amparar também outros direitos pessoais, além da liberdade de locomoção. Essa amplitude, porém, pouco mais de três décadas depois, novamente retrocederia com a Reforma Constitucional de 1926, ocasião em que o trasbordamento institucional deu lugar ao retorno do *habeas corpus* à sua índole natural protetiva apenas da livre locomoção.

A continuidade daquela ampla proteção, teve na República denodados defensores, conforme narra o Prof. PINTO FERREIRA:

*'Na história constitucional brasileira, sobretudo mediante a influência de Rui BARBOSA e Pedro LESSA, aconteceu que em face da generalidade do preceito que estava exposto no art. 72, § 22, da Constituição Federal de 1891, a jurisprudência finalizou estendendo o remédio do **habeas corpus** para defesa de todo e qualquer direito pessoal, uma orientação que ampliou a índole originária do instituto de simples remédio para a proteção da liberdade pessoal. Rui BARBOSA foi o grande defensor desse ponto de vista, que permitiu a extensão e ampliação do **habeas corpus** a uma amplidão generalizada'* (Pinto [Ferreira]. **Teoria e prática do habeas corpus**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, pg. 16).

O Prof. Celso Ribeiro BASTOS ilustra bem o assunto:

*'De 1891 a 1926 vai-se assistir, sob o influxo dessa corrente de pensamento, a um gradativo alargamento da utilização do **habeas corpus** até o ponto em que ele deixa de proteger diretamente a liberdade física para colher na sua malha tutelar a proteção de qualquer direito para cujo exercício se fizesse imprescindível a liberdade de locomoção. Com esse fundamento concedeu-se **habeas corpus**, por exemplo, para asseguramento da posse em cargo público, de funcionário nomeado' (Do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 3).*

O instituto passou praticamente incólume pela revolução de 1930, com a seguinte redação: *'É mantido o **habeas corpus** em favor dos réus ou acusados em processos de crimes comuns, salvo os funcionais e os da competência de Tribunais especiais'* (Dec. 19.398, art. 5º).

Pela Carta Constitucional de 1934 retornou ao instituto o caráter de protetor de ampla atuação, como fora no período anterior a 1926. O mesmo diploma, entretanto, constitucionalizou um outro remédio heróico, o mandado de segurança, nos seguintes termos:

*'Dar-se-á mandado de segurança para a defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do **habeas corpus**, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petórias competentes.'*

A Constituição de 1937 restringiu, novamente, o âmbito do *habeas corpus* colocando-o apenas na tutela do direito locomotivo. Estabelecia que a ordem seria concedida sempre

que alguém sofresse ou fosse ameaçado de sofrer um constrangimento ilegal em sua liberdade de ir, permanecer ou vir, salvo nos casos de transgressão disciplinar.

A Constituição de 1946 deixou o aludido instituto praticamente nos mesmos moldes da anterior.

A Carta Política de 1967, em seu art. 150, § 20, dispunha:

*'Dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá **habeas corpus**.'*

A Emenda Constitucional 1, de 1969, repetiu a disposição (art. 153, § 20).

Necessário se faz ressaltar que o instituto foi duramente abalroado pelo Ato Institucional 5, de 13.12.1968, que o suprimia ao sabor e à subjetividade de conceitos desprovidos de rigor científico, quais sejam, *v.g.*, os intitulados crimes políticos. Ab-rogado o Ato Institucional em 1978, recobrou o *habeas corpus* a sua plenitude original.

Finalmente, a Constituição Federal de 05.10.1988, prevê a concessão de *habeas corpus* *'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, LXVII). No atual texto constitucional, bem se vê, omitiu-se a ressalva dos casos de punição disciplinar, constante do CPP, art. 647, bem como da Carta Magna anterior. Com isso, ampliou-se o cabimento da medida, a ponto de torná-la também idônea a remediar as ilegalidades e abusos de poder cometidos a título de sanções disciplinares. Atendeu-se, assim, à orientação hoje prevalente na doutrina e jurisprudência, que, em verdade, há bastante tempo se insurgiam contra essa injustificável restrição."

