

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**OS ELOS DE JUSTIFICAÇÃO E DE COERÇÃO SIMBÓLICA ENTRE A
COLABORAÇÃO PREMIADA E A PRISÃO PREVENTIVA**

THALIA MARTINS DE ANDRADE

Rio de Janeiro

2020/2

THALIA MARTINS DE ANDRADE

**OS ELOS DE JUSTIFICAÇÃO E DE COERÇÃO SIMBÓLICA ENTRE A
COLABORAÇÃO PREMIADA E A PRISÃO PREVENTIVA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da **Professora Dr^a Junya Rodrigues Barletta**.

Rio de Janeiro

2020/2

CIP - Catalogação na Publicação

A553e Andrade, Thalia Martins de
Os elos de justificação e de coerção simbólica
entre a colaboração premiada e a prisão preventiva /
Thalia Martins de Andrade. -- Rio de Janeiro, 2021.
111 f.

Orientadora: Junya Rodrigues Barletta.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

1. Colaboração Premiada. 2. Prisão Preventiva. 3.
Justificação Probatória . 4. Coerção Simbólica. 5.
Processo Penal Garantista. I. Barletta, Junya
Rodrigues, orient. II. Título.

THALIA MARTINS DE ANDRADE

**OS ELOS DE JUSTIFICAÇÃO E DE COERÇÃO SIMBÓLICA ENTRE A
COLABORAÇÃO PREMIADA E A PRISÃO PREVENTIVA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da **Professora Dr^a Junya Rodrigues Barletta**.

Data da Aprovação: 07/06/2021

Banca Examinadora:

Orientadora Professora Dr^a Junya Rodrigues Barletta.

Membro da Banca – Dr. Diogo Rudge Malan

Membro da Banca – Ma. Isabella Corrêa de Lucena

Rio de Janeiro

2020/2

DEDICATÓRIA

À Francisca Helena Ferro (*in memoriam*), minha avó, que me inspira, com sua memória, a enfrentar as adversidades de uma sociedade desigual, e que teve de enfrentar a extrema pobreza no sertão do Ceará para que, hoje, eu pudesse estar na melhor Universidade do Brasil.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Rosa Maria, por ter plantado em mim, desde pequena, a semente dos estudos. Mesmo sem recursos e sem instrução, me ensinou a valorizar o conhecimento, me inspirando, através da sua postura e conselhos, a me tornar uma mulher independente. Mãe, obrigada, também, por ter me colocado sempre como objeto das suas orações constantes.

Ao meu pai, Francisco de Assis, que, durante cinquenta e cinco anos na profissão de garçom, sempre se comprometeu, à medida do que podia, a não deixar que nada me faltasse.

À minha irmã, Camila, pelos conselhos, diálogos, incentivos e por ser fonte inspiração, ao se tornar a primeira pessoa da família a ter ensino superior, mesmo com todas as dificuldades que a vida a submeteu.

À minha tia, Antônia “Loira”, por sempre acreditar em mim e me ajudar com a aquisição dos meus materiais didáticos.

À minha família, os Ferro, os Martins e os Andrade, por terem me ensinado, com suas histórias, a ter força e persistência nas adversidades da vida.

Ao Marcelo, pelo carinho e afeto, como também pelo companheirismo, que marca essa nossa relação que estamos construindo juntos. Agradeço, também, por acreditar no meu potencial, quando me encontrava em momentos de angústia, sem soltar a minha mão.

À minha querida orientadora e professora, Junya Barletta, por ter plantado em mim a semente do Garantismo Penal durante as aulas da eletiva “Prisão Provisória e Direitos Humanos”, em 2017, o que foi fundamental para estabelecer a minha referência teórica como futura jurista. Agradeço, também, pelo compartilhamento de conhecimento, pelos conselhos, pelas sugestões, referências bibliográficas e conversas, que foram fundamentais para elaboração desta monografia e para minha formação acadêmica.

À minha amiga e ao meu amigo, Nicole e Gentil, por serem essas pessoas especiais, cuja amizade não abro mão. Acompanhar a trajetória acadêmica de vocês é de uma imensa felicidade.

Às minhas amigas e aos meus amigos da Faculdade Nacional de Direito, especialmente Julia Timbó, Lucas Justino, Thamires Chaves, Thales Lopes, Antara Morri, Alice Maciel, Malu,

Juliana Jesus e Luiza Corrêa, por dividirem comigo as alegrias e angústias dessa jornada que é a graduação.

Aos grupos de extensão DiaTrab e Najup Luiza Mahin, que performam a minha história com a extensão crítica, participativa e colaborativa.

Às minhas professoras e aos meus professores da Escola Municipal Maria Clara Machado, da Escola Municipal Jackson de Figueiredo, da Escola Municipal Dom Pedro I, do Colégio Pedro II e da Faculdade Nacional de Direito/UFRJ, por terem me auxiliado na construção da minha individualidade e da minha responsabilidade como sujeito social.

À presidenta Dilma Rousseff e ao presidente Luiz Inácio Lula da Silva e aos movimentos sociais, pela luta e pela implementação das cotas no âmbito das instituições federais, de forma a democratizar o ensino público superior do país.

À educação pública, gratuita e de qualidade, que deve ser a política *suleadora* da educação nacional.

EPÍGRAFE

*Não quero ter a terrível limitação de quem vive apenas
do que é passível de fazer sentido.*

Clarice Lispector

RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem por escopo analisar a correlação de justificação e de coerção simbólica entre a colaboração premiada e a prisão preventiva. A justificativa para a escolha deste objeto partiu das seguintes indagações: o conteúdo produzido por uma colaboração premiada pode fundamentar decisão que decreta prisão preventiva? A prisão preventiva pode ser utilizada como mecanismo para obtenção de propostas de colaboração premiada? Tais questionamentos emergem de um contexto social brasileiro, no bojo da megaoperação Lava Jato, em que o processo penal, especialmente os institutos da colaboração premiada e da prisão preventiva, está sendo frequentemente demandado para o combate à corrupção no país. Nesse sentido, com o intuito de construir um aparato teórico que responda e fundamente as problematizações expostas, adotou-se, como metodologia, um exame teórico do objeto, valendo-se da teoria da prova criminal, dos princípios orientadores do processo penal, como também das ciências auxiliares da Psicologia Cognitiva e da Sociologia. Por fim, esta monografia será concebida a partir da perspectiva teórica do garantismo penal, teorizada pelo jurista Luigi Ferrajoli, visto que se compreende que a análise garantista se compactua com o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: colaboração premiada; prisão preventiva; justificação probatória; coerção simbólica; processo penal garantista.

ABSTRACT

The present academic work aims to analyze the correlation of justification and symbolic coercion between awarded collaboration and pre-trial detention. The justification for the choice of this object came from the following questions: the content produced by an award-winning collaboration can substantiate decision ordering remand? Can pre-trial detention be used as a mechanism to obtain award-winning collaborative proposals? Such questions emerge from a Brazilian social context, in the midst of the megaoperation Car-Wash "Lava Jato", in which criminal proceedings, especially the institutes of award-winning collaboration and preventive detention, are often being demanded to fight corruption in the country. In this sense, in order to build a theoretical apparatus to answer and substantiate the problems exposed, a theoretical examination of the object was adopted as a methodology, using the theory of criminal proof, the guiding principles of the criminal process, as well as the auxiliary sciences of cognitive psychology and sociology. Finally, this monograph will be conceived from the theoretical perspective of penal garantism, theorized by the jurist Luigi Ferrajoli, since it is understood that the guaranteed analysis is compatible with the democratic rule of law.

Keywords: Award-winning collaboration; pre-trial detention; evidential justification; symbolic coercion; criminal procedural guarantor

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. UMA PERSPECTIVA CRÍTICA ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA	17
1.1 A mitigação da verdade processual adversarial através da metodologia do consenso e da hibridiz processual da colaboração premiada	18
1.2 A validade da norma e os pressupostos de utilidade e interesse públicos da colaboração premiada	26
2. A (I)LEGITIMIDADE E OS CRITÉRIOS DE APLICABILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA	32
2.1 A (i)legitimidade da prisão preventiva através da perspectiva do garantismo penal	34
2.2 Os critérios de fundamentação e proporcionalidade da prisão preventiva	39
3. OS ELOS DE JUSTIFICAÇÃO E DE COERÇÃO SIMBÓLICA ENTRE A COLABORAÇÃO PREMIADA E A PRISÃO PREVENTIVA	43
3.1 A colaboração premiada como fundamento para aplicação da prisão preventiva	44
3.1.1 Justificante objetiva: aspecto processual	44
3.1.2 Justificante subjetiva: aspectos da Psicologia Cognitiva	51
3.2 A colaboração premiada como fim a ser obtido através da aplicação da prisão preventiva	57
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	70
ANEXO A - MANIFESTAÇÃO DO MPF PELA MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE RÉGIS FICHTNER	75
ANEXO B - DECISÃO DO STJ PELA MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE EDMAR SANTOS	101

INTRODUÇÃO

“No íntimo havia talvez o incerto desejo de provocar a nova justiça inquisitorial, perturbar acusadores, exhibir em tudo aquilo embustes e patifarias. Essa vaidade tola devia basear-se na suposição de que enxergariam em mim um indivíduo, com certo número de direitos.”¹

Graciliano Ramos, em suas memórias do cárcere, narra subjetivamente as lembranças sobre o momento em que ficou encarcerado, durante o Estado Novo, sob suspeita de participar do levante revolucionário denominado “Intentona Comunista”. Sem o devido processo legal, o literata foi preso em um quartel militar na cidade de Natal, sofrendo torturas e maus-tratos.

O trecho exposto, extraído de sua obra, demonstra certa inquietação mental do autor em resistir contra esse modelo inquisitorial de justiça criminal, na esperança de o reconhecerem como sujeito de direitos.

Embora esse relato seja contextualizado em um Brasil que possuía um modelo de governo historicamente autoritário, esses resquícios inquisitoriais do processo penal ainda permanecem na legislação e na hermenêutica jurídica. Mesmo que a Constituição de 1988 tenha cristalizado os princípios acusatório e do devido processo legal como matrizes fundantes da persecução penal, bem como estabelecido garantias judiciais, a mentalidade inquisitória ainda se faz presente porque a opinião pública a legitima.

As expressões “combate à criminalidade”, “combate à impunidade”, “combate à corrupção” estão presentes no cotidiano popular. Através dessas demonstrações de insatisfação punitiva, é que se legitimam os mais temerários sistemas de justiça criminal que se autoalimentam de demagogias populistas².

¹ RAMOS, Graciliano. **Memórias do Cárcere**. Rio de Janeiro: Record, 1953, p. 22.

² Demagogias populistas seriam discursos ou práticas que induzem a vontade popular, através da satisfação ou manipulação da opinião pública. Desse modo, elas seriam responsáveis pela falta de certo rigor científico ou crítico no solucionamento de problemas sociais, já que se baseiam, materialmente, no senso comum, a fim de obter aprovação ou legitimidade política.

Esse quadro de irracionalidade punitiva, que se pauta na necessidade da punição³ como solução, distorce todos os fundamentos de uma jurisdição que se pauta pela adversariedade e no resguardo garantias. Nessa linha, Ferrajoli assevera que:

A jurisdição é uma instituição anti-majoritária. Sua legitimidade não reside no caráter popular do juiz, mas no cumprimento de todas as garantias criminais e processuais necessárias para minimizar a possibilidade de condenações de inocentes.⁴

Tais discursos populistas sobre a seara criminal foram trunfos para a criação do que se pode chamar de “lavajatocracia”. A força tarefa da Lava Jato, formada pela polícia federal e membros do Ministério Público, foi responsável, basicamente, em deflagrar operações que condenaram políticos e empresários, sob o discurso de “combate à corrupção”. Além de realinhar o quadro político brasileiro e alienar empresas nacionais com destaque econômico⁵, a megaoperação causou, no âmbito jurídico, procedimentos e processos criminais, cuja legalidade do trâmite é ainda questionável⁶.

Fortalecida pelos grandes veículos de comunicação, legitimada pelo senso comum através do discurso de “combate à corrupção” e vista como expressão institucional da eficiência punitiva, a Lava Jato utilizou-se de todas as medidas processuais para um show midiático de “Caça às bruxas”.

³ A necessidade de punir como marco da racionalidade penal moderna. (PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos**: CEBRAP, [s. l], n. 68, p. 39-60, mar. 2004).

⁴ **GLOBO. Qualquer confusão entre acusação e julgamento é prejudicial à imparcialidade, diz pai do Garantismo Penal.** São Paulo, 24 jul. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/07/qualquer-confusao-entre-acusacao-e-julgamento-e-prejudicial-a-imparcialidade-diz-pai-do-garantismo-penal.shtml>. Acesso em: 11 abr. 2021.

⁵ Walfrido Warde tece uma crítica acerca de como o espetáculo da corrupção no país, gerido pela Lava Jato, resultou na perda de soberania nacional, no âmbito econômico, ao pontuar que: “A morte da grande empresa brasileira, consequência do brutal ataque ao capitalismo nacional, que se travestiu de combate à corrupção, submeterá, em breve, os nossos ativos, sim, os ativos nacionais, do povo brasileiro, ao que gosto de chamar, talvez impropriamente, de mínimo preço estrutural, isto é, o preço que se forma no mercado em que só há um comprador ou um grupo de compradores coordenados – e que, portanto, é determinado por esse comprador solitário diante de um vendedor prostrado. Nesse dia, sem forças, suplicaremos para que nos comprem, de novo e como sempre, por espelhos e miçangas. Nesse dia, felizes, veremos nossos filhos bater continência aos generais de um exército corporativo apátrida – num mundo desnacionalizado – e, portanto, descomprometido com as coisas e com as pessoas do Brasil”. (WARDE, Walfrido. **O espetáculo da corrupção**: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país. Rio de Janeiro: LeYa, 2018, p. 32).

⁶ Recentemente, por exemplo, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal, no HC 164.493, julgou suspeito o ex-juiz da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR, Sérgio Moro, por ferir o princípio da jurisdicionalidade (independência, juiz natural, imparcialidade) no julgamento do ex-presidente Lula no caso do Triplex de Guarujá/SP.

É nesse quadro político que os núcleos do objeto deste trabalho acadêmico foram selecionados. Considerando que a prisão preventiva e a colaboração premiada foram mecanismos exacerbadamente utilizados nas operações embutidas na Lava Jato, observou-se a importância de uma análise epistemológica dos modos pelos quais elas foram utilizadas, para que não sejam legitimadas somente pelo viés da doxocracia, isto é, da preponderância da opinião pública em usá-las como meios eficazes para se processar criminalmente políticos e empresários.

