

## **MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO 24.506 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. DIAS TOFFOLI**  
**RECLTE.(S)** : **PAULO BERNARDO SILVA**  
**ADV.(A/S)** : **JULIANO JOSE BREDA E OUTRO(A/S)**  
**RECLDO.(A/S)** : **JUIZ FEDERAL DA 6ª VARA CRIMINAL ESPECIALIZADA EM CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E EM LAVAGEM DE VALORES DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO**  
**ADV.(A/S)** : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**  
**INTDO.(A/S)** : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**  
**INTDO.(A/S)** : **GLEISI HOFFMANN**

### **DECISÃO:**

Vistos.

Trata-se de reclamação, com pedido de liminar, ajuizada por Paulo Bernardo Silva, ao fundamento de que o Juiz Federal da 6ª Vara Criminal Especializada em Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e em Lavagem de Valores da Seção Judiciária de São Paulo teria usurpado a competência do Supremo Tribunal Federal.

Narra a inicial que,

“[e]m razão de fatos revelados no curso de uma das fases da Operação Lava Jato, o Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR remeteu ao STF (e transformou-se no Inquérito 4130) procedimento criminal em que foram apreendidos, em um escritório de advocacia, documentos com menção à Senadora da República GLEISI HOFFMANN, esposa do ora reclamante e ex-Ministro do Planejamento PAULO BERNARDO.

Após o início do julgamento perante a 2ª Turma, a matéria foi afetada ao Plenário do Supremo, que entendeu por manter em sua jurisdição apenas a titular da prerrogativa de função, determinando devolução do inquérito à primeira instância em relação a todos os demais investigados. No entanto, por entender que as circunstâncias do caso em exame não

guardavam correlação com os fatos que dizem respeito às denúncias e investigações da Petrobras, determinou a remessa dos autos à Justiça Federal de São Paulo, foro territorialmente competente.

Prosseguindo a investigação perante o novo juízo titular da causa, e tendo a Procuradoria Geral da República celebrado acordos de delação premiada com Alexandre Romano, figura central nessa investigação, e com Delcídio Amaral, **mudou-se o quadro probatório**. Esses depoimentos e outras diligências culminaram na deflagração de operação determinada pela 6ª Vara Federal, com a decretação de prisão preventiva de vários investigados, entre os quais o reclamante, bem como determinação de busca e apreensão em diversos endereços, entre eles, imóveis de propriedade e aonde residem PAULO BERNARDO e a Senadora GLEISI HOFFMANN.”

Em razão desses fatos, entende a defesa que a investigação perante o juízo reclamado

**“passou a trabalhar com a presunção de que suas condutas estão indissociavelmente ligadas à Senadora GLEISI HOFFMANN (...) buscando claramente caracterizar uma espécie de permanente e indivisível “concurso necessário” entre eles, de forma a evidenciar-se a hipótese de continência subjetiva (CPP, art. 77, I), o que leva à atração do feito ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, por força da prerrogativa de foro da Senadora da República.”** (grifos do autor)

Esses são os fundamentos pelos quais entende caracterizada a hipótese “de usurpação da competência dessa Corte, a ser sanada pela via da Reclamação, consoante dispõem o art. 988 do CPC e o art. 156 do RISTF (...)”.

Para os defensores do reclamante, “a hipótese em exame revela uma profunda alteração dos fatos que subsidiaram a referida decisão anterior do STF em Questão de Ordem no INQ 4130, que versou especialmente

## RCL 24506 MC / SP

sobre a conexão probatória envolvendo o caso Consist e a Petrobras.”

A seu ver, “a análise específica de eventual concurso de agentes, para efeito da continência, operou-se a partir da conduta do investigado Alexandre Romano, pois a questão chegou ao STF mediante provocação de ofício do Juiz Federal Sérgio Moro, especialmente em razão de que aquele investigado estava preso (...)”.

Nesse diapasão, afirma-se na reclamação que a Corte decidiu

**“que não havia continência entre GLEISI HOFFMANN e Alexandre Romano, sem proceder a um exame mais aprofundado em face dos outros investigados, especialmente, reafirme-se, em razão do estágio inicial das investigações.”**  
(grifos do autor)

Atribui-se a necessidade de um novo enfrentamento da matéria ao prosseguimento das investigações perante autoridade reclamada, pois “a Polícia Federal e o MPF (...) fundamentam diligências e requerimentos claramente apontando continência por cumulação subjetiva (Art. 77, I do CPP) entre o reclamante PAULO BERNARDO e a Senadora GLEISI HOFFMANN.”