Feita essa digressão histórica, penso que a garantia constitucional do **habeas corpus**, na visão desta Suprema Corte, encontra sua melhor definição nas palavras do eminente Ministro **Ayres Britto**. Para sua

Excelência,

“[o] **habeas corpus** é via de verdadeiro atalho que só pode ter por alvo – lógico – a 'liberdade de locomoção' do indivíduo, pessoa física. E o fato é que esse tipo de liberdade espacial ou geográfica é o bem jurídico mais fortemente protegido por uma ação constitucional. Não podia ser diferente, no corpo de uma Constituição que faz a mais avançada democracia coincidir com o mais depurado humanismo. Afinal, **habeas corpus** é, literalmente, ter a posse desse bem personalíssimo que é o próprio corpo. Significa requerer ao Poder Judiciário um salvo-conduto que outra coisa não é senão uma expressa ordem para que o requerente preserve, ou, então, recupere a sua autonomia de vontade para fazer do seu corpo um instrumento de geográficas idas e vindas. Ou de espontânea imobilidade, que já corresponde ao direito de nem ir nem vir, mas simplesmente ficar. Autonomia de vontade, enfim, protegida contra 'ilegalidade ou abuso de poder' — parta de quem partir —, e que somente é de cessar por motivo de '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' (inciso LXI do art. 5º da Constituição)” (HC nº 88.747/ES-AgR, Primeira Turma, julgado em 28/10/09).

Na minha concepção, portanto, seja a ameaça direta ou frontal, seja ela indireta ou tangencial, aberta está a via constitucional para amparar o direito do cidadão à liberdade, não cabendo limitar-se, ao argumento de que os tribunais já se encontram assoberbados por recursos outros, o exercício de um direito constitucionalmente assegurado no rol maior das garantias individuais.

Por essa razão, pedindo vênias aos que pensam de modo diverso, **admito o cabimento desta impetração nesse particular.**

Dando sequência ao voto, anoto que foi noticiada, nos autos, a



superveniência de sentença penal condenatória (Ação Penal nº 5054935-88.2016.404.7000), proferida em desfavor do paciente pela 13ª Vara Federal de Curitiba, a qual manteve sua segregação provisória.

Na visão do eminente Ministro **Edson Fachin**, “a superveniência de sentença penal condenatória que mantém a prisão preventiva anteriormente decretada acarreta a alteração do título prisional e, portanto, prejudica o **habeas corpus** impetrado em face da prisão antes do julgamento” (HC nº 121.854/SP, Primeira Turma, DJe de 14/9/16).

Repare-se que o paciente está preso cautelarmente **desde 26/09/2016**, em razão de decisão do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, para garantir a ordem pública e resguardar a instrução processual e a aplicação da lei penal.

Sobreveio, **em 26/06/2017**, sentença condenatória, pela qual o paciente foi condenado à pena de 12 (doze) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, sendo-lhe vedado o direito de recorrer em liberdade.

O voto do eminente Relator fez remissão a excertos do decreto prisional e da sentença superveniente, não havendo entre eles, **data venia**, autonomia de fundamentação, já que, no próprio título condenatório, o magistrado reportou-se aos fundamentos do decreto original, entendendo que a prolação da sentença seria um braço de reforço aos pressupostos da medida extrema. **Vide:**

**“838. Com a prolação da sentença, reforçam-se os pressupostos da preventiva. Não há mais somente boa prova de autoria e materialidade da prática de um crime. Há agora certeza, ainda que sujeita a eventual revisão em recursos.**

**839. Quanto aos fundamentos, reporto-me ao já exposto na referida decisão de 30/09/2016 no processo 5043559-60.2016.4.04.7000 (evento 73).**

840. Pelo que se depreende das decisões das instâncias recursais, a prisão está consentânea com os entendimentos das Cortes revisoras e superiores.

841. Não pode aqui evitar-se o contexto.

842. O caso trata de macrocorrupção, envolvendo conta corrente geral de propinas entre o Grupo Odebrecht e agentes do Partido dos Trabalhadores, com cerca de duzentos milhões de reais acertados, cento e trinta e três milhões de reais repassados e um saldo de propina do remanescente.

843. Antônio Palocci Filho era o principal administrador da conta corrente geral de propinas.

844. Embora os valores tenham sido utilizados com variados propósitos, parte substancial, inclusive a que é objeto específico da presente ação penal, foi utilizada para fraudar sucessivas eleições no Brasil, contaminando-as com recursos provenientes de corrupção.