Verificando esse quadro fático, estabeleceu-se as seguintes indagações investigativas: o conteúdo produzido por uma colaboração premiada pode fundamentar decisão que decreta prisão preventiva? A prisão preventiva pode ser utilizada como mecanismo para obtenção de propostas de colaboração premiada?

A partir desses questionamentos, buscou-se discorrer acerca da relação de justificação e de coerção simbólica entre a colaboração premiada e a prisão preventiva.

A relação de justificação consistiria no exame do conteúdo da colaboração premiada servir como fundamento para a aplicação de prisão preventiva. Para isso, se realizará um estudo acerca da natureza jurídico-probatória da colaboração premiada, através da teoria da prova no processo penal, como também da confiabilidade da palavra do delator, por meio da ciência auxiliar da Psicologia Cognitiva.

Por outro lado, o liame de coerção simbólica se dará através da definição sociológica desse conceito, promovida por Pierre Bourdieu⁷, ao analisar se a prisão preventiva pode ser ou se está sendo utilizada como meio para se obter colaborações premiadas. Subsidiariamente, empregar-se-á os princípios orientadores do processo penal, com o intuito de examinar a constitucionalidade desse uso.

Com o propósito de responder às perguntas e explicar tais relações estabelecidas, o presente trabalho adotou, como metodologia, um exame teórico de seu objeto, valendo-se da

⁷ Bourdieu desenvolveu tal conceito, observando a dinâmica do sistema educacional. (BOURDIEU, Pierre. **La reproduction**. Paris: Ed. de Minuit, 1970., apud. VASCONCELLOS, Maria Drosila. Pierre Bourdieu: A herança sociológica. **Educação e Sociedade**, [s. l], v. 78, p. 77-87, abr. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/es/v23n78/a06v2378.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2021).

pesquisa de fontes bibliográficas e documentais sobre a teoria da prova criminal, os princípios orientadores do processo penal e as ciências auxiliares da Psicologia Cognitiva e da Sociologia, para o melhor estudo deste trabalho acadêmico.

Salienta-se que a perspectiva teórica adotada no decorrer deste escrito foi a do garantismo penal, teorizada pelo jurista Luigi Ferrajoli, como ótica pela qual se abordará o objeto. Nesse sentido, compreende-se o neopositivismo, matriz jusfilosófica do garantismo penal, como premissa básica da teoria geral do direito brasileiro, ao conceber a constitucionalização do ordenamento jurídico, ou propriamente do processo penal, a partir de seus princípios orientadores e garantias.

Isto posto, o desenvolvimento do trabalho se divide em três partes.

O primeiro capítulo tem como objetivo discorrer criticamente acerca da natureza jurídica da colaboração premiada, a partir de sua definição jurídica atribuída pela lei. 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”). O exame isolado deste instituto negocial é primordial para averiguar a problemática em torno do seu delineamento formal (negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova)⁸ e substancial (informações produzidas pelo colaborador) para a consequente construção da verdade processual. Além disso, também é importante verificar a compatibilidade (ou não) dos seus pressupostos (utilidade e interesse públicos)⁹ com a sistemática do processo penal, cujo núcleo fundante é o princípio adversarial.

O segundo capítulo possui o propósito de realizar uma exposição crítica acerca da (i)legitimidade e dos critérios de aplicabilidade da prisão preventiva. A discussão desses pontos é essencial para compreender se, por si só, a existência desta medida cautelar, em um sistema processual penal que se orienta pelo princípio da presunção de inocência, é controversa. Nessa esteira, também é importante abordar os critérios de fundamentação e de proporcionalidade para a aplicação da prisão preventiva, com o fim de evidenciar as hipóteses normativas em que o conteúdo da delação premiada deve se adequar para justificar (ou não) essa restrição de liberdade.

⁸ Como definição do que vem a ser a colaboração premiada, o artigo 3º-A da Lei. 12.850/13 dispõe que: “O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.”.

⁹ Como pressupostos da colaboração premiada, artigo 3º-A da Lei. 12.850/13, parte final, dispõe que: “ (...) que pressupõe utilidade e interesse públicos.”.

Trata-se de um itinerário necessário para abordar criticamente e singularmente a natureza jurídica, a definição, os caracteres e as discussões em torno dos núcleos (colaboração premiada e prisão preventiva) que compõem o objeto deste trabalho acadêmico, para, então, adentrar o terceiro capítulo, em que se desenvolve o problema de pesquisa.

Dessa forma, o último capítulo tem como escopo desenvolver propriamente o objeto desta monografia. Em uma primeira parte, busca-se, através das justificantes objetiva (processual-probatória) e subjetiva (fenômenos da Psicologia Cognitiva), tecer a problemática em torno da colaboração premiada poder fundamentar decisões que aplicam a prisão preventiva. Na segunda parte, após construir um entendimento preliminar e sociológico da coerção simbólica, pretende-se estudar, por meio de um estudo principiológico constitucional, se a prisão preventiva pode ser utilizada como meio coercitivo para obter delações premiadas, bem como se ela está servindo a esse determinado fim.

Por derradeiro, no que tange ainda ao último capítulo, utilizou-se, nas duas abordagens, casos concretos para a ambientação dos temas. Os casos escolhidos foram as decisões de prisão preventiva de Régis Fichtner, ex-secretário da casa civil do governo de Sérgio Cabral, em 2019, e de Edmar Santos, ex-secretário da saúde no governo estadual de Wilson Witzel, em 2020.

1. UMA PERSPECTIVA CRÍTICA ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA

A lei 13.964/2019, denominada também como “Pacote Anticrime”, definiu a natureza jurídica da colaboração premiada no bojo do ordenamento jurídico brasileiro, quando incluiu o artigo 3º-A na lei 12.850/2013, com a seguinte narrativa: “O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.”.

Decerto, tal previsão normativa positivou o entendimento reiterado da doutrina e da jurisprudência, no sentido de confirmar que este instituto seria um negócio jurídico processual entre investigado/indiciado/réu e Ministério Público e/ou Polícia Judiciária¹⁰. Nesse sentido, o acordo de colaboração premiada consistiria na negociação de potencial sanção punitiva e/ou no afastamento da obrigatoriedade da ação penal¹¹, por parte do *parquet*, em troca de informações do colaborador que auxiliassem a parte acusatória na elucidação de crimes.

Os resultados dessa negociação, isto é, as informações fornecidas pelo colaborador, seriam considerados meios de obtenção de provas, capazes de produzir elementos probatórios essenciais para a construção da verdade processual, ao observar o seu devido procedimento legal¹².

A partir dessa descrição normativa do que vem a ser o instituto, no presente capítulo, coube destacar dois núcleos jurídico-semânticos dessa delineação da colaboração premiada –

¹⁰ A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5508 considerou constitucional a celebração de acordos de colaboração premiada pelo delegado de polícia, na fase do inquérito policial, com a obrigatória opinião do Ministério Público.

¹¹ O artigo 4º, §4º, da Lei. 12.850/13 expõe que: “ (...) o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se à infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.”.

¹² O procedimento da colaboração premiada se desenvolve, em regra geral, em quatro momentos: negociações, formalização do acordo/homologação judicial, produção de provas com a efetivação dos elementos probatórios extraídos do acordo e sentenciamento. Vinicius Vasconcellos dispõe que: “as negociações e a formalização do acordo ocorrem na etapa investigativa, antes do início do processo. Após a homologação do acordo é oferecida a denúncia, de modo que a efetiva colaboração se desenvolve já na fase processual, permitindo a produção da prova em contraditório, e com o objetivo de embasar a sentença que será proferida no próprio processo. Portanto, o procedimento “padrão” da colaboração premiada desenvolve-se em quatro fases: 1) negociações; 2) formalização/homologação; 3) colaboração efetiva e produção da prova; e, 4) sentenciamento e concretização do benefício.”. (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 292).

“negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova”, bem como “(...) pressupõe utilidade e interesses públicos” - com o fim de examiná-los à luz dos princípios orientadores do processo penal adversarial, como também diante dos fundamentos do neopositivismo jurídico¹³, matriz jusfilosófica da teoria geral do direito brasileiro, sendo ambos corroborados pela teoria do garantismo penal¹⁴.

Tal apreciação é fundamental para verificar a controvérsia em torno do aspecto formal (negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova) e substancial (informações produzidas pelo colaborador) da colaboração premiada, como também da adequação (ou não) dos seus pressupostos (utilidade e interesse públicos) com a sistemática do processo penal, propriamente acusatório.

Ante o prosseguimento da leitura, importante esclarecer a ordem de exposição desses dois núcleos significativos, tendo em vista que irão refletir a coerência metodológica em fazer um estudo, primeiramente, sobre a forma e o aspecto substancial da colaboração premiada, para posteriormente se debruçar sobre seus pressupostos.

1.1 A mitigação da verdade processual adversarial através da metodologia do consenso e da hibridiz processual da colaboração premiada

¹³ O neopositivismo jurídico seria a reconstrução do positivismo jurídico, ao trazer à tona o conceito de constitucionalismo rígido que, segundo Luigi Ferrajoli, teria a seguinte definição: “O constitucionalismo rígido, como escrevi inúmeras vezes, não é uma superação, mas sim um reforço do positivismo jurídico, por ele alargado em razão de suas próprias escolhas – os direitos fundamentais estipulados nas normas constitucionais – que devem orientar a produção do direito positivo. Ele é o resultado de uma mudança de paradigma do velho juspositivismo, que se deu com a submissão da própria produção normativa a normas não apenas formais, mas também substanciais, de direito positivo. Representa, portanto, um completamento tanto do positivismo jurídico como do Estado de Direito: do positivismo jurídico porque positiva não apenas o “ser” mas também o “dever ser” do direito; e do Estado de Estado de Direito porque comporta a submissão, inclusive da atividade legislativa, ao direito e ao controle de constitucionalidade.” (FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 22-23).

¹⁴ Sérgio Cademartori esclarece que o “garantismo se enquadra dentro do positivismo jurídico próprio do Estado moderno, caracterizado pela forma estatal do Direito e pela forma jurídica do Estado, aquela conformada pelo princípio *auctoritas, non veritas facit legem* e este pelo princípio da legalidade. Mas embora enquadrável dentro do positivismo, adquire a teoria garantista contornos indiscutivelmente próprios (...)”. (CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 115-116).

A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova de alguns crimes específicos¹⁵, foi detalhada minuciosamente com a lei. 12.850/2013 (artigos 3º-A a 7º), embora sua previsão, em diferentes moldes, seja antecedente a essa legislação¹⁶. Tal como uma representação de “antropofagia jurídica”, que adapta institutos da *commom law* à realidade jurídica da *civil law*, o aparecimento da colaboração premiada não foi espontânea, já que é visível a expansão dos mecanismos de consenso no meio criminal para países ocidentais com ordenamentos jurídicos legalistas.

Por mais que a colaboração premiada tenha provocado mais alvoroço político, devido ao discurso declarado de seus fins e usos¹⁷, as primeiras demonstrações da justiça criminal negocial no Brasil ocorreram com a lei dos Juizados Especiais Criminais (lei 9.099/1995), através da previsão da transação penal¹⁸ e da suspensão condicional do processo¹⁹. Depois disso, com advento da lei. 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), o Código de Processo Penal brasileiro passa a incorporar outro instituto típico de uma justiça criminal negocial, a saber, o acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28-A.²⁰

Evidente que as raízes da justiça criminal negocial precedem à colaboração premiada. Todavia, qual seria o entendimento, para fins de definição, atribuído à justiça criminal negocial?

¹⁵ Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (nº 7.492/86, art. 25, § 2º), Lei de Drogas (nº 11.343/06, art. 33, § 4º), Lei de Lavagem de Dinheiro (nº 9.613/98, art. 1º, § 5º), Lei de Proteção a Vítimas e a Testemunhas (Lei nº 9.807/98, arts. 13 e 14) e Lei de Organizações Criminosas (nº 12.850/13, art. 3º-A a 7º).

¹⁶ A título exemplificativo, há as seguintes legislações antecedentes: Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (nº 7.492/86, art. 25, § 2º), Lei de Drogas (nº 11.343/06, art. 33, § 4º), Lei de Lavagem de Dinheiro (nº 9.613/98, art. 1º, § 5º) e Lei de Proteção a Vítimas e a Testemunhas (Lei nº 9.807/98, arts. 13 e 14).

¹⁷ A ideia bastante difundida entre juristas “lavajatistas” e publicizada pela grande mídia seria a que a colaboração premiada é necessária no ordenamento jurídico brasileiro, pois é fundamental o seu papel desestabilizador de “organizações criminosas” nas práticas de crimes de colarinho branco no meio político brasileiro. Nessa linha, Guilherme Nucci acredita que: “(...) parece-nos que a delação premiada é um mal necessário, pois o bem maior a ser tutelado é o Estado Democrático de Direito. Não é preciso ressaltar que o crime organizado tem ampla penetração nas entranhas estatais e possui condições de desestabilizar qualquer democracia, sem que se possa combatê-lo, com eficiência, desprezando-se a colaboração dos conhecedores do esquema, dispondo-se a denunciar coautores e partícipes.” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 52).

¹⁸ A transação penal é a aplicação de pena restritiva de direitos ou de multa, sem instrução regular do processo no procedimento sumaríssimo, em crimes de menor potencial ofensivo, conforme condições estabelecidas nos parágrafos do artigo 76 da Lei. 9.099/1995. Nesta modalidade de justiça criminal negocial, há presunção de culpa, sem confissão, já que a sanção penal é imposta, com o benefício de não ser registrada como reincidência.

¹⁹ A suspensão condicional do processo pressupõe uma presunção de culpa por parte do réu, o qual desiste da instrução criminal, mediante aceitação e cumprimento das condições elencadas pelo Ministério Público, com base no artigo 89, §§ 1º e 2º da lei. 9.099/1995. Findo o tempo de cumprimento das condições estabelecidas, a pretensão punitiva do Estado se extingue, não podendo servir como maus antecedentes ou reincidência.

²⁰ O acordo de não persecução penal foi acrescentado ao código de processo penal pela lei. 13.964/2019, prevendo que, caso o indiciado confesse os fatos incriminadores, desde que o tipo legal não tenha violência ou grave ameaça e não ultrapasse 04 anos da pena mínima em abstrato, a instrução criminal não será iniciada, sendo arquivado o inquérito policial com o cumprimento de alguma medida elencada pelos incisos do artigo 28-A do CPP.

Segundo Vinicius Vasconcellos, essa face da justiça criminal poderia ser lida como:

modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes.²¹

Logo, haveria uma uniformidade entre a pretensão acusatória²² e a pretensão defensiva, de forma que a Defesa renuncie ao processo penal tradicional (com todas as garantias), em troca da imposição de uma sanção penal menos gravosa.