Para a defesa,

**“a autoridade policial trata GLEISI HOFFMANN e PAULO BERNARDO como se eles agissem em conjunto, em ‘concurso necessário’, já que em praticamente todas as referências dos relatórios seus nomes aparecem diretamente associados, sem qualquer distinção objetiva, fazendo crer que os fatos sejam atribuídos a eles sempre em ‘concurso’.”** (grifos do autor).

A vista do quanto exposto, conclui que “a presente investigação na primeira instância implica em ofensa à regra do juízo natural, em face de nítida continência atribuída à conduta de investigados e de detentor de foro de prerrogativa, em evidente infração ao art. 102, I, b, da

## RCL 24506 MC / SP

Constituição Federal (...)”.

Afirma-se a reunião dos requisitos necessários ao implemento da liminar, vale dizer **fumus boni iuris** e **periculum in mora**, na medida em que o reclamante encontra-se segregado preventivamente “por ordem de uma autoridade manifestamente incompetente, (art. 564, I, do CPP)”, por decisão que se alega ser desprovida de fundamentação idônea, que “busca antecipar futura punição”.

Segundo colacionado na inicial, os fundamentos necessários à decretação de prisão cautelar não estariam presentes à espécie, uma vez que lastreada

“em face basicamente de um convênio celebrado pelo Ministério do Planejamento em 2009, que o reclamante sequer assinou, não ostenta contemporaneidade com o fato investigado e por isso não há qualquer risco à ordem pública a ser garantido. Não há demonstração objetiva de qualquer risco à aplicação da lei penal ou à instrução processual por parte do reclamante.”

Assim, requer-se o seu deferimento para se determinar

“a suspensão da investigação em face do reclamante e da Senadora GLEISI HOFFMANN, no âmbito dos autos de nº 5854-75.2016.403.61.81” com a consequente revogação da custódia preventiva do reclamante ou a sua substituição por medidas cautelares outras (CPP, art. 319).

No mérito, pede-se a procedência da ação para

“reconhecer a competência do STF para a presente investigação em razão da continência dos fatos atribuídos entre o reclamante e detentor de prerrogativa de função nessa corte, declarando-se a nulidade dos atos praticados pelo juízo incompetente.”

**Examinados os autos, decido.**

Por atribuição constitucional, presta-se a reclamação para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e garantir a autoridade de suas decisões (CF, art. 102, inciso I, alínea I), bem como para resguardar a correta aplicação das súmulas vinculantes (CF, art. 103-A, § 3º, CF/88).

A reclamatória, neste aspecto, exsurge como instrumento de promoção do diálogo, nesta Suprema Corte, entre o caso concreto e os precedentes em processos objetivo ou subjetivo, cuja admissibilidade está condicionada à efetiva demonstração de: a) **desrespeito à autoridade da decisão do STF**, porquanto configurada erronia na aplicação do entendimento a evidenciar teratologia da decisão reclamada; e b) **usurpação da competência do STF**, pois existente, **i)** no caso concreto, peculiaridades que impossibilitam a aplicação adequada da norma de interpretação extraída do precedente (**distinguishing**) a demandar pronunciamento desta Suprema Corte acerca da matéria constitucional no caso concreto, acaso verificada repercussão geral, ou, **ii) em hipótese excepcionalíssima**, a necessidade de revisitação dos fundamentos do precedente, tendo em vista a alteração do ordenamento jurídico vigente ao tempo do julgamento ou das circunstâncias fáticas históricas que impactaram a interpretação da norma, com possibilidade de sua superação (**overruling**).

Fixadas essas premissas, registro que a alegação de usurpação de competência fundamenta-se na tese de que as diligências investigativas levadas à cabo perante a autoridade reclamada pela autoridade policial e pelo **Parquet** Federal teriam apontado continência por cumulação subjetiva (CPP, art. 77, inciso I) entre o reclamante e a Senadora Gleisi Hoffmann, o que justificaria a reunião do caso no Inq 4.130/DF.

De fato, na hipótese de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal para supervisionar investigações criminais, a consequência inexorável é a nulidade dos atos eventualmente praticados na persecução penal.

No julgamento da Rcl nº 12.484/DF, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 29/9/14, assentei que

“(..) a polícia judiciária não está autorizada a instaurar, de ofício, inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais. Representando esse entendimento, destaco como paradigma, a PET nº 3.825/MT-QO, Relator para o acórdão o Ministro **Gilmar Mendes**. Naquele emblemático julgado, o Plenário da Corte assentou, **mutatis mutandis**, que:

‘10. A Polícia Federal não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República (no caso do STF). No exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, ‘b’ c/c Lei nº 8.038/1990, art. 2º e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo **dominus litis**. 11. Segunda Questão de Ordem resolvida no sentido de anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado’ (DJ de 4/4/08).