845. Segundo a planilha, isso teria ocorrido nas eleições municipais de 2008 e na eleição presidencial de 2010.

846. Dinheiro de propina administrada pelo condenado também teria sido utilizado, segundo a planilha, para fraudar eleições no estrangeiro, em El Salvador em 2008 e no Peru em 2011.

847. Outros valores teriam sido repassados até no mínimo 2014 com outros propósitos.

848. Também destaque-se depoimento de João Cerqueira de Santana Filho, de que repasses similares, administrados pelo paciente Antônio Palocci Filho, já teriam ocorrido nas eleições presidenciais de 2006, embora não abrangidos pela planilha referida.

849. Chama ainda a atenção o fato de que a planilha revela saldos de propinas ainda não pagas e que seriam repassadas não houvessem as prisões preventivas interrompido a prática serial de crimes.

850. O que se tem, portanto, são provas de macrocorrupção, praticada de forma serial pelo condenado, com graves consequências, não só enriquecimento ilícito, mas também afetando a integridade de processos eleitorais no Brasil e no exterior por sucessivos anos.

852. O esquema criminoso que teria durado por anos foi

interrompido somente com a prisão preventiva dos pagadores e recebedores de propinas.

853. Aos críticos de supostos excessos das prisões preventivas, é oportuno ressaltar esse aspecto, que foram elas, circunstanciadamente empregadas, que interromperam, como admitem os próprios criminosos, os pagamentos de propinas acertadas em esquemas criminosos da Petrobras, da Sete Brasil e igualmente da conta corrente geral de propinas entre o Grupo Odebrecht e Antônio Palocci Filho. **Não fossem elas, o Grupo Odebrecht e Antônio Palocci Filho estariam hoje discutindo acerca de novos repasses do saldo de sessenta e seis milhões de reais da conta corrente geral de propina.**

854. **A prática serial de crimes graves, com afetação da integridade de pleitos eleitorais no Brasil e no estrangeiro, coloca em risco a ordem pública e constitui elemento suficiente para justificar a manutenção da preventiva.**

855. Agregue-se que até o momento, os sequestros não lograram a recuperação do total já repassado segundo a planilha, **de cerca de cento e trinta e três milhões de reais. Enquanto não houver recuperação integral do produto do crime, remanesce o risco de dissipação por sua submissão a novos atos de lavagem.**

856. Por outro lado, tratando-se de crimes praticados subrepticamente, no caso inclusive com utilização de contas secretas no exterior ou com transações vultosas em espécie no Brasil, não há como controlar as atividades do condenado através de medidas cautelares substitutivas.

857. Agregue-se ainda que o condenado é um homem poderoso e com conexões com pessoas igualmente poderosas e pode influir, solto, indevidamente contra o regular termo da ação penal e a sua devida responsabilização. Aliás, suas declarações em audiência, de que seria inocente, mas que teria muito a contribuir com a Operação Lavajato (item 609), só não o fazendo no momento pela 'sensibilidade da informação' soaram mais como uma ameaça para que terceiros o auxiliem indevidamente para a revogação da preventiva, do que

propriamente como uma declaração sincera de que pretendia naquele momento colaborar com a Justiça.

858. Portanto e com base na exposição mais ampla contida na decisão referida, Antônio Palocci Filho deverá responder preso cautelarmente eventual fase recursal” (grifos nossos).

Com efeito, a sentença condenatória, embora tenha ampliado o espectro de análise dos fundamentos da custódia, baseando-se em um exame mais robusto das provas, valeu-se dos mesmos critérios sopesados no decreto cautelar primeiro, vale dizer, a garantia da ordem pública, consubstanciada no risco de reiteração delitiva e na gravidade da conduta.

Portanto, entendo que a superveniente sentença proferida na espécie não prejudicou a análise desta impetração, filiando-me, assim, à corrente jurisprudencial da Corte segundo a qual o “*habeas corpus* é prejudicado apenas quando a sentença condenatória, que mantém o réu preso, vale-se de fundamentos diversos do decreto de prisão preventiva” (v.g. HC nº 122.939/DF, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 6/10/14), o que, como se vê, **não ocorreu**.

Assim, renovo meu pedido de vênias ao Relator e àqueles que o acompanharam para **conhecer da impetração por esse ângulo**.