Importante estabelecer, também, uma diferenciação crucial, no âmbito da justiça criminal negocial, entre barganha e colaboração premiada, mesmo que a criação desta tenha sido influenciada diretamente pelo instituto norte-americano do *plea bargain*²³. Enquanto a barganha requer apenas a autoincriminação do colaborador para fins de algum benefício próprio relativo à sanção penal, a colaboração premiada abarcaria a barganha, mas com um fator adicional: ela precisa contribuir com a função acusatória, incriminando terceiros, revelando a hierarquia e o *modus operandi* da organização criminosa, prevenindo delitos que poderão ocorrer, recuperando total ou parcialmente bens produtos de crime e/ou localizando as vítimas dos crimes provocados pela organização criminosa.²⁴ Sem que ocorra algum resultado elencado pelo artigo 4º da lei. 12.850/2013, o acordo será apenas barganha, o que trará somente produção de prova contra o próprio colaborador.

²¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 20.

²² Aury Lopes denota que “é um erro falar em ‘pretensão punitiva’, na medida em que o Ministério Público não atua no processo penal como ‘credor’ (cível) que pede a adjudicação de um direito próprio. Ao MP não compete o poder de punir, mas de promover a punição. Por isso, no processo penal não existe lide, até porque não existe ‘exigência punitiva’ que possa ser satisfeita fora do processo (de novo o princ. da necessidade). O MP exerce uma ‘pretensão acusatória’ e, o juiz, o pode condicionado de punir.”. (LOPES JUNIOR, Aury. Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal. 2014. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>. Acesso em: 12 ago. 2020).

²³ Jamilla esclarece que “O plea bargaining como forma de negociação entre o Estado e acusados, cujo resultado é a concessão de vantagens pela admissão de culpa (*plea guilty*) ou renúncia ao direito de contestar as imputações (*nolo contendere*) que evitam o julgamento, bem como a colaboração com a justiça para o deslinde de outros aspectos do delito, se faz presente na cultura jurídica estadunidense desde o século XIX”. (SARKIS, Jamilla Monteiro. **Delação Premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração**. 2018. 263 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-B2EK5F/1/disserta_o_jamilla_monteiro_sarkis_dela_o_premiada.pdf. Acesso em: 07 jul. 2020. p. 15).

²⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 22.

No tocante à natureza jurídica, a lei.13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) promoveu uma definição normativa acerca do papel que a colaboração premiada exerce no processo penal brasileiro. Segundo o artigo 3º-A do dispositivo legal, a colaboração premiada seria meio de obtenção de prova, como também negócio jurídico processual, o que a torna um instituto dual, haja vista que agrega dois campos significativos, mas também um instituto híbrido, pois aglutina duas compreensões de meios de obtenção de um desfecho processual, essencialmente, paradoxais.

Cediço é que o processo penal se inicia com uma hipótese acusatória e, para se atribuir os efeitos próprios de veracidade, os fatos incriminadores²⁵ imputados devem ser demonstrados através de um arcabouço probatório. Esse processo de verificação da pretensão acusatória (face empírica da prova²⁶), através do material probatório produzido, estabelece a verdade processual²⁷, a qual é determinada através das regras jurídicas processuais, que condicionam a concessão de validade à prova (face discursiva da prova²⁸). Dessa forma, o meio de obtenção de prova, como mecanismo pelo qual se produz informação útil ao processo, é elemento essencial para o desfecho do processo criminal, tendo em vista que a verdade buscada deve ser empiricamente averiguada, de forma a sopesar a necessidade de aplicação de sanção penal por parte do Estado-Juiz, o qual possui o monopólio da punição legítima.

Por outro lado, o negócio jurídico processual, transplantado do direito processual civil, em que impera a lógica do interesse de agir em busca da satisfação de uma pretensão pessoal, significa, segundo Fredie Didier Jr., “fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento

²⁵ O uso do termo “incriminador” ao invés do termo “criminoso” recorre à escolha de um recurso linguístico que revela a adoção de uma perspectiva crítica ao tratamento do crime do que a uma perspectiva positivista da criminologia. Nesse sentido, o presente trabalho não considera o objeto “crime” como um comportamento desviante preexistente, já que teriam valores morais absolutos que não poderiam ser violados; mas sim, consequência de um processo de criminalização de condutas consideradas não adequadas aos valores das classes dominantes.

²⁶ Juarez Tavares e Rubens Casara esclarecem que: “Como a prova tem o escopo de fundamentar um processo de cognição, pode ser compreendida sob dois patamares, um, empírico, e, outro, discursivo. O patamar empírico dá embasamento à existência do fato e suas relações dinâmicas; o patamar discursivo põe de relevo todas as condições relacionadas à pretensão de validade.”. (CASARA, Rubens; TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 20-21).

²⁷ Juarez Cirino esclarece que “a única verdade possível na instrução criminal é a verdade processual, como síntese de múltiplas representações psíquicas (autor, vítima, testemunhas e peritos), expressão formal da investigação do fato objeto de imputação criminal - um esforço de aproximação da verdade material, que pode ser reproduzida pelo psiquismo humano, mas não é reproduzível como acontecimento histórico.”. (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Reflexões Críticas sobre a Instrução Criminal**. Cadernos Jurídicos (OAB PR), v. 1, 2013. p. 3).

²⁸ CASARA, Rubens; TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 20-21.

jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento”²⁹, por potencializar o princípio do respeito ao autorregramento da vontade do processo, própria do campo cível. Concernente a sua releitura no que tange à colaboração premiada, seria a postura voluntária do colaborador em renunciar garantias processuais – regularidade da instrução criminal conforme procedimento legal, presunção de inocência e resistência defensiva – para receber punição branda por parte do Estado.

Certo é que essa hibridez do instituto, ocasionada pela fusão da lógica negocial (negócio jurídico) ao empirismo (material probatório), acarreta a criação de uma *performance jurídica*, ao estabelecer uma perda ou confusão substancial entre os papéis dos sujeitos/partes do sistema acusatório – acusação, ampla defesa e juízo- com conseqüente extinção do contraditório para o colaborador/réu e o terceiro incriminado, como também da presunção de inocência para quem delata.

Essa alteração de funções no interior do sistema adversarial mostra-se nítida no artigo 3º-C, §4º da lei. 12.850/2013, o qual foi incluído pela lei.13.964/2019 e possui a seguinte narrativa: “Incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos, adequadamente, descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração.”. Nessa previsão, é evidente o deslocamento do papel desempenhado pela acusação para a parte defensiva, haja vista que cabe à defesa narrar os fatos incriminadores e apresentar provas que os consubstanciem para que a acusação os aceitem. Além disso, não cabe à acusação, em tese, determinar outras provas que fortaleçam a narrativa do colaborador, pois a corroboração é papel também da Defesa. Desse modo, o que, teoricamente, cabia à função acusatória desempenhar – apresentar indícios de conduta desviante, narrando suas circunstâncias e requerendo produção probatória para sua demonstração – agora é papel da defesa executar.

De outro giro, observa-se que, com a supressão do juízo da fase das negociações, há a transferência de sua atribuição à acusação, conforme o artigo 4º, §6º da lei 12.850/2013: “O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o

²⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil** - v. 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 425.

investigado ou acusado e seu defensor.”. Com essa previsão, manifesta-se a perda da tríade adversarial, própria do sistema acusatório, uma vez que o juízo se torna mero homologador³⁰ de termos de colaboração premiada, não participando de todos os atos do processo, de forma a não exercer o controle da regularidade processual e o resguardo de garantias, como deveria desempenhar um juízo de garantias³¹ pré-processual. Desse modo, fato é que seu poder legítimo de punir é fragmentado e se expande ao campo acusatório, já que a acusação poderá negociar a sanção penal, flexibilizando o que, outrora, era denominado como monopólio estatal da punição legítima, na figura do Juiz como terceiro imparcial.

Resta notório que a *metamorfose* ou a retirada de papéis na fase de negociações (defesa em acusação; acusação em juízo; inexistência de um juízo de garantias) muito mais que abateu os pilares do sistema acusatório em seu aspecto substancial, mas também eliminou o princípio do contraditório do processo.³² Isto porque a defesa não cria resistência à pretensão acusatória, como também a acusação se fundiu à atribuição punitiva do juízo, o que torna o processo

³⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 34.

³¹ A lei 13.964/2019 introduziu na legislação processual penal o que muitos juristas garantistas pleiteavam como necessário para o sistema de justiça criminal brasileira: a figura do Juiz de Garantias. O juiz de garantias seria responsável pelo controle da investigação criminal e pela garantia de direitos individuais, conforme a própria legislação introduzida. Todavia, O ministro Luiz Fux, em decisão cautelar da ADI 6.298 DF, suspendeu por tempo indeterminado os efeitos da parte do “Juiz de Garantias” do código de processo penal em 22/01/2020. Por mais que tenha sido objeto de resistência entre juristas conservadores brasileiros, sendo impugnado em quatro ADI’s, a figura do Juiz de Garantias é necessária para a plenitude de um sistema acusatório. Dessa forma, está presente na justiça criminal chilena, após reforma do CPP deste país durante sua Constituinte (após a Ditadura de Pinochet), e, segundo Eduardo Gallardo Frías, Juiz de Garantias em Santiago, representa: “la idea de un juez de control de investigación, es decir, aquel juez cuyo rol esencial radica en controlar y limitar el ejercicio de las actividades de persecución penal encomendadas al Ministerio Público y a la policía, tutelando la efectividad de los límites que a la averiguación de la verdad derivan de un estado democrático de derecho. En esta materia es importante enfatizar que mero ejercicio de la persecución penal envuelve una afectación de derechos fundamentales cuya legitimidad se sustenta en el respeto a los límites constitucionales. Y eso exige la figura institucional de un juez imparcial que no tenga ningún compromiso con el éxito de la investigación. Por lo mismo, es siempre bueno recordar que la función garantista de la jurisdicción no constituye una fuente de “impunidad” como suele repetirse desde el populismo penal. Por el contrario, la función cautelar y garantista mas bien cumple una función legitimadora del ius puniendi estatal.”. (GALLARDO FRÍAS, Eduardo. La reforma al proceso penal chileno y el juez de garantía. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 28, n. 330, p. 7-10, mai. 2020. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=156620. Acesso em: 05 jul. 2020. p. 9).

³² Vinicius Vasconcellos pontua que “Nesse cenário, o processo penal tem sua estrutura distorcida, deixando de ser desenhado a partir de um sistema acusatório, com duas partes e um terceiro imparcial julgador. A defesa adere à acusação, que tem a sua principal função (acusar e produzir provas para fundamentar suas imputações) esvaziada, e, por fim, o juiz torna-se, fundamentalmente, mero homologador do acordo realizado. Em lugar da contraposição de duas versões, o processo acaba sendo local exclusivo da acusação, visto que “a delação/colaboração premiada se trata de método de produção de ‘provas’ que impossibilita o contraditório, não permite que exista participação e fomenta a paranoia inquisitorial”. (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 34-35).

criminal muito mais próximo do inquisitorial³³ do que do acusatório, instituído pela Constituição Federal – separação formal e funcional entre os sujeitos, como a gestão probatória a cargo das partes –, já que se expande, a todas as figuras, a responsabilidade pela incriminação e a pela punição.

Outrossim, Vinicius Vasconcelos discorre que:

A partir de uma ‘hipervalorização da confissão incriminadora’ e dos elementos confirmatórios eventualmente apontados pelo colaborador, impõe-se ao próprio perseguido penalmente o dever de comprovar a acusação, fomentando uma dependência estatal à colaboração do imputado, em razão de sua ineficiência na colheita de provas suficientes para o rompimento da presunção de inocência. Conforme Anna Lamy, ‘o ponto central da crítica é que a delação apenas justifica investigações deficientes, sendo um paliativo à parca atuação do Estado’, pois ‘estaria consubstanciada em meio pelo qual o Ministério Público, titular da ação penal pública incondicionada, poderia buscar elementos de convicção aptos a fundamentar o sumário de culpa, isentando-se da coleta das provas necessárias.’³⁴

Ademais, é necessário, da mesma forma, o exame material da colaboração premiada, isto é, do conteúdo produzido por esta, a fim de averiguar o grau de confiabilidade e, também, a sua conformidade com o que se propõe a verdade processual produzida.

A obtenção de uma verdade extraída através de provas produzidas no processo requer devida verificação, ao falsificar ou não a hipótese acusatória, como também um controle, ao observar as garantias inerentes às partes. Considerando que o colaborador também possui interesse na delação (imputado que auxilia a acusação para ter benefício em sua pena), por mais que apresente elementos incriminadores de si e de outrem à acusação, evidente é que, de prontidão, existe um problema acerca da confiabilidade do conteúdo produzido pelo colaborador, uma vez que suas informações estão totalmente condicionadas a uma relevante utilidade e um interesse público³⁵, o que ocasiona certa dificuldade em enxergar como elementos acusatórios imparciais.

³³ Juarez Cirino narra que “No sistema inquisitório, dominante no processo penal medieval, as funções de acusar e de julgar estão concentradas na pessoa do Juiz, que produz a acusação, a prova e o julgamento do fato – um sistema construído para criminalizar hereges e bruxas, orientado para a confissão (sob juramento ou sob tortura) e regido pela presunção de culpa, somente excluída pelas ordálias, ou juízos de Deus”. (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Reflexões Críticas sobre a Instrução Criminal**. Cadernos Jurídicos (OAB PR), v. 1, 2013. p. 1).

³⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 34.

³⁵ Utilidade e interesse públicos como pressupostos da colaboração premiada, conforme artigo 3º-A da Lei. 12.850/2013, o que será melhor analisado no próximo subtópico.

Nesse sentido, seria importante refletir que:

É necessário ter em mente que “a delação acaba tendo como consequência a formação do quadro mental paranoico, eis que a confiança cega na versão de um delator leva à formação de uma hipótese a qual se passará a buscar qualquer elemento que seja que a fundamente, pouco importando a (re)construção dos fatos através dos argumentos e provas”.³⁶

Além disso, indubitável é a dificuldade em determinar a natureza jurídica da palavra do colaborador no processo penal: confissão, testemunha ou informante? O artigo 4º, §14º da lei 12.850/2013 estabelece que “Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.”. Em que pese o colaborador ter que prestar compromisso de dizer a verdade, ele se aproxima mais da figura de informante, uma vez que possui interesse no processo, bem como não há certeza de sua imparcialidade para ser configurado como testemunha. No que tange à confissão, ele só poderia se adequar a esta figura, caso, no processo, ele integrasse somente como réu, mas como há o adicional de incriminar terceiros, essa hipótese é consequentemente afastada.

Por todo o exposto, verifica-se a mitigação ou, até mesmo, o esvaziamento da verdade processual, tal como produto das regras impostas pelo sistema acusatório criminal, ao perceber que tanto a forma híbrida da colaboração premiada quanto a sua materialidade convergem para um desfecho processual de eficiência punitiva³⁷. Isso se deve à promoção da confusão entre os sujeitos adversariais ou, até mesmo, da sua ausência, como também à introdução, no meio probatório, de conteúdo incriminador com presunção de veracidade, o qual não possui natureza jurídica própria no ordenamento.