Embora não desconheça o magistério jurisprudencial da Corte de que os vícios eventualmente ocorridos no inquérito policial não têm o condão de macular a ação penal (HC nº 83.921/RJ, Primeira Turma, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJe de 27/8/04), tenho que os elementos colhidos nos inquéritos policiais em comento não podem servir de substrato probatório válido para embasar a condenação dos reclamantes, pois as provas ilícitas obtidas de forma direta ou por derivação de outras (**fruits of the poisonous tree**), independentemente do momento em que foram produzidas, são nulas”.

Por sua vez, no Inq. nº 2.842/DF, Pleno, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 27/2/14, registrou-se que

“(…) a competência do Supremo Tribunal Federal, quando da possibilidade de envolvimento de parlamentar em ilícito penal, alcança a fase de investigação, materializada pelo desenvolvimento do inquérito. Nessa linha, destaco:

*‘Reclamação. 2. Competência. Parlamentar. Deputado Federal. 3. Inquérito policial instaurado, após requisição encaminhada pelo Juízo da 23ª Zona Eleitoral de Barbacena, para apurar a suposta prática do crime previsto no art. 299 do Código Eleitoral. 4. CF, art. 102, I, ‘b’. Competência do Supremo Tribunal Federal. 5. Reclamação julgada procedente, a fim de que a investigação contra o reclamante tramite nesta Corte’ (Pleno, Rcl 10.908/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, grifei).*

*‘COMPETÊNCIA - TRAMITAÇÃO DE INQUÉRITO - ENVOLVIMENTO DE DEPUTADO FEDERAL. Uma vez envolvido deputado federal, cumpre ao Supremo os atos próprios ao inquérito’ (Pleno, INQ 2.291, Rel. Min. Marco Aurélio).*

*‘COMPETÊNCIA CRIMINAL. Originária. Parlamentar. Deputado federal. Inquérito policial. Crime eleitoral. Crime comum para efeito de competência penal original do Supremo. Feito da competência deste. Reclamação julgada procedente. Precedentes. Inteligência do art. 102, I, ‘b’, da CF. Compete ao Supremo Tribunal Federal supervisionar inquérito policial em que deputado federal é suspeito da prática de crime eleitoral’ (Pleno, Rcl 4.830/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, grifei).*

Por outro lado, ainda que os elementos de prova produzidos sob a supervisão do Juízo Federal de Santa Maria-RS possam ter amparado a deflagração da ação penal contra os demais acusados, a usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal traz como consequência a inviabilidade de tais

elementos operarem sobre a esfera penal do ora denunciado. Cito precedentes da Corte nesse sentido:

*'A Polícia Federal não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República (no caso do STF). No exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, "b" c/c Lei nº 8.038/1990, art. 2º e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo dominus litis. 11. Segunda Questão de Ordem resolvida no sentido de anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado. 12. Remessa ao Juízo da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso para a regular tramitação do feito.'* (Pleno, Pet 3.825-QO/MT, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes).

*'A garantia da imunidade parlamentar em sentido formal não impede a instauração de inquérito policial contra membro do Poder Legislativo, que está sujeito, em consequência – e independentemente de qualquer licença congressional –, aos atos de investigação criminal promovidos pela Polícia Judiciária, desde que essas medidas pré-processuais de persecução penal sejam adotadas no âmbito de procedimento investigatório em curso perante órgão judiciário competente: o STF, no caso de os investigados serem congressistas (CF, art. 102, I, b)'. (Rcl 511-9/PB, Rel. Min. Celso de Mello).*

Por conseguinte, penso não haver outro caminho senão reconhecer a impossibilidade da utilização dos elementos probatórios constantes do presente inquérito como fundamento para o recebimento da denúncia.

Evidentemente, essa conclusão não alcança os demais acusados que não possuem foro por prerrogativa de função.



**Portanto, com fulcro nas considerações acima, em meu juízo, encontrando-se a denúncia esvaziada de provas ou indícios de materialidade válidos, voto no sentido de rejeitá-la” (grifei).**

No mesmo sentido, vide AP nº 933/AL, Segunda Turma, de **minha relatoria**, DJe de 32/16.