## II – QUESTÕES DE MÉRITO DA IMPETRAÇÃO

Cabe aqui registrar que Sua Excelência o Relator, **no que foi acompanhado por ilustrada maioria**, não conheceu deste **habeas corpus**. Todavia, em belíssimo voto analisou o seu pano de fundo e, da sua óptica, as circunstâncias **não justificam a concessão da ordem ex officio**, porque estaria demonstrada a presença dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, sem margem para a aplicação subsidiária daquelas medidas cautelares menos gravosas a que se refere art. 319 do mesmo **Codex**.

Nesse particular, com as **venias** de estilo, estou a dissentir do ilustre Relator e daqueles que o acompanharam, no que **proponho uma**

**concessão da ordem de ofício**, pelas razões que passo a deduzir.

Como ponto de partida, **destaco** o entendimento da Corte de que a análise da custódia fica limitada à verificação dos fundamentos do decreto de prisão, não se permitindo adicionar fatos outros não constantes daquele título para se justificar a manutenção da medida extrema. Nesse sentido, destaco, **mutatis mutandis**, o seguinte julgado:

“a legalidade da decisão que decreta a prisão cautelar ou que denega liberdade provisória deverá ser aferida em função dos fundamentos que lhe dão suporte e não em face de eventual reforço advindo dos julgamentos emanados das instâncias judiciárias superiores. Precedentes. A motivação há de ser própria, inerente e contemporânea à decisão que decreta (ou que mantém) o ato excepcional de privação cautelar da liberdade, pois a ausência ou a deficiência de fundamentação não podem ser supridas ‘a posteriori’” (HC nº 103.583/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJe de 29/9/11).

Feito esse registro, digo que **Hélio Tornaghi**, muito antes da introdução no sistema processual penal brasileiro das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, apontou dois princípios a respeito da prisão provisória:

“1º) a prisão provisória é um *mal* e só deve existir quando, sem ela, houver *mal maior*.

2º) a prisão provisória, embora má, pode vir a ser *necessária*; mas se é um mal necessário, somente pode ser tolerada nos limites da necessidade e **deve ser substituída por outras providências que sejam menos más, sempre que possível**”(Curso de Processo Penal. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2, p. 7, grifo nosso).

Esse eminente jurista assinalava, como orientação nessa matéria, que o magistrado “deve ser prudente e mesmo avaro na decretação” (**op. cit.**,

p. 10).

Com efeito, a prisão cautelar é a **ultima ratio**, a derradeira medida a que se deve recorrer, e somente pode ser imposta se as outras medidas cautelares dela diversas não se mostrarem adequadas ou suficientes para a contenção do **periculum libertatis** (CPP, art. 282, § 6º).

O eminente Ministro **Fachin** infere, das circunstâncias do caso, que persistira a necessidade de se resguardar a ordem pública, dada a periculosidade do paciente, evidenciada pelo risco de reiteração delitiva. Desse modo, as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319) não se revelariam suficientes para impedir a reiteração, pois, como constou da sentença, reproduzida no voto do Relator, o paciente desempenharia papel central em engrenagem da relação espúria supostamente mantida entre o grupo Odebrecht e o Governo federal. **Vide:**

“O paciente, portanto, na condição de elevado interlocutor do governo federal, agiria como ordenador da destinação dos repasses, além de, ainda segundo a convicção do Juiz Natural, interferir no patrocínio de interesses específicos do Grupo Odebrecht.

Note-se que a Planilha Italiano, em tese, expressaria o compromisso de repasse de mais de **200 milhões de reais** em vantagem indevida, sendo que, **atualmente**, restaria um saldo a pagar de mais de **70 milhões de reais**. A continuidade dos pagamentos, ao que parece, somente cessou após a notoriedade da cognominada ‘Operação Lava Jato’, de modo que medidas gravosas instrumentais revelaram-se, e revelam-se, indispensáveis para a finalidade de interromper e dissuadir novas práticas delituosas” (grifos do autor).