Por fim, considerando que se faz necessário analisar a conformidade dessa modalidade probatória do sistema criminal negocial às raízes do ordenamento jurídico brasileiro ou propriamente do processo penal, será feito, no item a seguir, tal exame através dos pressupostos da colaboração premiada.

³⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 39.

³⁷ Entende-se como eficiência punitiva o uso de quaisquer meios processuais para assegurar a necessidade de punir. Logo, a legitimidade da punição não viria do resguardo de garantias na persecução penal, mas do próprio desfecho processual condenatório.

1.2 A validade da norma e os pressupostos de utilidade e interesse públicos da colaboração premiada

Uma norma jurídica pode ser valorada por meio de três formas independentes³⁸: do ponto de vista de sua validade (a norma será considerada válida ou inválida); da perspectiva metajurídica da justiça (norma justa/legítima ou injusta/ilegítima); e ainda da perspectiva de sua eficácia (norma eficaz ou não), destacando-se que a obrigatoriedade prévia de uma ante as outras estabelece a corrente filosófica a qual tensiona a formulação do Direito. Dessa forma, filósofos adeptos ao positivismo jurídico³⁹ defendem que uma norma só é justa, caso seja válida no ordenamento jurídico do qual faça parte⁴⁰; em contraste, para os jusnaturalistas⁴¹ a norma só será válida, caso ela produza justiça no meio social e histórico em que é instituída.

Considerando a matriz juspositivista da teoria geral do direito brasileiro, os pressupostos de utilidade e interesse públicos, como um dos eixos de definição jurídica da colaboração premiada, serão ponderados diante do critério de validade. Por outro lado, dispensa-se a análise da justiça e da eficácia, tendo em vista que esta possui uma ótica que é abordada pela sociologia do direito ou abordagem fenomenológica do direito⁴², a qual não é norte metodológico desta monografia, como já delimitado na introdução; e aquela necessita de um estudo aprofundado de direito administrativo para discernir quais os fins almejados através das expressões “interesse público” e “utilidade pública” historicamente e socialmente determinados.

No tocante à validade, uma norma jurídica válida deve ser tida como tal, quando ela *existir* em certo ordenamento jurídico. Cabe ressaltar que a *existência* da norma não é verificada no plano cognitivo, isto é, na simples ideia de uma regra ou em sua materialização em um meio

³⁸ BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica, São Paulo: Edipro, 2a ed. revista, 2003. p. 45.

³⁹ Luigi Ferrajoli expõe que: “Graças a isso a legalidade não é mais – como no velho paleojuspositivista – somente “condicionante” da validade das normas infralegais, mas é ela mesma “condicionada”, na sua própria validade, ao respeito e à atuação das normas constitucionais”. (FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 24).

⁴¹ Norberto Bobbio expõe a seguinte definição para Jusnaturalismo: “Com uma outra definição, poderia se dizer que a teoria do direito natural é aquela que se considera capaz de estabelecer o que é justo e o que é injusto de modo universalmente válido.”. (BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**, São Paulo: Edipro, 2a ed. revista, 2003. p. 55).

⁴² SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 4. ed. rev. atual. e ampl São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 64-68.

jurídico. A *existência* da norma é demonstrada, dentre outras dimensões⁴³, pela *coerência* ao sistema jurídico do qual faça parte, no que tange à sua criação (competência) e à correlação harmônica interna entre ela e as outras normas (organização hierárquica). Logo, se a norma jurídica se adequa ao sistema e à tradição jurídica de um Direito, ela existe.

O neopositivismo⁴⁴, corrente filosófica posterior, que reconstrói o positivismo jurídico, adiciona a essa concepção de validade um aspecto substantivo: a “constitucionalização” do ordenamento jurídico, para determinar como se dará a organização hierárquica normativa e competente, a partir de princípios e garantias constitucionais.

A partir disso, ao cogitar que o legislador colocou o interesse público e a utilidade pública como pressupostos de validade da colaboração premiada, ou seja, como requisitos prévios necessários para celebração ou existência do acordo no âmbito probatório do processo penal brasileiro, importante se fazer o seguinte questionamento: tais pressupostos podem ser considerados válidos, dentro da concepção de Norberto Bobbio, acerca de sua *compatibilidade*, e considerando a constitucionalização do direito positivo, com o ordenamento jurídico brasileiro?

Inicialmente, cabe destacar o que Maurício Dieter expõe sobre o fenômeno de *administrativização* da punição, consoante se observa no trecho a seguir:

⁴³ Norberto Bobbio registra os três critérios de verificação de validade da norma jurídica: “1) averiguar se a autoridade de quem ela emanou tinha o poder legítimo para emanar normas jurídicas, isto é, normas vinculantes naquele determinado ordenamento jurídico (esta investigação conduz inevitavelmente a remontar até a norma fundamental, que é o fundamento de validade de todas as normas de um determinado sistema); 2) averiguar se não foi ab-rogada, já que uma norma pode ter sido válida, no sentido de que foi emanada de um poder autorizado para isto, mas não quer dizer que ainda o seja, o que acontece quando uma outra norma sucessiva no tempo a tenha expressamente ab-rogado ou tenha regulado a mesma matéria; 3) averiguar se não é incompatível com outras normas do sistema (o que também se chama ab-rogação implícita), particularmente com uma norma hierarquicamente superior (uma lei constitucional é superior a uma lei ordinária em uma Constituição rígida) ou com uma norma posterior, visto que em todo ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas (assim como em um sistema científico duas proposições contraditórias não podem ser ambas verdadeiras)”. (BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**, São Paulo: Edipro, 2a ed. revista, 2003. p. 47).

⁴⁴ Orlando Zanon estabelece a seguinte definição para neopositivismo: “atualmente, estaria sendo construído um terceiro modelo paradigmático para a Ciência do Direito, chamado de neopositivismo ou jusconstitucionalismo, que estabelece a existência de um Ordenamento Jurídico estruturado não apenas formalmente, mas também materialmente, de acordo com o conteúdo axiológico expresso na Constituição, exposto por meio de princípios e de direitos fundamentais, segundo um parâmetro de legalidade forte ou substancial”. (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Garantismo jurídico: o esforço de Ferrajoli para o aperfeiçoamento do positivismo jurídico**. Revista da ESMESC, v.22, p.13-38, 2015. p. 15-16).

absoluta aderência ao mais amplo processo de *administrativização* das práticas punitivas, reflexo direto da reorientação da atividade estatal em direção ao ideal de *ação eficiente*, devidamente internalizada como diretriz fundamental da administração pública pela agenda neoliberal. Integra-se perfeitamente, portanto, ao compromisso oficial do sistema de controle social com o eficientismo, caracterizado pela (a) prévia e precisa elucidação de seus objetivos, não raro via fixação de metas, (b) controle da produção (no caso, de criminosos), (c) redução de custos, (d) otimização de processos, (e) especialização de setores e (f) coordenação integrada de esforços.⁴⁵

Em que pese essa tendência, deve-se acentuar um contraponto acerca da origem jurídica destes pressupostos e dos seus fins, haja vista que as expressões “interesse público” ou “utilidade pública” não devem se confundir com os das ciências jurídicas criminais, tendo em vista que tais expressões nascem do direito público⁴⁶(gênero), mas restritas ao campo da administração pública (espécie), cujo objetivo seria perseguir o bem-estar social, sobrepondo os interesses de uma coletividade aos interesses individuais⁴⁷. Em contrapartida, o resultado de um processo penal não advém de um interesse comum e não importa a uma coletividade, mas somente às partes que integram o processo ou, propriamente, ao réu, parte vulnerável no polo processual, cuja culpabilidade individual está sendo verificada e que, caso demonstrada, poderá acarretar a violação de liberdade por tempo quantificado em espécie determinada de *pena legítima*.

Outrossim, é impossível conceber uma tentativa de conciliação entre os termos *interesse* (do coletivo administrado) e *garantias* (do bem jurídico – Direito Penal; dos direitos fundamentais do réu – Processo Penal), visto que o Estado, nos dois campos do Direito, atua de forma inteiramente diferente: enquanto, na administração pública, ele precisa alcançar a vontade popular, na área criminal, o Estado precisa aplicar uma sanção e proteger bens jurídicos, tanto do réu quanto dos bens jurídicos tutelados.

Notório é também que tais expressões, cuja prioridade não são os interesses individuais e, caso assim não o fosse, haveria um desvio de finalidade da administração pública, incidiram no âmbito dos estudos e da normatização criminal, devido a um discurso punitivo recorrente e ao conseqüente encarceramento, os quais são fatores relevantes de legitimação das massas a um

⁴⁵ DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial**: a criminologia do fim da história. 2012. 309 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/28416/R%20-%20T%20-%20MAURICIO%20STEGEMANN%20DIETER.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 mar. 2021. p. 06.

⁴⁶ A administrativista Di Pietro estabelece que “É, pois, no âmbito do direito público, em especial do Direito Constitucional e Administrativo, que o princípio da supremacia do interesse público tem a sua sede principal.” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Forense, 32ª ed, 2019. p. 217).

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Forense, 32ª ed, 2019, p. 215-218.

discurso político efficientista de “combate à criminalidade”. Não pouco diferente, tais expressões foram incorporadas como pressupostos da colaboração premiada, principal meio de obtenção de prova utilizado na Lava Jato, em meio à própria megaoperação, cujo objetivo amplamente divulgado seria o combate à corrupção no meio político e da economia nacional.

Não à toa que, se entendidas como pressupostos de validade de uma colaboração premiada, entende-se que há uma validação/verificação política como requisito prévio necessário para a sua celebração.

Assim, para analisar essa conformidade dos pressupostos, é necessário traçar os fundamentos do ordenamento jurídico brasileiro, ou propriamente, das matrizes do processo penal, tendo em vista que a colaboração premiada incide, formalmente, como meio de obtenção de prova.

Considerando que a Constituição de 1988 estabeleceu o processo penal adversarial, ao instituir o contraditório e a ampla defesa⁴⁸, assegurando a separação funcional entre o juízo e a acusação, como também a gestão probatória entre as partes, deve-se observar a relação dialógica entre o modelo acusatório de processo penal brasileiro e a teoria do garantismo penal, elaborada por Luigi Ferrajoli⁴⁹, a qual serve como termômetro medidor de quão garantista ou não é certo sistema criminal. Consequentemente, torna-se necessária a observação, no interior da perspectiva garantista, dos termos interesse público e utilidade pública, como pressupostos de um meio de obtenção de prova criminal, com intuito de investigar se são preceitos coerentes com o modelo de processo penal brasileiro constitucionalizado.

Uma das premissas essenciais para um processo penal garantista seria a *submissão à jurisdição em sentido estrito*⁵⁰. Essa expressão, em linhas gerais, significaria a obtenção da

⁴⁸ O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal assegura que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª ed. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁵⁰ Luigi Ferrajoli esclarece que “Nessa clássica formulação, o princípio já exprime mais ou menos explicitamente três fundamentais garantias: a) o habeas corpus, ou seja, a imunidade do cidadão contra restrições arbitrárias de sua liberdade pessoal e, mais em geral, contra punições ou intervenções autoritárias lesivas aos seus direitos; b) a reserva de jurisdição em matéria penal, isto é, confiar a investigação e a repressão dos delitos somente ao “juízo legal” de um sujeito imparcial e independente; c) a presunção de inocência, por força da qual sem um “juízo legal” e antes da sua conclusão nenhum homem pode ser tratado ou punido como um culpado.”. (FERRAJOLI, Luigi.

formação de um juízo – ampla defesa, acusação, material probatório e convencimento livre motivado - através de *meios e formas legais*⁵¹, propriamente de um modelo acusatório, como: ônus probatório para acusação e ordem dos depoimentos/interrogatório. Tais procedimentos acusatórios criam um processo de *cognição do juízo* cuja verdade manejada não é um fato absoluto prévio a se descobrir, mas uma presunção acusatória a ser confirmada, contestada ou afastada; e, para se chegar a um desses três estados da conjectura, é necessário um método de *verificação ou falsificação empírica das hipóteses acusatórias*⁵², o qual, no contexto brasileiro, é caracterizado pelo seguinte desenvolvimento probatório: (1) propositura da prova, (2) admissão dos meios de prova, (3) produção da prova e (4) valoração da prova.⁵³

De outro giro, em contraste ao processo *cognitivo do juízo*, há o processo *decisionista do juízo*⁵⁴, cuja verdade é produzida através de um método avaliativo e valorativo de circunstâncias internas ou externas aos fatos, isto é, da valoração das provas produzidas no interior do processo, mas também do *juízo de valor/ da opinião pública*⁵⁵ advinda de uma coletividade

Direito e Razão: **Teoria do Garantismo Penal**. 4ª ed. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 433).

⁵¹ Luigi Ferrajoli evidencia que: “(...) recorrente dilema e contraste entre o governo das leis e o governo dos homens, mesmo nas formas democráticas da onipotência da maioria, foi assim resolvido pelas atuais constituições rígidas através da positivação da lei da razão na forma dos princípios e direitos fundamentais neles estipulados, como limites e vínculos à lei da vontade, ou seja, à lei da maioria, expressa pela vontade de maiorias eventuais.”. (FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 25).

⁵² FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: **Teoria do Garantismo Penal**. 4ª ed. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 434.

⁵³ A propositura da prova seria a fase inicial da instrução, uma vez que é neste momento que as partes requerem, ao juízo criminal, a produção de certa modalidade probatória; A admissão da prova ou juízo de admissibilidade probatória seria a fase do controle de legalidade, moralidade, pertinência e necessidade do meio de prova; A fase de produção probatória seria o momento em que se produz os elementos de provas, isto é, o que se extrai de informação útil dos meios de provas para o desfecho processual; A valoração da prova seria um momento pertencente à fase decisória, haja vista que cabe ao juízo formar seu convencimento, através da motivação provocada pelas alegações finais das partes. (CASARA, Rubens; TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 49-50).

⁵⁴ “Ao contrário, o processo decisionista, e tipicamente o inquisitivo, assenta-se em todos os casos na busca da verdade substancial, que por isso se configura como uma verdade máxima, perseguida sem qualquer limite normativo aos meios de aquisição das provas e ao mesmo tempo não vinculada, mas discricionária, no mínimo porque a indeterminação das hipóteses de acusação e o seu caráter avaliativo exigem, mais que provas, juízos de valor não contestáveis pela defesa. Nesse segundo modelo o fim (de atingir a verdade qualquer que seja) justifica os meios (os procedimentos quaisquer que sejam)”. (FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: **Teoria do Garantismo Penal**. 4ª ed. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 434-435).