**Essa, contudo, não é a hipótese dos autos, ao menos neste juízo de cognição sumária.**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Inq nº 4.130/DF-QO, de **minha relatoria**, DJe de 3/2/16, determinou a cisão do feito **em relação a todos os investigados não detentores da prerrogativa de foro, e não somente em relação ao investigado Alexandre Romano, como pretende fazer crer a defesa.**

Transcrevo, na parte que interessa, o voto condutor desse acórdão:

“Na espécie, não se vislumbra a possibilidade de ocorrer relevante prejuízo para a investigação criminal que justifique o **simultaneus processus, razão por que se impõe o desmembramento do feito em relação a todos os investigados que não detêm prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal**, a fim de que a investigação prossiga, perante a Suprema Corte, tão somente em relação à Senadora da República Gleisi Helena Hoffmann.

Mais: além de não haver prejuízo relevante para a instrução, a própria heterogeneidade do estágio das investigações recomenda a cisão.

Com efeito, o investigado Alexandre Romano, que não tem prerrogativa de foro nesta Corte, está preso preventivamente desde 15/8/15, por ordem do juízo de primeiro grau, e já foi denunciado por infração ao art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, ao passo que a investigação ainda se encontra embrionária em relação à Senadora da República.

Por óbvio, não compete ao Supremo Tribunal Federal formular juízo de admissibilidade de denúncia formulada

## RCL 24506 MC / SP

isoladamente contra imputado que não detém prerrogativa de foro.” (grifos nossos)

Assim, a apontada continência por cumulação subjetiva (CPP, art. 77, I), **por si só**, não justifica, à primeira vista, o *simultaneus processus* perante a Suprema Corte, que, como exposto, já determinou a cisão do feito e o prosseguimento das investigações, quanto a não detentores de prerrogativa de foro, em primeiro grau de jurisdição, ora sob a supervisão da autoridade reclamada.

Conforme decidido no Inq nº 3.842/DF-AgR-quinto, de **minha relatoria**,

“a imbricação de condutas, em razão de conexão ou continência (arts. 76 e 77, CPP), com fatos imputados a Senador da República não é suficiente para atrair os agravantes à Suprema Corte, haja vista que as normas constitucionais sobre prerrogativa de foro devem ser interpretadas restritivamente” (Segunda Turma, DJe 29/2/16).

Por outro lado, o acolhimento imediato da pretensão do reclamante poderia implicar na atração para a Suprema Corte, por conta de conexão ou continência, de todos os demais investigados sem prerrogativa de foro.

Agregue-se a esse fundamento o fato de que, em princípio, o reclamante não logrou êxito em demonstrar a potencialidade de prejuízo relevante, em razão da cisão do feito, para a persecução penal ou para a sua defesa.

Como se lê na jurisprudência da Corte, o desmembramento do feito, em relação a imputados que não possuam prerrogativa de foro, “deve ser a regra, diante da manifesta excepcionalidade do foro por prerrogativa de função, **ressalvadas as hipóteses em que a separação possa causar prejuízo relevante**” (Inq nº 2.903/AC-AgR, Pleno, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 1º/7/14 – grifei).

Diante dessas circunstâncias, não vislumbro, neste juízo de estrita

## RCL 24506 MC / SP

deliberação, situação de violação da competência prevista no art. 102, inciso I, alínea I, da Constituição Federal, para justificar a liminar pleiteada.

**Entretanto, vislumbro, na espécie, flagrante constrangimento ilegal passível de ser reparado mediante a concessão de habeas corpus de ofício.**

Como exposto, narra a inicial que o reclamante se encontra preso preventivamente desde 23/6/16, sem motivação idônea, cuidando-se de verdadeira antecipação de futura punição.

Nos termos do art. 654 , § 2º, do Código de Processo Penal, os juízes e os tribunais têm competência para expedir, de ofício, ordem de **habeas corpus** quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

Para **Souza Nucci**,

“é admissível que, tomando conhecimento da existência de uma coação à liberdade de ir e vir de alguém, o juiz ou o tribunal **determine** a expedição de ordem de 'habeas corpus' de ofício em favor do coato. Trata-se de providência harmoniosa com o princípio da indisponibilidade da liberdade, **sendo dever do magistrado** zelar pela sua manutenção” (Código de Processo Penal Comentado. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1322, grifo ).

O Supremo Tribunal Federal não se distancia dessa premissa teórica, já que admite, em sede de reclamação constitucional, a implementação de ordem de **habeas corpus** de ofício no intuito de reparar situações de flagrante ilegalidade devidamente demonstradas.

Confira-se:

“Reclamação. 2. Alegação de descumprimento da decisão proferida no HC 81769. 3. Pena. Dupla valoração. Internacionalidade do delito considerado no cálculo da pena base e como causa especial de aumento. 4. Correção levada a efeito pelo juiz sentenciante, que excluiu da fundamentação da pena base a internacionalidade, contudo, manteve o mesmo

## RCL 24506 MC / SP

quantum. 5. Reclamação improcedente. 6. Concessão de habeas corpus de ofício para que se proceda à nova dosimetria da pena-base, ante a impossibilidade desta ser igual à inicialmente glosada” (Rcl nº 2.636/RJ, Pleno, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJ de 10/2/06).