Não há como se ignorar a gravidade das condutas supostamente praticadas. Porém, como já destacado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 127.186/PR (Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 3/8/15), por mais graves e reprováveis que sejam as condutas supostamente perpetradas, **isso não justifica, por si só, a decretação da prisão cautelar.**

É digno de registro o excerto do voto proferido pelo saudoso Ministro **Teori Zavascki** naquela oportunidade:

“[N]ão se pode legitimar a decretação da prisão preventiva unicamente com o argumento da credibilidade das instituições públicas, ‘nem a repercussão nacional de certo episódio, nem o sentimento de indignação da sociedade’ (HC 101537, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 14-11-2011). Não se nega que a sociedade tem justificadas e sobradas razões para se indignar com notícias de cometimento de crimes como os aqui indicados e de esperar uma adequada resposta do Estado, no sentido de identificar e punir os responsáveis. **Todavia, a sociedade saberá também compreender que a credibilidade das instituições, especialmente do Poder Judiciário, somente se fortalecerá na exata medida em que for capaz de manter o regime de estrito cumprimento da lei, seja na apuração e no julgamento desses graves delitos, seja na preservação dos princípios constitucionais da presunção de inocência, do direito a ampla defesa e do devido processo legal, no âmbito dos quais se insere também o da vedação de prisões provisórias fora dos estritos casos autorizados pelo legislador**” (Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 3/8/15 – grifos nossos).

Assentadas essas premissas, e melhor sopesando os elementos que conduziram à decretação e à manutenção da custódia do paciente, à luz da **gravidade dos crimes**, entendo que, sim, subsiste o **periculum libertatis**, mas que esse pode ser obviado com medidas cautelares diversas e menos gravosas que a prisão, o que também repercutirá **significativamente** no direito de liberdade do réu.

Como ensina **Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano**, o princípio da necessidade exige “a substituição, quando possível, da medida mais gravosa por outra menos lesiva e que assegure igualmente a consecução do fim” (**Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso**

**penal.** Madrid: Colex, 1990; p. 190).

Nesse contexto, considerando os crimes investigados, as apontadas circunstâncias dos fatos e a condição do paciente, reputo adequadas e necessárias outras medidas cautelares, suficientes, a meu ver, para atenuar de forma substancial os riscos que conduziram à prisão.

No que se refere ao **risco concreto da reiteração delitiva**, invocado para garantir a ordem pública, começo por dizer

“[que as] medidas cautelares pessoais se destinam a tutelar uma determinada situação de fato, à qual se referem, razão por que, desaparecida a sua base fática legitimadora, impõe-se a sua cessação.

Como aduz **Maurício Zanoide de Moraes**,

‘toda a medida de coação determinada poderá ser substituída por outra que se mostre mais adequada e eficiente diante das novas situações naturalmente proporcionadas pela passagem do tempo’, seja para recrudescer, seja para minorar a restrição’ (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 398).

**A referibilidade está intrinsecamente ligada ao critério da atualidade: os pressupostos que autorizam uma medida cautelar devem estar presentes não apenas no momento de sua imposição, como também necessitam se protrair no tempo, para legitimar sua subsistência”** (Inq nº 3842/DF, de **minha relatoria**, julgado em 3/8/15).

Na recente obra de grande repercussão jurídica **Prisão e medidas cautelares diversas**<sup>1</sup>, colhe-se que

---

1 CAPEZ, Rodrigo. **Prisão e medidas cautelares diversas**: a individualização da medida cautelar no processo penal. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 459



“a proximidade temporal entre o conhecimento do fato criminoso e sua autoria e a decretação da prisão provisória encontra paralelo com a prisão em flagrante, que sugere atualidade (‘o que está a acontecer’) e evidência (‘o que é claro, manifesto’).<sup>2</sup>

Se a prisão por ‘ordem pública’ é ditada por razões materiais, quanto mais tempo se passar entre a data do fato (ou a data do conhecimento da autoria, se distinta) e a decretação da prisão, mais desnecessária ela se mostrará. Em consequência, não se pode admitir que a prisão preventiva para garantia da ordem pública seja decretada muito tempo após o fato ou o conhecimento da autoria, salvo a superveniência de fatos novos a ele relacionados<sup>3</sup>”.

Nesse diapasão, anoto que a constrição do paciente somente foi decidida e efetivada em 29/09/2016, ou seja, mais de 3 (três) anos **após o último pagamento – ocorrido em 8/03/13 - sob a responsabilidade de Palocci, que teria sido destinado aos publicitários Mônica Moura e João Santanta, conforme apontado no decreto preventivo.**

Porém, apontou o Relator, em seu voto,

“que a ‘Posição Programa Especial Italiano’ retrataria pagamentos efetuados pela Odebrecht **entre os anos 2008 e 2014**. A extensão temporal dos acontecimentos, associada às características da realização dos repasses, mediante espécie de conta-corrente para controle do fluxo de tais pagamentos, denota certa permanência de tais ocorrências” (grifos do autor).