⁵⁵ “A consequência destas diversas técnicas processuais é que no processo de tipo decisionista o princípio de legitimação é constituído imediatamente por juízos de valor. Em um duplo sentido: de um lado, no sentido de valor ou da credibilidade do órgão judicante e, portanto, da fonte de legitimação política do seu poder (soberano, Deus, povo, experts e outros); de outro, no sentido dos valores e das avaliações por ele adotados como fundamento de sua decisão (sabedoria, espírito ético, bem comum, interesse nacional e outros)”. (FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: **Teoria do Garantismo Penal**. 4ª ed. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 435).

alheia ao processo – clamor popular, interesse público e utilidade pública, por exemplo - acerca do fato ocorrido e processado. Essa *politização* do processo, pela forma decisionista, a qual não impede a entrada do âmbito externo às partes do processo para formação do juízo, demonstra sua face inquisitorial ao permitir uma interpretação discricionária do fato e estranha a ele.

Certo é que o interesse público e a utilidade pública, se entendidos como pressupostos de validade da colaboração premiada, são incompatíveis com o modelo acusatório brasileiro, conforme demonstrado, considerando que o sistema processual penal brasileiro se aproxima do referencial teórico do juízo cognitivo do que do juízo decisionista.

Portanto, por mais que acadêmicos ou juristas tentem adequar a colaboração premiada ao ordenamento, já que se trata de uma realidade jurídica⁵⁶, incontestável é que, do ponto de vista jusfilosófico, os pressupostos de natureza administrativista, não compactuam com a natureza jurídica do direito material e processual penal brasileiros.

⁵⁶ Ferrajoli esclarece que: “(...) as outras duas virtuais divergências deônticas – entre *validade* e *vigência* e entre *vigência* e *eficácia* – cujo desconhecimento está na origem de outras duas graves falácias: aquela normativista, que impede de reconhecer a existência de normas inválidas, mesmo se vigentes (...)”. (FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 33).

2. A (I)LEGITIMIDADE E OS CRITÉRIOS DE APLICABILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

A lei processual penal prevê três espécies de prisão com natureza jurídica diversa, quais sejam: prisão em flagrante delito (pré-cautelares), prisão processual (cautelares) e prisão decorrente de condenação criminal transitada em julgado. Embora a privação de liberdade seja, essencialmente, espécie de pena criminal, cuja determinação ocorre após persecução penal, ela recebeu novos contornos justificantes na Idade Moderna para configurá-la, também, como medida cautelar, tendo em vista que seu advento se deu em modelo inquisitorial, em que tal tipo de prisão era utilizada como modo de extrair a confissão do imputado.

Ferrajoli relata que, não obstante filósofos terem exposto seus descontentamentos com o uso da prisão como medida cautelar, eles não defenderam sua extinção, justificando-a como medida necessária, ainda que um “mal necessário”, como se interpreta do trecho a seguir:

Hobbes justificou a "carceragem" com a necessidade de "custódia de um homem acusado", afirmando que nesse caso ela "não é uma pena, pois se supõe que ninguém seja punido antes de ter sido ouvido em juízo". Beccaria, depois de tê-la considerado "necessária" contra o perigo de fuga ou de deterioração das provas, chegou a considerá-la "uma pena que por necessidade deve, diferentemente de qualquer outra, preceder a declaração do delito". Filangieri admitiu que "a esse passo violento da captura" dever-se-ia chegar "quando o acusado não quisesse obedecer à citação, ou quando a gravidade do delito ou a sua condição de domicílio e de honra o tornasse suspeito de fuga". Constant reconheceu a mesma "necessidade" somente "para assegurar as pessoas suspeitosas de um delito". Bentham exigiu a "detenção solitária" do imputado até o interrogatório admitindo sucessivamente, antes da liberação, a simples possibilidade de visita externa. Pagano destacou "quanto perigo apresenta deixar livres aqueles infames réus ainda não comprovadamente delinquentes". Carrara, por fim, após ter declarado que a "custódia preventiva, considerada apenas no que respeita às necessidades do processo, não poderia ser senão brevíssima - tanto quanto necessário para interrogar o réu e ter de sua viva voz todos aqueles esclarecimentos que a instrução pode desejar" -, admitiu que ela pode ser decretada "não só para impedir a fuga do réu", mas também "por necessidade de segurança pública", isto é, "para impedir que, durante o processo, certos facínoras continuem com seus ataques ao direito alheio".⁵⁷

Essa legitimação filosófica da prisão processual possibilitou a expansão desse instituto a vários ordenamentos jurídicos, tornando-a espécie de prisão legal a ser aplicada aos diversos “sujeitos-fins” da lei penal.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4ª ed. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 443.

Atualmente, a legislação brasileira prevê duas espécies de prisão cautelar: a prisão temporária e a prisão preventiva.

A prisão temporária está prevista na lei. nº 7.960/1989, que dispõe sobre as hipóteses de cabimento, o rol taxativo de crimes em que é cabível tal medida cautelar, o prazo de duração, os sujeitos legítimos para requerê-la e decretá-la, bem como o procedimento legal. Cabe destacar que essa espécie de prisão cautelar tem que ser decretada no decurso do inquérito policial, através de decisão judicial, que examina requerimento da autoridade policial, com oitiva do Ministério Público, ou do membro do *parquet*. Suas hipóteses de cabimento estão dispostas no artigo 1º desta legislação, em que se prevê a obrigatoriedade da prova de materialidade e dos indícios de autoria de determinados crimes⁵⁸ cumulado com a falta de residência fixa do investigado ou quando se constatar que a prisão é imprescindível para as investigações. Além disso, o prazo da prisão temporária é de cinco dias, prorrogado por igual período, mas, no caso de crimes hediondos, o tempo da restrição de liberdade será de trinta dias, prorrogáveis, também, por mais trinta dias.

A lei. nº 13.869/2019 (“Crimes de Abuso de Autoridade”) alterou a lei nº 7.960/1989, ao determinar que, no mandado de prisão temporária, deve conter o prazo de duração da prisão, como também o dia em que o investigado deverá ser solto, momento em que a autoridade responsável pela custódia, independentemente de autorização judicial, deve colocar o custodiado imediatamente em liberdade.

Por outro lado, a prisão preventiva, que é autorizada, também, pelo juiz, mas em qualquer fase da persecução penal, inclusive durante o inquérito policial, está prevista no Código de Processo Penal no artigo 311 e seguintes. Os pressupostos para sua aplicação estão descritos no

⁵⁸ O rol taxativo de crimes, em que se aplica a prisão temporária, está disposto no artigo 1º, inciso III, da lei. 7.960/1989 e são: “a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940) h) raptio violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940) i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986); p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016).”

artigo 312 do CPP, em que estão previstos seus fundamentos, quais sejam: *fumus commissi delicti* (indícios de autoria e prova de materialidade do crime) e *periculum libertatis* (garantia de aplicação da lei penal, conveniência da instrução criminal, bem como garantia da ordem pública ou econômica).

Insta salientar que a lei. 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) alterou algumas disposições do procedimento de aplicação da prisão preventiva, como: só poderão requerer sua aplicação o Ministério Público, querelante, assistente de acusação e/ou autoridade policial; sua motivação deve ser fundamentada em receio do perigo e na existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que autorizem a medida; a revisão de sua necessidade deve ser verificada a cada noventa dias, em decisão fundamentada, sob pena de tornar a prisão preventiva em ilegal.⁵⁹

Finda breve exposição acerca da existência de prisões cautelares na sistemática processual penal, o presente capítulo, objetivando estudar os núcleos de discussão do tema desta monografia, tem como escopo analisar a (i)legitimidade da prisão preventiva, diante da ótica do garantismo penal, como também realizar um estudo acerca dos critérios de fundamentação e proporcionalidade, que devem ser examinados para a decretação de uma prisão preventiva.

Tal discussão é essencial para entender se a existência desta medida cautelar é controversa em um sistema processual penal orientado pelo princípio da presunção de inocência, como também para abordar os critérios de fundamentação e de proporcionalidade para a aplicação da prisão preventiva, com o fim de evidenciar as hipóteses normativas em que o conteúdo da delação premiada deve se adequar para justificá-la (ou não).

2.1 A (i)legitimidade da prisão preventiva através da perspectiva do garantismo penal

Toda pessoa que é processada por um crime recebe, até antes de uma sentença, um estigma social negativo, o qual é herança histórica da difusão de valores sociais, ocasionados pelas agências de controle formais e informais. Muitas vezes, essas agências são precursoras de demagogias populistas, que visam instrumentalizar a insegurança coletiva a todo custo. Embora

⁵⁹ Antes dessa modificação, o juiz poderia de ofício decretar a prisão preventiva durante a ação penal. A lei ainda não fazia menção à necessidade de revisão periódica dos fundamentos que autorizaram esta medida cautelar, como também à concretude dos fatos que demonstrem sua necessidade, o que outrora poderia ser fundamentado na presunção de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

a estigmatização efetiva ocorra com o encarceramento do indivíduo, o simples ingresso do imputado no sistema de justiça criminal reverbera a ideia de presunção de culpa no meio social.

Acerca desse contexto, Thiago Minagé salientou a correlação inquisitória entre a presunção de culpa (“criminoso por natureza”) e prisão cautelar (“sofrimento necessário”):

Infelizmente, a lógica social, afundada no senso comum, toma o indivíduo preso em flagrante delito, ou mesmo de forma preventiva, como típica figura que expressa a lógica do homem pecador por instinto, criminoso por natureza (Cordero, 1963). Assim, conseqüentemente, passa-se ao momento da expurgação dos pecados e para a eliminação do mal que naquele corpo reside, esse corpo deve sofrer. A prisão se faz, nessa lógica de raciocínio, terminantemente necessária.⁶⁰

Ademais, Junya Barletta expõe a irracionalidade deste sofrimento, o qual é a única função que se verifica no cárcere do indivíduo:

É frequente a alusão às prisões como fábricas de dor. Não obstante tal afirmativa tenha se tornado lugar-comum, não existe uma definição mais exata do cárcere, ainda que, no decorrer da história do Direito Penal, busque-se através das teorias mais diversas e aperfeiçoadas às necessidades de seu tempo, uma justificativa racional para a violência do poder de punir através da privação de liberdade. A história do cárcere se confunde com a história de sua justificação, mas, em verdade, apresenta-se como degradação e sofrimento, ainda que sob a tentativa sempre presente de tornar invisíveis as práticas reais do sistema penal.⁶¹

Apesar deste viés externo ao processo legitimar tal suposição de culpa, os sujeitos presentes na persecução penal devem ter seus atos processuais guiados pelo princípio da presunção de inocência. Isto porque a Constituição Federal, ao prever que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, contempla este princípio como regra de juízo e de tratamento do imputado no processo penal, postulado do qual decorre, também, o princípio de excepcionalidade da prisão cautelar.⁶²

No entanto, o princípio de presunção de inocência, de acordo com o pensamento garantista de matriz ferrajoliana, não seria garantia da excepcionalidade da prisão processual,

⁶⁰ MINAGÉ, Thiago Miranda. **A necessidade de um procedimento cautelar próprio para imposição de prisão preventiva.** In: GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Coordenação de Paula Rodriguez BALLESTEROS. Chile: Centro de Estudios de Justiça de las Américas - CEJA, 2017. 505 p., 23 cm. ISBN978-956-8491-39-0. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=135728. Acesso em: 24 jan. 2021. p. 497.

⁶¹ BARLETTA, Junya Rodrigues. **A Prisão Provisória e Direitos Humanos: Uma análise baseada nos parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**, Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 235.

⁶² BARLETTA, Junya Rodrigues. **A Prisão Provisória e Direitos Humanos: Uma análise baseada nos parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**, Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 193.

como se observa em geral nas legislações em que há a previsão da prisão cautelar. Mais do que isso, seria fundamento de ilegitimidade dessa espécie de prisão, já que, consoante Ferrajoli, este princípio, visando a proteção de inocentes, que poderiam ser eventualmente processados pela justiça criminal, desempenharia duas funções durante a persecução: a primeira consistiria em uma regra de tratamento, que busca afastar a privação de liberdade do imputado, enquanto não se exaurir todas as instâncias judiciais de atribuição de culpa, em que venha se submeter a julgamento; a segunda equivale a uma regra de juízo⁶³, em que toda hipótese acusatória deve ser provada pela própria Acusação, sendo que, havendo dúvida acerca da materialidade ou autoria dos fatos imputados ao réu, deve-se aplicar o princípio *in dubio pro reo*, com conseqüente absolvição do imputado.⁶⁴

Outro eixo argumentativo repousa na contradição entre o princípio de submissão à jurisdição e a presunção de culpabilidade. Não há como supor que alguém seja culpado durante o processo, tendo como prisma fundante as máximas constitucionais: “ninguém será privado de liberdade e ou de seus bens sem o devido processo legal” e “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”. Tais previsões, como também o princípio de submissão à jurisdição, diante da ótica garantista, afirmam que a culpa só pode ser atribuída mediante juízo/julgamento, desde que este tenha uma acusação que se submeta a uma verificação de cognição probatória, isto é, que suas conjecturas incriminatórias sejam refutadas ou provadas mediante material empírico.

De igual modo, quando há argumentos de ordem preventiva e de defesa social para justificar a restrição cautelar da liberdade do indivíduo, tais como os da legislação brasileira⁶⁵, visando a não reiteração de crimes pelo imputado, percebe-se a presunção de culpabilidade antes mesmo de um juízo efetivo de culpa. Essa suposição advém de uma análise da periculosidade do indivíduo, materializado, muitas vezes, através da ficha de antecedentes

⁶³ Acerca da formação do juízo criminal, Ferrajoli destaca que: “A culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova de culpa – ao invés da de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do Juízo.”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4ª ed. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 441).

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4ª ed. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 441-442.

⁶⁵ A legislação brasileira prevê como fundamentos das prisão preventiva o *fumus commissi delicti* (indícios de autoria e prova de materialidade do crime) e *periculum libertatis* (garantia de aplicação da lei penal, conveniência da instrução criminal, bem como garantia da ordem pública ou econômica). A garantia da ordem pública ou econômica se utilizam, muitas vezes na jurisprudência, de argumentos de ordem preventiva e de defesa social.

criminais do acusado, ou até mesmo, absurdamente, baseada na natureza ou espécie de delito, ou ainda através de outras linhas argumentativas, segundo destacou Barletta:

a finalidade de garantia da ordem pública comporta jurisprudencialmente vários significados: fazer cessar o clamor público ou popular causado pelo crime, assegurar a credibilidade das instituições, evitar que o imputado cometa novos crimes em liberdade, dentre outros. Os critérios da gravidade de delito e da periculosidade do imputado também são correntemente associados à expressão. Logo, o fundamento da garantia da ordem pública, previsto no artigo 312 do CPP para prisão preventiva, é mais amplo, sendo capaz de abraçar outros fins além daquele de impedir a reiteração criminosa, atribuído às medidas cautelares em geral pelo artigo 282, inciso I.⁶⁶

De outro giro, a garantia da lei penal e a conveniência da instrução criminal, que consistem, respectivamente, em evitar o risco de fuga e a destruição de provas ou a perturbação efetiva da regularidade da instrução criminal, são outras justificantes da prisão preventiva. Embora sejam mais detalhadas no próximo subtópico, elas também não seriam pressupostos para a decretação imediata da prisão preventiva, já que a justiça criminal, a fim de assegurar tais objetivos, deveriam examinar outras medidas cautelares diversas da prisão, que não fragilizassem, ainda mais, a resistência da defesa contra os fatos imputados pela acusação.