No mesmo sentido, destaco: Rcl nº 21.649/SP-AgR, Segunda Turma, de **minha relatoria** DJe de 18/3/16; Rcl nº 1.047/AM-QO, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Sidney Sanches**, DJ de 18/2/2000; e Rcl nº 412/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Octavio Gallotti**, DJ de 26/2/93.

**Fixado esse entendimento, passo à análise dos fundamentos da decretação da prisão preventiva do reclamante, que, à primeira vista, encerra situação de manifesto constrangimento ilegal.**

O juízo de primeiro grau assim justificou a presença do **periculum libertatis**, no tocante ao ora reclamante:

“Cumpre, agora, analisar a presença dos requisitos que ensejam a prisão cautelar.

Polícia e Ministério Público Federal sustentam basicamente risco à instrução criminal e à aplicação da lei penal.

Conforme acima fundamentado, os indícios da materialidade delitiva apontam prejuízo superior a **sete milhões de reais**, dinheiro que seria, em tese, fruto de corrupção passiva (propina) mediante a tentativa de dissimulação pelas notas fiscais referentes a supostos honorários advocatícios devidos pela CONSIST, o que, num primeiro momento, foi negado por PABLO KIPERSMIT, do grupo CONSIST (lavagem de valores).

A gravidade, **em tese**, do crime é evidente, porém a gravidade, por si só, não preenche os requisitos cautelares para a prisão preventiva.

Assim, deve-se analisar o caso concreto. Na presente situação, tem-se que PAULO BERNARDO é um agente político obviamente influente, tanto que ocupou um Ministério de grande relevância como o do Planejamento.

Existe o risco à instrução criminal, não só por conta da

condição política de PAULO BERNARDO. O risco concreto existe devido aos indícios da relação espúria com GUILHERME GONÇALVES e o referido FUNDO CONSIST. Nota-se, assim, desde o início o intuito de dissimulação que certamente não desaparece pelo fato de PAULO BERNARDO ser um ex-ministro. Há, portanto, um risco concreto de novas manipulações nas provas, tanto documentais como testemunhais, tanto em relação a PAULO BERNARDO quanto em relação a GUILHERME GONÇALVES.

Existe, ainda, o risco à aplicação da lei penal, eis que teriam sido desviados **sete milhões de reais (os pagamentos da CONSIST para GUILHERME GONÇALVES, que seria intermediário de PAULO BERNARDO)** e tal quantia ainda não foi devidamente localizada. **O risco de realização de novos esquemas de lavagem desses valores não localizados é expressivo.**

A não localização de expressiva quantia em dinheiro desviada dos cofres públicos representa, inclusive, risco à ordem pública, e aqui não se trata apenas do clamor público da sociedade evidentemente cansada da corrupção. Trata-se, sim, do risco evidente às próprias contas do País, que enfrenta grave crise financeira, a qual certamente é agravada pelos desvios decorrentes de cumulados casos de corrupção.

Vale lembrar, outrossim, que não existe apenas risco à ordem pública, quando o acusado mostra-se perigoso para a sociedade num sentido violento. Tal interpretação fatalmente relegaria a prisão preventiva apenas para investigados ou acusados pobres. A corrupção de quantias expressivas também representa um perigo invisível para a sociedade, que acaba se tornando vítima sem o saber, pois não vê que o dinheiro público desviado deveria ser aplicado em seu próprio favor, por meio da melhoria da infraestrutura e serviços públicos em geral do País.

Por tais razões, entendo presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva de PAULO BERNARDO SILVA e de GUILHERME DE SALLES GONÇALVES, para garantia da

ordem pública, da instrução criminal, e da aplicação da lei penal, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Os riscos apontados, especialmente os relacionados ao desvio de milhões de reais dos cofres públicos que podem não ser recuperados, e os relacionados à instrução criminal, não são passíveis de serem obstados por medidas cautelares mais brandas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal.

Lembro que a decretação de prisão preventiva não significa antecipação de juízo de culpabilidade. Ela é decorrente de uma combinação de indícios suficientes de materialidade e autoria delitiva e da presença dos requisitos cautelares, acima expostos.

O juízo de culpabilidade, ao menos na primeira instância, só é formado após o encerramento da instrução criminal e os requisitos da prisão preventiva são, em tese, analisados a qualquer tempo do processo, iniciando-se pela audiência de custódia, prevista na Resolução do Conselho Nacional de Justiça, que será devidamente designada”.