---

2 TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 48, vol. 1.

3 ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 395. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 734

Ainda assim, significativo espaço de tempo transcorreu entre a decretação da prisão e a última intercorrência ilícita apontada (ano de 2014), **não havendo nos autos notícia a respeito de comportamento delituoso por parte do paciente entre aquela data e o distante decreto de prisão preventiva, repito, ocorrido em 26/09/2016.**

Essas razões, a meu ver, não obstante a compreensão do Relator de que “a aferição da atualidade do risco, como todos os vetores da prisão preventiva, exige apreciação particularizada, descabendo potencializar a análise abstrata da distância temporal do último ato ilícito imputado ao agente”, fragilizam a justificativa da custódia para resguardar a ordem pública, dada a periculosidade do paciente, evidenciada pelo risco de reiteração delitiva, pois, ainda que amparada em elementos concretos de materialidade, os fatos que deram ensejo a esse aventado **risco** estão longe de ser contemporâneos do decreto prisional.

A esse respeito, a Corte já se posicionou. Confira-se:

“**Habeas corpus.** Processual Penal. Prisão preventiva. Artigo 312 do Código de Processo Penal. Pretendida revogação da prisão ou da substituição por medidas cautelares diversas. Artigo 319 do Código de Processo Penal. Superveniência de sentença penal condenatória em que se mantém segregação cautelar com remissão a fundamentos do decreto originário. Cogitada prejudicialidade. Hipótese que não se configura nessas circunstâncias. Precedentes. Constrição assentada na garantia da ordem pública. Aventado risco de reiteração delitiva. Insubsistência. Ausência de contemporaneidade do decreto prisional nesse aspecto. Gravidade em abstrato das condutas invocada. Inadmissibilidade. Precedentes. Hipótese em que as medidas cautelares diversas da prisão se mostram suficientes para obviar o **periculum libertatis** reconhecido na espécie. Ordem concedida para substituir a prisão preventiva do paciente por outras medidas cautelares, a serem estabelecidas pelo juízo de origem” (HC nº 137.728/PR, Segunda Turma, Relator para o acórdão o Ministro **Dias**

Toffoli, DJe de 31/10/17).

A despeito, ainda, da assertiva contida na sentença, reafirmada no bem lançado voto do Relator, de que parte dos recursos supostamente objeto de lavagem (crime permanente) não teriam sido recuperados, o que **poderia** propiciar a prática de novos atos de lavagem, entendo, pedindo a mais respeitosa vênia aos que têm compreensão diversa, que ela se traduz em meras conjecturas, mormente se considerarmos o longo período - desde o último evento ilícito que se tem notícia (ano de 2014) - em que o paciente permaneceu solto.

Ademais, como já tive oportunidade de ressaltar ao apreciar pedido de liminar na Rcl nº 24.506/SP-MC, o fato “de não haver sido localizado o produto do crime não constitui fundamento idôneo para a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, haja vista que se relaciona ao juízo de reprovabilidade da conduta, próprio do mérito da ação penal” (DJe de 1º/7/16).

Dessa forma, entendo que as medidas cautelares menos gravosas que a prisão podem mitigar o aventado risco que a liberdade do paciente representaria à ordem pública.

Bem lembrou o Ministro **Gilmar Mendes**, no voto que proferiu na Segunda Turma (HC nº 143.247/RJ, j. 10/10/17), citando o caso Ricardo Pessoa, que “a prisão deve ser reavaliada, conforme a evolução das circunstâncias do caso – HC 127.186/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 28.4.2015, DJe 3.8.2015”, e que,

“muito embora graves, os crimes apurados na Operação Lava Jato foram praticados sem violência ou grave ameaça. **A atuação dos órgãos de segurança pública sobre os alegados grupos criminosos é um fator a ser considerado em desfavor da necessidade da manutenção da medida cautelar mais gravosa**” (HC nº 143.247/RJ, julgado em 10/10/17 – grifos nossos).