Seria possível se cogitar a igualdade de armas no processo penal quando o réu está preso e a acusação encontra-se livre para buscar confirmar a hipótese acusatória? É na resposta negativa a esta pergunta que Ferrajoli constrói sua lógica argumentativa acerca da ilegitimidade da prisão preventiva. Contudo, alguns autores, partindo do pressuposto de que a prisão preventiva é instrumento previsto no ordenamento jurídico brasileiro, defendem que se deve aplicá-la em situações de extrema necessidade, sem banalizá-la, vedando sua aplicação com o intuito de antecipação de pena, confissão e/ou de redução abstrata de riscos criminais⁶⁷.

⁶⁶ BARLETTA, Junya Rodrigues. **A Prisão Provisória e Direitos Humanos: Uma análise baseada nos parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**, Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 197-198.

⁶⁷ O risco criminal é abordado por uma corrente de pensamento norte-americana denominada política criminal atuarial, que, segundo Buonicore e Silva, significa “manifestação do pensamento que calcula na criminologia e ressignifica o sistema penal com a noção de risco. O risco deve ser entendido como uma modalidade de governo, de certos conflitos, em que se parte da predição à prevenção. É uma abordagem bastante comum no campo da saúde pública. Trata-se de uma tecnologia utilizada, por exemplo, em programas para imunizar grandes grupos de pessoas em relação a alguma doença. Para os operadores atuariais, dentro do âmbito da justiça penal, nesta lógica de cálculo de risco, a incapacitação e o afastamento terão a função de reduzir as taxas de criminalidade. O que se pretende é gerir um segmento da população por meio da prisão. Não é por acaso que as prisões são classificadas de acordo com seu nível de segurança e as sanções são baseadas em termos de gestão eficiente do risco – a incapacitação seletiva.” (BUONICORE, Bruno Tadeu; SILVA, David Leal da. Crítica ao pensamento que calcula: a política criminal atuarial e a decadência do pensamento criminológico. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 22, n. 257, p. 12-13, abr. 2014. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=103887. Acesso em: 11 fev. 2021. p. 12).

Cabe destacar, neste contexto, a proposta de Thiago Minagé acerca de um procedimento próprio para a decretação de prisão preventiva e demais medidas cautelares, como terceiro gênero de processo, isto é, processo cautelar, o qual seria simultâneo aos processos de cognição e execução, com o fim de oferecer um contraditório efetivo.⁶⁸ Nessa linha, cumpre relembrar que o Código de Processo Penal prevê, no artigo 282, §3º⁶⁹, a obrigatoriedade de um contraditório prévio antes da decisão que for aplicar, ou não, medidas cautelares pessoais, ao intimar a parte contrária para apresentar, em cinco dias, sua manifestação acerca do deferimento ou indeferimento do pedido.

Ademais, como já salientado, a fundamentação das decisões que decretam a prisão preventiva são pautadas na precaução da garantia de aplicação da lei penal, da conveniência da instrução criminal e da garantia da ordem pública ou econômica. Isto é, não há nada de concreto que faça órgãos de persecução penal “preverem o futuro” acerca de um novo cometimento de delito ou de fuga, por exemplo. Logo, estes fundamentos seriam indícios que visam prevenir a possibilidade de atribuição de culpa ao imputado (antecipação de pena).

Decerto, caberia ao Estado, ou diretamente ao Ministério Público, usar dos meios cabíveis e possíveis para resguardar as provas que consubstanciarão o pedido de condenação.

Ante o exposto, constata-se que, diante da lógica garantista, a prisão preventiva não possui justificção racional para se enquadrar como mecanismo válido durante o processo penal

⁶⁸ MINAGÉ, Thiago Miranda. **A necessidade de um procedimento cautelar próprio para imposição de prisão preventiva.** In: GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil.* Coordenação de Paula Rodriguez BALLESTEROS. Chile: Centro de Estudios de Justiça de las Américas - CEJA, 2017. 505 p., 23 cm. ISBN978-956-8491-39-0. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=135728. Acesso em: 24 jan. 2021. p. 495-505.

⁶⁹ O mencionado artigo dispõe que: “Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 05 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.”. Importante destacar que Barletta pontua que tal previsão é lacunosa, no que diz respeito ao modo como se dará essa manifestação: audiência com oitiva do imputado ou resposta escrita? Para a autora, entende-se o seguinte: “(...) a interpretação mais adequada, em conformidade com os artigos 7.5 e 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, é de que a intimação a que se refere o artigo 282,§3º do Código seja para que o imputado se apresente pessoalmente em audiência para ser ouvido pelo juiz, na presença do Ministério Público e do defensor. Desta maneira, se estaria garantindo ao imputado o contraditório e o exercício do direito de defesa em sede de cautelares pessoais, de forma oral e efetiva, permitindo ainda ao juiz alcançar um convencimento mais fundamentado sobre a necessidade ou não de decretação de uma medida de caráter coercitivo, que incidirá sobre a liberdade do imputado.” (BARLETTA, Junya Rodrigues. **A Prisão Provisória e Direitos Humanos: Uma análise baseada nos parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**, Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 230-231).

que se proponha garantista ou acusatório. Todavia, os ordenamentos jurídicos já a adotaram como meio processual capaz de restringir a liberdade do réu durante a própria construção da verdade processual. Nesse sentido, cumpre aos legisladores e juristas estabelecer e resguardar os limites, nos âmbitos da fundamentação e da proporcionalidade, da aplicação da prisão preventiva.

2.2 Os critérios de fundamentação e proporcionalidade da prisão preventiva

Os princípios da legalidade, da presunção de inocência e da excepcionalidade da prisão processual norteiam a aplicação das medidas cautelares no âmbito do processo penal. A legalidade é um princípio de admissibilidade, haja vista que assegura a previsão típica das figuras cautelares a serem impostas, vedando a discricionariedade do juiz em indicar outra medida que não esteja prevista na legislação processual penal. Por sua vez, a presunção de inocência e a excepcionalidade da prisão cautelar, princípios desenvolvidos na subseção antecedente, são limitadores da decretação destas medidas, ao estabelecerem os subprincípios da proporcionalidade e da subsidiariedade entre as cautelares previstas em lei.

Embora o CPP não tenha estabelecido uma gradação entre as cautelares mais graves e menos graves, o legislador previu as cautelares alternativas à prisão⁷⁰, reconhecendo que a prisão preventiva deveria ser a *ultima ratio* entre as medidas previstas. A partir desse critério de subsidiariedade, a prisão cautelar deve ser a última possibilidade a ser analisada pelo julgador, devendo este fundamentar o afastamento das outras medidas alternativas na hipótese.

Considerando tais princípios e subprincípios, a lei processual estabeleceu requisitos de admissibilidade e de necessidade para aplicação da prisão preventiva. Nesse sentido, cabe ao

⁷⁰ O artigo 319 do CPP dispõe que: “ São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, 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 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.”.

Juiz de Direito realizar tais análises em uma primeira fase para produzir validade à restrição de liberdade precoce do réu, e, em uma segunda fase, efetuar um estudo acerca de sua adequação às circunstâncias fáticas do processo.

A admissibilidade da prisão preventiva perpassa pelo exame positivo dos indícios de autoria e da prova de materialidade do crime (*fumus commissi delicti*), como também, cumulativamente, pela análise negativa acerca da possibilidade de aplicação de medidas diversas da prisão. Tais pressupostos são essenciais para assegurar a regularidade constitucional da imposição da prisão preventiva.

A necessidade da prisão preventiva é consubstanciada a partir de três fundamentos previstos em lei, são eles: garantia de aplicação da lei penal, conveniência da instrução criminal, bem como garantia da ordem pública ou econômica, que, por sua vez, configuram o chamado *periculum libertatis*, ou perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Em linhas gerais, a garantia de aplicação da lei penal é justificada quando há probabilidade de fuga do acusado, sendo imprescindível que se prove a evasão iminente. Por outro lado, a conveniência da instrução criminal seria a necessidade de impedir que o réu perturbe ou atrapalhe a produção de provas em seu processo.

Essas duas categorias de justificação apresentam certo grau de racionalidade, com o objetivo de resguardar o processo penal de interferências pessoais, embora possa haver outros meios alternativos adequados para se realizar tal proteção sem que se restrinja a liberdade do acusado.

Contudo, a garantia da ordem pública ou econômica, conforme expresso no item anterior acerca de sua interpretação como garantia de não reiteração criminal, compreende um campo significativo amplo e muitas vezes alheio ao processo penal, trazendo como justificantes falácias oriundas da insegurança pública e de uma política criminal precária. Acerca dessa temática, o Ministro Celso de Mello, em voto proferido no HC 169.119/RJ, advertiu que:

Não basta a mera enunciação, a utilização de fórmulas vazias ou transcrição literal das palavras da lei. Ou seja, a garantia da ordem pública, da ordem econômica etc. Precisa de base factual concreta, sob pena do ato de decretação de prisão cautelar tornar-se exercício inaceitável de puro arbítrio. (...) A prisão cautelar não traduz qualquer ideia de sanção, ao contrário, constitui instrumento destinado a atuar em benefício da atividade desenvolvida no processo penal. (...) O clamor público, a indignação social

não pode erigir-se em favor subordinante da decretação da prisão cautelar de qualquer réu. (...) A credibilidade das instituições não autoriza a conclusão de que a garantia da ordem pública está ameaçada a ponto de legitimar a prisão cautelar de paciente enquanto aguarda julgamento penal qualquer.⁷¹

Posto isto, a segunda etapa consistiria em um juízo de adequação da prisão preventiva em relação aos fatos. Conforme Barletta, os critérios elencados pelo artigo 282, II, do CPP – (i) gravidade do crime; (ii) circunstâncias do fato; (iii) condições pessoais do acusado ou indiciado - são fundamentos para atribuição individualizada de uma medida cautelar ao caso concreto, após seu juízo de admissibilidade e necessidade.⁷² Devido a isto, tais parâmetros não seriam formas de justificar a necessidade de uma prisão preventiva, como se verifica no cotidiano judicial, porém critérios para questionar se é viável sua aplicação diante das circunstâncias empíricas.

Essas duas etapas são essenciais para a decretação de uma prisão preventiva, porém, antes que ocorra tal análise, deve ser examinada a possibilidade de outras cautelares empregadas ao caso, diante de um método de aplicação detalhado por Barletta a seguir:

Maurício Zanoide de Moraes indica, com precisão, o *iter* decisório que deverá conduzir o juiz para que confira uma diretriz constitucional ao novo sistema de cautelares pessoais do CPP, orientado pela subsidiariedade da prisão preventiva: (i) o exame deverá iniciar-se pela ausência de restrição (liberdade sem condição ou fiança), cabível quando não existir situação de perigo no caso concreto; (ii) em seguida, deverão ser analisadas as medidas cautelares diversas da prisão, verificando sua adequação e necessidade de acordo com as especificidades do caso concreto; (iii) em caso de insuficiência de tais medidas, deverá o juiz, por fim, decidir pela prisão preventiva; (iv) o juiz deverá ainda substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar, se cabível qualquer das hipóteses do artigo 318 do CPP. Entende-se que esta é a interpretação adequada e sistemática que deve ser feita dos dispositivos do CPP, de maneira que as medidas cautelares menos gravosas sejam de fato empregadas de forma preferencial à prisão preventiva.⁷³

Além do exame da admissibilidade, da necessidade e da adequação da prisão preventiva, outro elemento crucial para aplicação desta cautelar é da proporcionalidade da medida. O

⁷¹ STF substitui prisão preventiva de Régis Fichtner por cautelares. Migalhas, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/299470/stf-substitui-prisao-preventiva-de-regis-fichtner-por-cautelares>. Acesso em: 25 fev. 2020.

⁷² BARLETTA, Junya Rodrigues. **A Prisão Provisória e Direitos Humanos: Uma análise baseada nos parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**, Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 199.

⁷³ BARLETTA, Junya Rodrigues. **A Prisão Provisória e Direitos Humanos: Uma análise baseada nos parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**, Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 208.

princípio da proporcionalidade pode ser interpretado através de dois aspectos, quais sejam, como inequivalência entre prisão cautelar⁷⁴ e pena, bem como justa medida⁷⁵.

A primeira dimensão abrange a garantia de que a prisão preventiva, como também a sua duração, não poderão, respectivamente, consistir em medida mais gravosa ou ultrapassar o *quantum* mínimo de pena cominada ao crime imputado, ou seja, não pode ser mais gravosa em qualidade ou em quantidade. A segunda dimensão, por sua vez, estabelece que a prisão preventiva deve ser um meio imprescindível para assegurar a regularidade do processo, caso contrário, a medida será desproporcional ao fim que se quer alcançar.

A partir dessa análise da proporcionalidade, será possível verificar se realmente a prisão preventiva é necessária como mecanismo cautelar em determinadas circunstâncias, ou se, ao contrário, o que se quer de fato é atingir outra finalidade com a restrição de liberdade do acusado, seja para o fim de obter provas ou para antecipar a punição, por exemplo. Este questionamento encontra-se no cerne de discussão desta monografia.

Ante o exposto, a prisão preventiva deve ser observada diante de uma ótica subsidiária, a qual prioriza a aplicação de medidas cautelares alternativas à restrição de liberdade. Caso sejam superados tais mecanismos, o exame de fundamentação (admissibilidade, necessidade e adequação) e de proporcionalidade (inequivalência entre prisão cautelar e pena; justa medida) devem ser critérios essenciais para aplicação da prisão preventiva.

⁷⁴ BARLETTA, Junya Rodrigues. **A Prisão Provisória e Direitos Humanos: Uma análise baseada nos parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**, Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 215-216.

⁷⁵ BARLETTA, Junya Rodrigues. **A Prisão Provisória e Direitos Humanos: Uma análise baseada nos parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**, Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 215-216.