Como se observa, o juízo de primeiro grau justificou a necessidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública no fato de não ter sido localizada “expressiva quantia em dinheiro desviada dos cofres públicos”, o que representaria “risco evidente às próprias contas do País, que enfrenta grave crise financeira, a qual certamente é agravada pelos desvios decorrentes de cumulados casos de corrupção”.

De acordo com **Rodrigo Capez**,

“[p]rimeiramente, há que se restringir o alcance da expressão ‘ordem pública’. Embora se trate de um conceito jurídico indeterminado, a indeterminação do enunciado, como já tivemos oportunidade de expor neste trabalho, não se traduz em indeterminação de aplicação, a qual só permite uma ‘unidade de solução justa’ em cada caso, à qual se chega mediante uma atividade de cognição, objetivável, e não por um ato de volição.

Segundo Eduardo García de Enterría, identificam-se, na

estrutura de todo conceito jurídico indeterminado, i) um núcleo fixo ou zona de certeza, configurado por dados prévios e seguros; ii) uma zona intermediária ou de incerteza, ou 'halo do conceito', mais ou menos precisa; e, finalmente, iii) uma zona de 'certeza negativa', também segura quanto à exclusão do conceito. A dificuldade de se precisar a solução justa se concreta na zona de imprecisão ou 'halo conceitual', mas desaparece nas zonas de certeza, positiva ou negativa.

Quanto à zona de certeza negativa do conceito de ordem pública, é pacífico, no Supremo Tribunal Federal, que o estado de comoção social, a indignação popular, o clamor público suscitado pela prática do crime, assim como a necessidade de se acautelar o meio social e a credibilidade da justiça em razão da repercussão do crime, constituem fundamentos inidôneos, por si sós, para a prisão cautelar.

(...)

Na zona de certeza positiva, inclui-se a necessidade de se evitar a prática de infrações penais, ou, mais precisamente, de se impedir a reiteração criminosa. Pacífica, nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que é legítima a tutela cautelar que tenha por fim resguardar a ordem pública, **quando evidenciada a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa.**

Resta adentrar na zona intermediária ou de incerteza, vale dizer, no 'halo do conceito' de ordem pública.

Registre-se, preliminarmente, que o conceito de ordem pública não pode se prestar a qualquer fim. Se tudo couber no conceito de ordem pública, ele nada filtrará e não servirá como critério, razão por que deve necessariamente ser residual.

(...)

Ao invés de rejeitar o conceito de ordem pública, a pretexto de sua indeterminação ou de suas razões de ordem material, ou de persistir, em vão, na busca de um consenso para delimitá-lo, Maurício Zanoide de Moraes propõe que ele seja

determinado caso a caso, desde que atendidos, no mínimo, três requisitos cumulativos: i) pena abstratamente cominada para o crime imputado; ii) circunstâncias do crime e modo de execução (v.g., homicídio por esquartejamento ou mediante tortura, tráfico de quantidades superlativas de droga, etc.); e iii) relação temporal de proximidade entre o conhecimento da autoria do ato imputado e o momento da decretação da prisão cautelar. Trata-se de parâmetros externos ao conceito de ordem pública e que operam como limites à sua indevida expansão, evitando-se, desse modo, 'ingressar em seu conteúdo (que deve ter espaço interpretativo suficiente para ser atualizado no tempo e conforme as condições concretas), sem que com isso fique isento de margens restritivas que sejam simultaneamente proporcionais e constitucionais'.

A reforma do Código de Processo Penal, encetada pela Lei nº 12.403/11, acabou por encampar aquela proposta quanto ao requisito da pena cominada ao crime, para somente admitir a prisão preventiva originária nos crimes dolosos e quando a pena máxima exceder a quatro anos (art. 313, I), salvo se o agente for reincidente em crime doloso (art. 313, II).

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').

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.

Quanto às circunstâncias do crime e à sua particular forma de execução, Antônio Magalhães Gomes Filho sustenta que os elementos indicados no art. 282, II, do Código de Processo



Penal (gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado), isolada ou cumulativamente, não constituem fundamentos que, por si sós, autorizem a imposição de medidas cautelares. A seu ver, esses elementos ‘somente entram em jogo *depois* de verificada a admissibilidade da medida e de sua necessidade para assegurar uma (ou mais) das finalidades enumeradas no inciso antecedente’, quais sejam, a necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais.