Naquela assentada, destacou o Ministro **Gilmar** que

“a medida cautelar prisional somente se legitima em situações em que se mostre como o único meio eficiente de preservar os valores jurídicos que a lei penal visa a proteger, segundo o art. 312 do Código de Processo Penal. Ou seja, é indispensável ficar demonstrado que nenhuma das medidas alternativas indicadas no art. 319 da lei processual penal tem aptidão para, no caso concreto, atender eficazmente aos mesmos fins, nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

Dessa maneira, o decreto de prisão deve ser analisado à luz das modificações promovidas ao Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011, que dispõe sobre matérias pertinentes à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares.

Com a entrada em vigor da citada Lei 12.403/2011, nos termos da nova redação do art. 319 do CPP, o juiz passa a dispor de outras medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão, permitindo-lhe, diante das circunstâncias do caso concreto, seja escolhida aquela mais ajustada às peculiaridades da espécie e, assim, à tutela do meio social, mas servindo, também, mesmo que cautelarmente, de resposta justa e proporcional ao mal supostamente causado pelo acusado”.

Ao comentar o art. 319 do Código de Processo Penal, que estabelece que o juiz deverá, se for o caso, impor medidas cautelares alternativas à prisão, sua Excelência chamou a atenção para o fato de que “esse dispositivo tem sido reiteradamente olvidado no curso da persecução criminal no Brasil. Em outros termos, a prisão provisória continua a ser encarada como única medida eficaz de resguardar o processo penal”.

É importante sempre lembrar que o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), como norma de tratamento, significa que, diante do estado de inocência que lhe é assegurado, o imputado, no curso da persecução penal, não pode ser tratado como culpado nem ser a esse equiparado.

Em sua mais relevante projeção como norma de tratamento, a presunção de inocência implica a vedação de medidas cautelares pessoais automáticas ou obrigatórias, isto é, que decorram, por si sós, da existência de uma imputação e, por essa razão, importem em verdadeira antecipação de pena.

A presunção de inocência, aqui, imbrica-se com outros direitos individuais, uma vez que a prisão provisória derivada meramente da imputação se desveste de sua indeclinável natureza cautelar, perde seu caráter de excepcionalidade (CF, art. 5º, LXVI), traduz punição antecipada - violando o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) - e resulta no tratamento do imputado como culpado.

É digno de nota o excerto do voto do eminente Ministro Celso de Mello no HC nº 105.556/SP, a respeito da impossibilidade de se utilizar a prisão preventiva como instrumento de antecipação de pena:

*“**Impõe-se advertir**, no entanto, que a prisão cautelar (*‘carcer ad custodiam’*) - **que não se confunde** com a prisão penal (*‘carcer ad poenam’*) - **não objetiva infligir punição** à pessoa **que sofre** a sua decretação. **Não traduz**, a prisão cautelar, em face **da estrita** finalidade a que se destina, **qualquer** idéia de sanção. **Constitui**, ao contrário, **instrumento** destinado a atuar *‘em benefício da atividade desenvolvida no processo penal’* (BASILEU GARCIA, *‘Comentários ao Código de Processo Penal’*, vol. III/7, item n. 1, 1945, Forense), **tal como esta Suprema Corte tem proclamado**:*

**‘A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU.**

*- A prisão preventiva **não pode** - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de **punição antecipada** daquele a quem se imputou a prática do delito, **pois**, no sistema jurídico brasileiro, **fundado** em bases democráticas, **prevalece** o princípio da liberdade,*

***incompatível** com punições **sem** processo **e inconciliável** com condenações **sem** defesa prévia.*

*A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal.'*

(RTJ 180/262-264, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

*Daí a clara advertência do Supremo Tribunal Federal, **que tem sido reiterada** em diversos julgados, **no sentido** de que se revela absolutamente **inconstitucional** a utilização, *com fins punitivos*, da prisão cautelar, **pois esta não se destina a punir** o indiciado **ou** o réu, **sob pena** de manifesta ofensa **às garantias constitucionais** da presunção de inocência **e** do devido processo legal, **com a conseqüente** (e inadmissível) prevalência da idéia - *tão cara aos regimes autocráticos* - de supressão da liberdade individual **em um contexto de julgamento sem defesa e de condenação sem processo** (HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).*

*Isso significa, portanto, que o instituto da prisão cautelar - considerada a função **exclusivamente processual** que lhe é inerente - **não pode ser utilizado** com o objetivo de promover a **antecipação satisfativa** da pretensão punitiva do Estado, **pois**, se assim fosse lícito entender, **subverter-se-ia a finalidade** da prisão preventiva, **daí resultando grave** comprometimento ao princípio da liberdade (RTJ 202/256-258, Rel. Min. CELSO DE MELLO)" (Segunda Turma, DJe de 30/8/13 - grifos do autor).*