3. OS ELOS DE JUSTIFICAÇÃO E DE COERÇÃO SIMBÓLICA ENTRE A COLABORAÇÃO PREMIADA E A PRISÃO PREVENTIVA

Os capítulos precedentes buscaram estabelecer contrapontos críticos acerca dos núcleos temáticos que compõem o objeto do presente trabalho acadêmico. Desde a análise crítica da natureza jurídica da colaboração premiada - sob viés analítico acerca do caráter material e formal (híbrido) do instituto, bem como da conformidade de seus pressupostos com o sistema jurídico – até o estudo da (i) legitimidade e dos critérios de aplicabilidade da prisão preventiva, verificou-se como os dois institutos são custosos ao progresso da constitucionalização do processo penal.

Superadas tais questões preliminares, passa-se, nesta seção, ao estudo da correlação entre ambos os eixos, isto é, da relação de justificação e de coerção simbólica entre a colaboração premiada e a prisão preventiva. Enquanto na primeira hipótese a colaboração se comportaria como substrato indiciário isolado para fundamentar a aplicação da prisão preventiva, na segunda hipótese a prisão preventiva seria um meio coercitivo para se alcançar uma proposta de colaboração premiada.

Estabelecido tal vínculo entre os institutos, importante lembrar as seguintes indagações, que consistem no norte da pesquisa: (i) O conteúdo produzido por uma colaboração premiada pode fundamentar decisão que decreta prisão preventiva? (ii) A prisão preventiva pode ser utilizada como mecanismo de produção de propostas de colaboração premiada?

Para tal análise, divide-se este capítulo em duas partes para discorrer sobre ambas as questões supracitadas.

A primeira parte (seções 3.1.1 e 3.1.2) faz uso de trabalhos acadêmicos do campo jurídico, com o intuito de explicar o aspecto processual-probatório da colaboração premiada, como também de pesquisas da Psicologia Cognitiva (processos cognitivos de comportamento), para discorrer acerca da confiabilidade da palavra do delator. Além disso, a título de exemplificação, utiliza-se um caso concreto recente para contextualizar a análise processual-probatória.

A segunda parte (item 3.2), por fim, expõe os princípios basilares para a aplicação da prisão preventiva, com o fim de verificar a legalidade desse uso, bem como analisa, através do

desdobramento dos fatos e de uma análise jurídica de proporcionalidade, como uma prisão preventiva pode estar servindo de meio coercitivo para se obter uma colaboração premiada, a partir da exposição de um caso concreto.

3.1 A colaboração premiada como fundamento para aplicação de prisão preventiva

Para responder a problemática em torno da colaboração servir como fundamento para aplicação da prisão preventiva, serão expostas a seguir duas justificantes teóricas, que estabelecerão uma discussão acerca do aspecto processual-probatório da colaboração premiada e da confiabilidade da palavra do delator.

3.1.1 Justificante objetiva: aspecto processual

O denominado “Pacote Anticrime” (lei nº 13.964/2019) cristalizou o entendimento de que o conteúdo produzido por uma colaboração premiada não poderia ser fundamento idôneo e isolado para aplicar medidas cautelares pessoais e reais. Antes desta positivação, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também se posicionava neste mesmo sentido, ao afirmar que a colaboração premiada não era meio de prova, já que no Habeas Corpus 127.483/PR, a Corte advertiu que “a colaboração premiada seria meio de obtenção de prova, destinado à aquisição de elementos dotados de capacidade probatória. Não constituiria meio de prova propriamente dito”.⁷⁶

Significa dizer que a colaboração premiada, isto é, a palavra/depoimento do colaborador não consistiria em elemento probatório capaz de embasar uma decisão criminal, seja ela de ordem cautelar ou de mérito (não teria a natureza de meio de prova). Todavia, seria instrumento útil para se colher elementos indiciários e material probatório sobre a conduta investigada ou processada (natureza de meio de obtenção de prova).

⁷⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** (Pleno). *AgR-segundo no Inquérito n. 4327/DF*. Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 19/12/2017, publicado em 09/08/2018, STF, 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747891209>. Acesso em: 21 fev. 2021., apud. CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira; FERREIRA, Pedro Victor Porto. A “Lei Anticrime” e a valoração das palavras do colaborador na decretação da prisão preventiva. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 29, n. 340, p. 08-11, mar. 2021. Mensal. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/741/2>. Acesso em: 05 mar. 2021. p. 10.

Nessa esteira, a delação premiada, conteúdo incriminador de terceiro que se extrai como resultado da colaboração, não seria propriamente um indício criminal, mas uma espécie de *notitia criminis* apta a acionar os órgãos de investigação, haja vista que o Ministro Dias Toffoli, no julgamento do Inquérito 3994/DF, “foi enfático ao frisar que a colaboração premiada, enquanto meio de obtenção de prova, viabiliza a deflagração da investigação preliminar, afirmando ser essa sua verdadeira vocação probatória”⁷⁷. Jamilla Sarkis, nesse contexto, assevera que “as declarações do delator dão início a atos investigatórios e à colheita de elementos incriminatórios.”⁷⁸

Considerando que, segundo Roxin, indícios seriam “fatos que permitem uma conclusão acerca de um fato relevante”⁷⁹, bem como fatos relevantes seriam “circunstâncias que, por si só, fundamentam ou afastam a punibilidade”⁸⁰, depreende-se que o conteúdo de uma colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, não teria função de concluir pelo indiciamento dos delatados, devido a um problema valorativo dessa declaração, já que não se pode atribuir plena confiabilidade a ela. Dessa forma, caberia aos indícios, colhidos na investigação criminal, ensejar o juízo de probabilidade para o exercício da ação penal, e às provas, produzidas sob o crivo do contraditório, demonstrar o juízo de convencimento do magistrado para o desfecho processual.

Nesse sentido, o que se é possível extrair da colaboração premiada seriam apenas “caminhos para chegar-se à prova”⁸¹, isto é, elementos informativos capazes de deflagrar a investigação criminal.

Dado tal entendimento, a delação premiada ou qualquer outro resultado proveniente da colaboração premiada não podem ser materiais aptos a demonstrar requisitos de admissibilidade

⁷⁷ CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira; FERREIRA, Pedro Victor Porto. A “Lei Anticrime” e a valoração das palavras do colaborador na decretação da prisão preventiva. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 29, n. 340, p. 08-11, mar. 2021. Mensal. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/741/2>. Acesso em: 05 mar. 2021. p. 10.

⁷⁸ SARKIS, Jamilla Monteiro. **Delação Premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração**. 2018. 263 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-B2EK5F/1/disserta_o_jamilla_monteiro_sarkis_dela_o_premiada.pdf. Acesso em: 07 jul. 2020. p. 82.

⁷⁹ ROXIN, Claus. **Strafverfahrensrecht**, 26ª edição, München, 2009, p. 150., apud. CASARA, Rubens; TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 25.

⁸⁰ ROXIN, Claus. **Strafverfahrensrecht**, 26ª edição, München, 2009, p. 150., apud. CASARA, Rubens; TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 25.

⁸¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 352.

(*fumus commissi delicti*) e fundamentos de necessidade (*periculum libertatis*), essenciais para a decretação da prisão preventiva, haja vista que, para isso, a delação premiada deveria possuir natureza de indício, no mínimo.

Embora a lei recentemente tenha firmado tal compreensão, como também a jurisprudência do STF, que vinha reiterando o mesmo entendimento, há diversas outras decisões judiciais, inclusive no âmbito da jurisprudência do STJ, que admitiam a prisão preventiva com fundamento apenas em depoimento extraído de delação premiada. Como exemplo concreto, pode-se citar a decretação de prisão preventiva do ex-chefe da casa civil do governo Sérgio Cabral (2007-2014), Régis Velasco Fichtner Pereira, que se expõe a seguir.

A 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, em decisão proferida pelo Juiz Federal Marcelo da Costa Bretas, no bojo da “Operação Calicute e Eficiência”, em 08 de novembro de 2017, decretou a prisão preventiva de Régis Fichtner, após a confissão de Luiz Carlos Bezerra, apontado como operador de Sérgio Cabral, que atribuiu, ao ex-chefe da Casa Civil, o recebimento de propinas. Tal restrição de liberdade cautelar foi afastada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que concedeu o *Habeas Corpus* impetrado pela Defesa.

Em fevereiro de 2019, o Juiz Marcelo Bretas proferiu outra decisão, decretando novamente a prisão preventiva de Régis Fichtner. A fundamentação da decisão baseou-se no que foram apontados como “fatos novos”. Segundo o teor da decisão⁸² e da manifestação do MPF⁸³ no HC 169.119⁸⁴, Fichtner “foi responsável por operações de movimentação, ocultação, dissimulação e lavagem de dinheiro, no valor de R\$ 4.897.000,00, angariado e distribuído pela organização criminosa chefiada por SÉRGIO CABRAL, sob sua orientação e anuência.”⁸⁵.

Depreende-se da manifestação do MPF que tais fatos foram descobertos a partir da colaboração premiada de quatro doleiros, conforme se verifica nos trechos expostos a seguir:

Os pagamentos periódicos dos valores em espécie destinados pela organização criminosa a RÉGIS FICHTNER eram, em parte, entregues pelos doleiros Renato e Marcelo Chebar (conforme registrado no sistema ST) e pela empresa TRANSEXPERT. As entregas eram feitas diretamente a FERNANDO FRANÇA MARTINS, que ficava incumbido de receber e ocultar os valores para RÉGIS

⁸² Teor da decisão foi exposta na manifestação do MPF, em acesso público aos autos.

⁸³ Vide anexo A desta monografia.

⁸⁴ HC impetrado pela defesa de Régis com relação à prisão preventiva de fevereiro de 2019.

⁸⁵ Trecho retirado da manifestação do MPF, no anexo A desta monografia.

FICHTNER. No ponto, cumpre rememorar que os depoimentos prestados pelos colaboradores VINÍCIUS CLARET VIEIRA BARRETO, CLÁUDIO FERNANDO BARBOZA DE SOUZA e pelos irmãos CHEBAR, doleiros do ex-Governador do Rio de Janeiro, são uníssonos em apontar que a TRANSEXPART era empresa-chave no mercado paralelo da organização criminosa, utilizada pelos doleiros como “banco paralelo” dos valores desviados dos cofres públicos do RJ e remetidos ilicitamente ao exterior.⁸⁶

Verifica-se, ainda, que, para manutenção da prisão preventiva, a delação de Sérgio Cabral foi considerada material apto a corroborar os depoimentos dos doleiros, conforme se observa no seguinte trecho:

Somando-se ao contexto probatório apresentado nos autos, o relato de SÉRGIO CABRAL, prestado perante o MPF em 21 de fevereiro de 2019, confirma o pagamento de mesadas e bonificações a RÉGIS FICHTNER a título de propina, em retribuição a atos de ofício praticados pelo então chefe da Casa Civil do Estado do Rio de Janeiro, constatando que SÉRGIO CABRAL anuiu com o recebimento de propina pelo paciente no interesse da ORCRIM.⁸⁷

A Defesa de Régis, patrocinada pelo advogado Nilo Batista, impetrou novo *habeas corpus* (HC 169.119), que foi rejeitado tanto no TRF-2ª Região, como também no Superior Tribunal de Justiça. Todavia, na 2ª Turma do STF, por maioria, foi afastada a prisão preventiva, sob dois fundamentos cruciais: O primeiro fundamento discorre acerca do conteúdo de uma colaboração premiada não poder justificar isoladamente um decreto de prisão preventiva, dado que, segundo o Ministro Gilmar Mendes:

a nova decretação de prisão preventiva não apresenta embasamento a justificar a superação da revogação anteriormente determinada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Os únicos elementos pretensamente inovadores são declarações de colaboradores, as quais, até por imposição da própria legislação, devem ser analisadas com ressalvas. Assim, inexistente *fumus commissi delicti* a justificar a prisão preventiva”.⁸⁸

O segundo fundamento repousa na impossibilidade de se atribuir o status de perturbação à regularidade da conveniência criminal por meio do fato que o delatado continua nos quadros de membros da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro. Como o Ministro Gilmar Mendes salientou, foi imposta ao paciente, como medida alternativa à prisão, a suspensão de seu cargo. Dessa forma, não haveria proporcionalidade entre a prisão preventiva decretada e as

⁸⁶ Trecho retirado da manifestação do MPF, no anexo A desta monografia.

⁸⁷ Trecho retirado da manifestação do MPF, no anexo A desta monografia.

⁸⁸ RODAS, Sérgio. **"Prender com base em delação é um erro crasso", diz Gilmar Mendes sobre Bretas**. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/prender-base-delacao-erro-crasso-gilmar-mendes>. Acesso em: 25 fev. 2020.

circunstâncias fáticas, que demonstrariam a necessidade da medida imposta pela 7ª Vara Criminal do Rio de Janeiro.

De outro giro, o conteúdo de uma colaboração premiada pode ser elemento de fundamentação decisória para imposição de cautelar, desde que ocorra a corroboração das circunstâncias apresentadas, por elementos de prova independentes⁸⁹ e extrínsecos ao da colaboração premiada, conforme redação do artigo 3º-C da Lei. 12.850/13: “Incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração.”.

Entende-se por elemento independente aquele que não provenha unilateralmente e diretamente do colaborador. Significar dizer que estes elementos não podem ser produzidos pelo próprio delator ou ter interpretação/complementação de sentido (alegações de fato) dada pelo próprio colaborador.

No que tange ao aspecto extrínseco, seria a necessidade da acusação apresentar meios de provas que consubstanciem o juízo de probabilidade das circunstâncias incriminadoras delatadas e não somente um juízo de possibilidade de incriminação, haja vista que, para Aury Lopes:

para decretação da prisão preventiva (ou qualquer outra prisão), diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado.⁹⁰

No caso concreto em tela apresentado, como elemento de corroboração do pagamento indevido a Régis Velasco, através dos doleiros e da empresa Transexpert, foi apresentado um recibo⁹¹, que ficou guardado em uma empresa que arquivava documentos da Transexpert, por nome de Armazéns Gerais Murundu Ltda. Constatou-se que havia um recibo de R\$100.000,00 (com foto exposta na petição da PGR) do cliente de codinome “Inseder” para o endereço

⁸⁹ Vinicius Vasconcellos denota que: “é fundamental reforçar a regra de que a colaboração premiada pressupõe a corroboração da acusação por meio de elementos dela independentes, mantendo a necessidade de produção probatória e os atos do procedimento de instrução e julgamento”. (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 39).

⁹⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 687.

⁹¹ Vide página 88 desta monografia, localizada no anexo A.

Avenida Rio Branco, 185, nº 429, que fora alugado por Fernando França Martins, segundo dados do sistema de segurança. Segundo a própria investigação do Ministério Público, “Inseder” seria os doleiros colaboradores Cláudio Barboza e Vinícius Claret.