Pensamos, todavia, que os três elementos indicados no art. 282, II, do Código de Processo Penal efetivamente se inter-relacionam para autorizar a formação do convencimento judicial a respeito da presença ou não do requisito ‘garantia da ordem pública’. A gravidade concreta do crime, revelada por suas circunstâncias e particular forma de execução, demonstra, concretamente, a periculosidade do agente, e permite um prognóstico de reiteração criminosa assentado em dados fáticos, e não em suposições.

Corroborando essa assertiva, as duas Turmas do Supremo Tribunal Federal admitem a decretação de prisão preventiva em razão da gravidade concreta do crime, para garantia da ordem pública, quando o comportamento do agente revelar, concretamente, a sua periculosidade, evidenciada pelo *modus operandi* da infração. De todo modo, será abusiva a decretação de qualquer medida cautelar lastreada na mera gravidade em abstrato do crime, por contrariar a presunção de inocência como norma de tratamento” (Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015).

Assentadas essas premissas, o fato, isoladamente considerado, 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.

## RCL 24506 MC / SP

O mesmo se diga quanto ao alegado “risco evidente às próprias contas do País, que enfrenta grave crise financeira”, por se tratar de mera afirmação de estilo, hiperbólica e sem base empírica idônea.

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 garantia da ordem pública seria cabível, em tese, caso houvesse demonstração de que o reclamante estaria transferindo recursos para o exterior, conduta que implicaria em risco concreto da prática de novos crimes de lavagem de ativos. Disso, todavia, por ora, não há notícia.

Também não foram apontados elementos concretos de que o reclamante, em liberdade, ora continuará a delinquir.

Nem se invoque a gravidade em abstrato dos crimes imputados ao reclamante e a necessidade de se acautelar a credibilidade da Justiça.

Como destacado no julgamento do HC nº 127.186/PR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 3/8/15,

“(…) a jurisprudência desta Suprema Corte, em reiterados pronunciamentos, tem afirmado que, por mais graves e reprováveis que sejam as condutas supostamente perpetradas, isso não justifica, por si só, a decretação da prisão cautelar (HC 94468, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, DJe de 03-04-2009; RHC 123871, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 05-03-2015; HC 121006, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 21-10-2014; HC 121286, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 30-05-2014; HC 113945, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 12-11-2013; HC 115613, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 13-08-2014). De igual modo, a jurisprudência do Tribunal tem orientação segura de que, em princípio, não 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). No mesmo sentido: HC 95358, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 06-08-2010; HC 84662, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, DJe de 22-10-2004). 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**” (grifei).

A decisão de primeiro grau invocou ainda a existência de risco à aplicação da lei penal, pelo fato de sete milhões de reais não terem sido localizados.

Ocorre que a necessidade da prisão preventiva para aplicação da lei penal visa tutelar, essencialmente, o perigo de fuga do imputado, que, com o seu comportamento, frustraria a provável execução da pena.

Ora, a não localização do produto do crime não guarda correlação lógica com o perigo de fuga do imputado.

Aliás, nem sequer basta a mera possibilidade de fuga, pois deve haver indícios de que o agente, concretamente, vá fazer uso dessa possibilidade, sob pena de abrir-se margem para a prisão de qualquer imputado.

No movediço campo das possibilidades, tanto cabe conjecturar que o agente vá fugir quanto que irá permanecer, o que demonstra a sua

fragilidade.

Por fim, a prisão preventiva amparou-se também na existência de risco à instrução criminal, em razão da “condição política” do reclamante e de “indícios da relação espúria com GUILHERME GONÇALVES e o referido FUNDO CONSIST”.

Houve ainda menção fluida, no decreto de prisão, a um suposto “intuito de dissimulação que certamente não desaparece pelo fato de PAULO BERNARDO ser um ex-ministro”, invocando-se ainda o “risco concreto de novas manipulações nas provas, tanto documentais como testemunhais”.

Ora, a necessidade da prisão para garantia da investigação ou da instrução criminal visa resguardar os meios do processo, evitando-se a ocultação, alteração ou destruição das fontes de prova.

Seu objetivo é fazer frente a uma situação de **perigo para a aquisição ou a genuinidade da prova**, de modo a permitir que o processo seja concluído segundo critérios de regular funcionalidade e alcance um resultado útil.

Assim, a decisão que impõe medida cautelar por esse fundamento deve indicar os elementos fáticos que demonstrem, **concretamente**, em que consiste o perigo para o regular desenvolvimento da investigação ou da instrução e a sua vinculação a um comportamento do imputado, uma vez que não pode se basear em mera conjectura ou suspeita.