Em linha convergente, destaco as não menos sábias palavras do eminente Ministro **Sepúlveda Pertence** quando afirmou, no julgamento da medida cautelar no HC nº 80.717/SP, que

**"apelos similares à garantia da ordem pública desvelam frequentemente a tendência de antecipar a punição do réu - em contrariedade manifesta às garantias constitucionais do**

**devido processo e da presunção de não culpabilidade** (v.g., HC 71594, Pertence , JSTF, Lex, 201/345; Hc 79204, Pertence , 01.06.99) e, de outro lado, mal dissimulam a nostalgia da tão execrada prisão preventiva obrigatória (v.g. HC 79200, Pertence , 22.06.99).

E, na generalidade dos casos - não obstante, episódicas vacilações pendulares -, o Tribunal tem dado prevalência a tais preocupações constitucionais e repellido a prisão preventiva fundada em motivos alheios aos imperativos cautelares que a podem legitimar: é ver, por exemplo, a recusa, como fundamento da preventiva, do apelo exclusivo à gravidade do fato, definido ou não como crime hediondo (v.g., HC 69950, Rezek, RTJ 128/147; HC 68631, Pertence, RTJ 137/287; HC 76730, Gallotti, 01.03.98; HC 79204, Pertence, 01.06.99; HC 79392, Pertence, 31.08.99), assim como da invocação do clamor público, com frequência confundido com o estrépito dos veículos de comunicação de massa (e.g., HC 71289, 09.08.94, Galvão, DJ 6.9.96; HC 78425, Néri, 19.11.99; HC 79781, Pertence, 18.04.99, Informativo STF 188)" (Tribunal Pleno, DJe de 5/3/04 – grifos nossos).

Em suma, descabe cogitar da utilização da prisão preventiva como antecipação de uma pena que, no caso, nem sequer foi confirmada em segundo grau, pois, do contrário, estar-se-ia implementando **verdadeira execução provisória em primeiro grau**, contrariando o entendimento fixado pela Corte de que

“a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal” (HC nº 126.292/SP, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/16).

Entendimento diverso, como já tive a oportunidade de consignar, importaria na **restauração do instituto** da prisão preventiva obrigatória,

**ratio** da primeira redação do art. 312 do Código de Processo Penal,<sup>4</sup> a qual estabelecia essa modalidade odiosa de constrição nos crimes cuja pena máxima cominada fosse igual ou superior a 10 (dez) anos, tendo sido acertadamente revogada pela Lei nº 5.349/67.

Vale anotar, ainda, o belíssimo raciocínio desenvolvido pelo Ministro **Ayres Britto** no julgamento do HC nº 105.879/PE, **in verbis**:

“É certo que, para condenar penalmente alguém, o órgão julgador tem que olhar para trás e ver em que medida os fatos delituosos e suas circunstâncias dão conta da culpabilidade do acusado. Já no que toca à decretação da prisão preventiva, se também é certo que o juiz valora esses mesmos fatos e circunstâncias, ele o faz na perspectiva da aferição da periculosidade do agente. Não propriamente da respectiva culpabilidade. Pelo que o **quantum** da pena está para a culpabilidade do agente assim como o decreto de prisão preventiva está para a sua periculosidade” (Segunda Turma, DJe de 24/8/11 – grifos do autor).

E, na hipótese, diante de todos os argumentos que trouxe em meu voto, entendo que as medidas cautelares menos gravosas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal podem atenuar substancialmente a aventada periculosidade do paciente para a ordem pública.

Cabe frisar, por fim, que eventual confirmação da condenação do paciente em grau recursal autorizará a execução provisória da reprimenda, na linha de julgado alhures citado, do próprio Tribunal Pleno.

Diante dessas considerações, assentado pela douta maioria o não conhecimento da impetração, peço **venia** para **conceder a ordem de habeas corpus de ofício** para **substituir** a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares dela diversas (CPP, art. 319<sup>5</sup>), a serem

4 Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.

5 Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz,



## HC 143333 / PR

estabelecidas pelo juízo de origem.

É como voto.

---

para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.