Na espécie, a decisão do juízo de primeiro grau se lastreia, de modo frágil, na mera **conjectura** de que o reclamante, em razão de sua condição de ex-Ministro e de sua ligação com outros investigados e com a empresa envolvida nas supostas fraudes, poderia interferir na produção da prova, mas não indica um único elemento fático concreto que pudesse amparar essa ilação.

E, uma vez mais, a simples conjectura não constitui fundamento idôneo para a prisão preventiva.

Como já tive oportunidade de assentar no voto que proferi no HC nº 122.081/SP, Primeira Turma,

“[o] princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF),

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 se 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 (art. 5º, LXVI, CF), traduz punição antecipada - violando o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) - e resulta no tratamento do imputado como culpado.

A prisão preventiva exige, além do alto grau de probabilidade da materialidade e da autoria (**fumus commissi delicti**), a indicação concreta da situação de perigo gerada pelo estado de liberdade do imputado (**periculum libertatis**) e a efetiva demonstração de que essa situação de risco somente poderia ser evitada com a máxima compressão da liberdade do imputado.

Em outras palavras, para a prisão preventiva, é mister a indicação dos pressupostos fáticos que autorizam a conclusão de que o imputado, em liberdade, criará riscos para os meios ou o resultado do processo, sob pena de faltar a ela justificação constitucional.

Na espécie, a prisão preventiva foi decretada exclusivamente com base na mera gravidade da infração e na suposição de que o paciente poderia praticar “atos tendentes ao impedimento da apuração da verdade real e oitiva judicial pela vítima”, bem como se furtar à futura aplicação da lei penal, com emprego de fórmulas de estilo hipotéticas válidas para todos os casos e para qualquer imputado, sem base em elementos fáticos concretos.

Ocorre que simples possibilidades, meras suspeitas, ilações, suposições ou conjecturas não autorizam a imposição da prisão cautelar.

Assim como o réu poderia fugir ou coagir a vítima e testemunhas, ele também poderia não fazer nada disso.

A presunção, com base naquela conjectura, seria de culpabilidade, e não de inocência”.

Digno de registro, ainda, excerto do voto condutor do HC nº 105.556/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJe de 30/8/13, 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)” (grifos do autor).

Em suma, descabe a utilização da prisão preventiva como antecipação de uma pena que não se sabe se virá a ser imposta.

Aliás, nem mesmo no curso da AP nº 470, vulgarmente conhecida como o caso “mensalão”, conduzida com exaço pelo então Ministro **Joaquim Barbosa**, houve a decretação de prisões provisórias, e todos os réus ao final condenados estão cumprindo ou já cumpriram as penas fixadas.

Mais não é preciso acrescentar para se concluir que a decisão que decretou a prisão preventiva do ora reclamante contrasta frontalmente com o entendimento consolidado pela Suprema Corte a respeito dos

## RCL 24506 MC / SP

requisitos da prisão cautelar, e não pode subsistir.

Ante o exposto, **indefiro** a liminar requerida.

Todavia, por reputar configurado flagrante constrangimento ilegal, passível de correção por **habeas corpus** de ofício quando do julgamento de mérito da ação, determino cautelarmente, sem prejuízo de reexame posterior, a revogação da prisão preventiva de Paulo Bernardo Silva, decretada nos autos do processo nº 5854- 75.2016.403.6181.

Determino, ainda, que o Juízo Federal da 6ª Vara Criminal Especializada em Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e em Lavagem de Valores da Seção Judiciária de São Paulo avalie a necessidade, se for o caso, de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, dentre aquelas previstas no art. 319, incisos I, II, III, IV, V e IX, e no art. 321, ambos do Código de Processo Penal.

Comunique-se, solicitando à autoridade reclamada informações (RISTF, art. 157) específicas a respeito das alegações do reclamante em sua exordial, no sentido de que as diligências levadas a cabo pela autoridade policial e pelo **Parquet** Federal, estariam direcionadas tanto às condutas imputadas ao reclamante quanto às da Senadora Gleisi.

Com efeito, segundo a inicial,

“a investigação trata PAULO BERNARDO e GLEISI HOFFMANN sempre, invariavelmente, como coautores dos mesmos fatos, buscando claramente caracterizar uma espécie de permanente e indivisível “concurso necessário” entre eles, de forma a evidenciar-se a hipótese de continência subjetiva (CPP, art. 77, I), o que leva à atração do feito ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, por força da prerrogativa de foro da Senadora da República”.

Cópia da petição inicial deverá acompanhar a missiva.

Após, abra-se vista à Procuradoria-Geral da República.

Publique-se.

Brasília, 29 de junho de 2016.



**RCL 24506 MC / SP**

**Ministro DIAS TOFFOLI**

**Relator**

*Documento assinado digitalmente*