Note-se que, neste caso, o elemento de corroboração apresentado pelos colaboradores, por ter sido produzido manualmente por eles (unilateralmente) e complementado de sentido por seus depoimentos (contextualização dada pelo colaborador), carece de independência e autonomia. Em decorrência disso, a natureza do valor especificado no recibo, que não havia remetente determinado, foi deduzida como propina pelas presunções do MPF.

Nessa seara, o Ministro Dias Toffoli já asseverou, no Inquérito nº 3.980/DF, que “se o depoimento do colaborador necessita ser corroborado por fontes diversas de prova, evidente que uma anotação particular dele próprio emanada não pode servir, por si só, de instrumento de validação”⁹².

Em suma, até mesmo quando o delator, através do seu defensor, apresenta elementos de corroboração, este material não pode ser analisado somente pela via dedutiva⁹³ de incriminação, mas pelo modo pelo qual ela foi obtida, seja pela mesma colaboração, por outra colaboração⁹⁴ ou por meio de prova independente. Tal controle irá reverberar no tratamento processual dado ao material corroborativo, seja como extensão da palavra do colaborador (comportando como *notitia criminis*) ou como meio de prova independente e extrínseco (comportando como elementos indiciários).

⁹² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** (2. Turma). Inq 3980/DF. Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 06/03/2018, publicado em 08/06/2018, STF, 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14968748>. Acesso em: 05 de mar de 2021., apud. CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira; FERREIRA, Pedro Victor Porto. A “Lei Anticrime” e a valoração das palavras do colaborador na decretação da prisão preventiva. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 29, n. 340, p. 08-11, mar. 2021. Mensal. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/741/2>. Acesso em: 05 mar. 2021. p. 11.

⁹³ Segundo Shecaira, a dedução seria a veracidade da conclusão, a partir da garantia de veracidade das premissas. O argumento de certo fato só estaria internamente justificado, caso essas pretensões de veracidade estivessem satisfeitas. Todavia, caso as premissas sejam falsas ou enriquecidas de subjetivismos acerca de algo concreto, acarretará problema lógico à construção argumentativa. (SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 1. Ed. Rio de Janeiro: PUC-RJ/Contraponto, 2016. p. 21-27).

⁹⁴ Badaró nomeia esse ato de corroborar uma delação por meio de outra delação que tenha conteúdo concorde de corroboração cruzada. Segundo o autor, esse meio de corroboração não poderia ser adotado durante o processo penal, já que a colaboração premiada possui um descrédito valorativo, podendo gerar erro judiciário. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **O Valor Probatório da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13**, Consulex, n. 443, fevereiro 2015. p. 28).

Insta lembrar que, mesmo que o Pacote Anticrime tenha regulado em parte, de certa maneira, o instituto da colaboração premiada, o legislador omitiu do CPP quais seriam os elementos aptos a corroborar as declarações do colaborador. Não seria uma alusão ao regime de prova tarifada do modelo inquisitório⁹⁵, com valorações hierarquizadas e pré-determinadas, mas somente apontamentos do que poderia vir a ser esses elementos de corroboração, já que, segundo Sarkis:

a falta de uma especificação, ainda que abstrata, dos elementos de corroboração, impossibilita o controle de legalidade acerca da confiabilidade da delação. Ao deixar de definir o que se deve entender por elemento de corroboração, a lei acaba por entregar os rumos do processo – instauração de inquérito, oferecimento de denúncia ou decisão de mérito – ao arbítrio da autoridade que celebra o acordo de colaboração e do julgador. O livre convencimento torna-se o exercício retórico há muito combatido por Elio Fazzalari, deixando de exigir a valoração da prova com fundamento em instrumentos e proposições verificadas para abandonar a decisão ao capricho do agente estatal.⁹⁶

Ante o exposto, verifica-se como o conteúdo produzido por uma colaboração premiada não pode servir de circunstância que configure requisito de admissibilidade e fundamento de necessidade para decretação de prisão preventiva, tendo em vista sua natureza processual de meio de obtenção de prova. Nesse sentido, a colaboração estaria apta a apontar meios de provas que consubstanciem tal decisão de natureza cautelar, mas nunca fundamentar esses atos, perfazendo, assim, sua performance de *notitia criminis*, que possibilitará a deflagração das investigações acerca dos fatos narrados.

Ademais, os elementos de corroboração devem ser verificados na sua origem para especificá-los como extensão da palavra do colaborador ou como indícios aptos a ensejar medidas cautelares e outras decisões de cunho criminal. Isto porque “devem constituir uma prova independente, que demonstre e comprove a veracidade da palavra do delator, e que para sua compreensão não sejam necessários raciocínios dedutivos ou inferências, passíveis de subjetividade.”⁹⁷

⁹⁵ SARKIS, Jamilla Monteiro. **Delação Premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração**. 2018. 263 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-B2EK5F/1/disserta_o_jamilla_monteiro_sarkis_dela_o_premiada.pdf. Acesso em: 07 jul. 2020. p. 112.

⁹⁶ SARKIS, Jamilla Monteiro. **Delação Premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração**. 2018. 263 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-B2EK5F/1/disserta_o_jamilla_monteiro_sarkis_dela_o_premiada.pdf. Acesso em: 07 jul. 2020. p. 112.

⁹⁷ SARKIS, Jamilla Monteiro. **Delação Premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração**. 2018. 263 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte,

A partir desta análise teórica e jurisprudencial supracitada, responde-se negativamente, sob o aspecto processual, à indagação “o conteúdo produzido por uma colaboração premiada pode fundamentar decisão que decreta prisão preventiva?”. Na subseção seguinte, busca-se outra justificante para referida questão: o aspecto subjetivo ou de justificação psicológica (processos cognitivos de comportamento) acerca da confiabilidade da palavra do colaborador.

3.1.2 Justificante subjetiva: aspectos da Psicologia Cognitiva

A análise da confiabilidade da palavra do delator insurge a partir da ideia de interesse que este teria em colaborar com os órgãos de persecução penal. Esse interesse pessoal em barganhar advém da possibilidade de requerer benefícios em sua pena, através da sua confissão. Quanto mais o colaborador auxilia a função da acusação (resultados elencados no artigo 4º, incisos I a V, da Lei. 12.850/2013), maior será sua probabilidade em ter seu juízo de culpabilidade atenuado.

Decerto, tal sistemática compromete a própria imparcialidade da pretensão acusatória e por consequência, a veracidade dos fatos imputados, já que a palavra do colaborador pode estar muito mais atrelada aos benefícios individuais, ao limitar o poder punitivo do Estado sobre si, do que à boa-fé de ajudar os órgãos de persecução penal em cumprir sua função.

Por meio deste cenário, compreende-se o porquê da controversa discussão acerca da natureza jurídica da palavra do colaborador na persecução penal: confissão, informação ou testemunho?

Nesta linha, Badaró salienta que:

Até Manzini, cuja matriz ideológica dispensa comentários, afirmava não ser conveniente, além de ser ilógico, dar valor de testemunho às declarações do corréu em relação ao fato alheio, seja por razões de moralidade, seja para evitar fáceis e frequentes tentativas de vingança, de extorsões e de chantagem de terceiros, ou porque não se pode presumir no imputado a liberdade moral que se pressupõe na testemunha. Modernamente, Munhoz Conde adverte que dar valor probatório à declaração do corréu implica abrir a porta para a violação do direito fundamental à presunção de inocência e a práticas que podem converter o processo penal em uma autêntica frente de chantagens, acordos interessados entre alguns acusados, entre a Polícia e o

Ministério Público, com a consequente retirada das acusações contra uns, para conseguir a condenação de outros.⁹⁸

A partir deste ponto, a palavra do colaborador, como já citado no item anterior, deve ser usado com cautela no atos do processo criminal, haja vista que existe um problema de idoneidade em seu conteúdo, uma vez que “a decisão de celebrar ou não um acordo de colaboração premiada e, em última instância, de delatar ou não indivíduos alheios à negociação, envolve necessariamente sentimentos e valores que ultrapassam a racionalidade.”⁹⁹.

Para explicar melhor o objeto deste conflito, serão expostos dois eventos cognitivos, estudados pela Psicologia, que poderão determinar como o contexto da colaboração, no sistema criminal, pode influenciar a veracidade e a valoração da palavra do colaborador. Esses fenômenos da Psicologia Cognitiva são denominados como “falsas confissões” e “conformidade”.¹⁰⁰

No tocante às falsas confissões, segundo Juliana Silva¹⁰¹, pesquisas norte-americanas¹⁰² que estudam tal dinâmica, determinam que existem três modalidades: as falsas confissões voluntárias, as falsas confissões involuntárias complacentes e as falsas confissões involuntárias internalizadas.

⁹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **O Valor Probatório da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13**, Consulex, n. 443, fevereiro 2015. p. 26.

⁹⁹ SARKIS, Jamilla Monteiro. **Delação Premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração**. 2018. 263 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-B2EK5F/1/disserta_o_jamilla_monteiro_sarkis_dela_o_premiada.pdf. Acesso em: 07 jul. 2020. p. 87.

¹⁰⁰ SARKIS, Jamilla Monteiro. **Delação Premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração**. 2018. 263 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-B2EK5F/1/disserta_o_jamilla_monteiro_sarkis_dela_o_premiada.pdf. Acesso em: 07 jul. 2020. p. 87.

¹⁰¹ SILVA, Juliana Ferreira da. O plea bargain e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 318, p. 8-11, mai. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151218. Acesso em: 11 mar. 2021.

¹⁰² GUDJONSSON, Gisli H.; PEARSE, John. **Suspect interviews and false confessions. Current directions in psychological science**, v. 20, n. 1, p. 33-37, 2011. KASSIN, Saul M. **The psychology of confession evidence. American Psychologist**, 52, p. 221-233, 1997. _____. **False confessions causes, consequences, and implications for reform**. *Current Directions in Psychological Science*, v. 17, n. 4, p. 249-253, 2008a., apud. SILVA, Juliana Ferreira da. O plea bargain e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 318, p. 8-11, mai. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151218. Acesso em: 11 mar. 2021.

As falsas confissões voluntárias seriam aquelas provenientes do interesse racional de beneficiar outrem. Logo, o indivíduo que confessa fatos inverídicos possui a consciência de que é inocente, mas adota tal postura para “livrar” alguém da justiça criminal.

As falsas confissões involuntárias complacentes seriam aquelas extraídas por métodos de intimidação policial ou de outros órgãos de persecução penal, pelo qual o indivíduo confesso possui consciência de que é inocente, mas acaba por confessar fatos inverídicos, através de técnicas de coerção, sejam elas físicas (tortura) ou manipulativas/psicológicas (blefe).

As falsas confissões involuntárias internalizadas partem da crença do indivíduo de que de fato cometera certa conduta, sem que tenha efetivamente participado, produzindo, aliás, falsas memórias para a internalização da culpa.

As modalidades involuntárias dialogam com o aspecto “autoincriminador” da colaboração premiada. Isto porque as falsas confissões seriam a exteriorização do sentimento de culpa construído internamente, com consciência ou não, sem que tenha havido a participação na realização do ato. Esse processo de autoculpabilização é dado por um certo contexto fático em que as emoções provocadas influenciam na cognição racional.

Como exemplo empírico para analisar a ocorrência de falsas confissões em violação de regras de procedimento, semelhante ao que acontece no contexto criminal, Jamilla Sarkis expôs a seguinte pesquisa¹⁰³: os participantes eram separados em duplas e encaminhados para diferentes salas, com o fim de resolver testes de lógica. Havia sido consignado previamente que os indivíduos que compunham as duplas não podiam se comunicar ou solicitar auxílio entre si durante a realização destes testes.

¹⁰³ RUSSANO, Melissa B.; MEISSNER, Christian A.; NARCHET, Faída M.; KASSIN, Saul M. **Investigating true and false confessions within a novel experimental paradigm**. Psychological science, v. 16, n. 6, p. 481-486, 2005. Disponível em: Investigating True and False Confessions Within a Novel Experimental Paradigm - Melissa B. Russano, Christian A. Meissner, Faída M. Narchet, Saul M. Kassin, 2005 (sagepub.com) Acesso em: 10 mar. 2021., apud. SARKIS, Jamilla Monteiro. **Delação Premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração**. 2018. 263 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-B2EK5F/1/disserta_o_jamilla_monteiro_sarkis_dela_o_premiada.pdf. Acesso em: 07 jul. 2020. p. 88.

¹⁰³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 22.

Em cada dupla havia um pesquisador não identificado e cabia a ele realizar uma das duas condutas: pedir ajuda ao outro participante ou simplesmente não o fazer. Realizadas uma dessas condutas, havia participante que violava a regra, ao ajudar o pesquisador não identificado, como também havia participante que negava auxílio e, por último, havia participante que sequer foi provocado pelo pesquisador para resolver o teste para ele.

Após o tempo concedido para realização do teste, todos foram avisados de que o professor responsável descobriu que havia acontecido “cola”, resultando no interrogatório de todos os participantes que não eram os pesquisadores não identificados.

Para os interrogatórios, o professor, ao demonstrar que havia indício de culpa, já que a dupla havia respondido supostamente de forma errônea à questão, poderia ser adotado uma das duas posturas a seguir: (1) um comportamento minimizado da situação, deixando subentender que o professor compreendia que o participante não teve consciência do grau de reprovação da conduta; (2) um comportamento que potencializava a culpa e intimidava o participante.

Nesse segundo comportamento, o professor podia ou não oferecer um acordo através da confissão. Caso o participante aceitasse o acordo, ele confessava a “cola” e teria, em troca, menos autoridades envolvidas na sua culpabilização e punição. Ao contrário, seria interrogado mais três vezes para tentar extrair a confissão, que, caso não fosse extraída, seria liberado.

Ocorre que o resultado da pesquisa, após identificação pelos pesquisadores de quem de fato auxiliou ou não seu teste, expressou que a minimização da conduta, como também o oferecimento de acordo alavancaram o número de falsas confissões entre os participantes, tendo os autores do estudo concluído que “oferecer acordos para os suspeitos no mundo real pode levar pessoas inocentes a confessarem simplesmente porque acreditam que será melhor aceitar as consequências conhecidas do que arriscar em um julgamento”¹⁰⁴.

¹⁰⁴ RUSSANO, Melissa B.; MEISSNER, Christian A.; NARCHET, Faïda M.; KASSIN, Saul M. **Investigating true and false confessions within a novel experimental paradigm**. *Psychological science*, v. 16, n. 6, p. 481-486, 2005. Disponível em: [Investigating True and False Confessions Within a Novel Experimental Paradigm - Melissa B. Russano, Christian A. Meissner, Faïda M. Narchet, Saul M. Kassin, 2005 \(sagepub.com\)](#) Acesso em: 10 mar. 2021. p. 486., apud. SARKIS, Jamilla Monteiro. **Delação Premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração**. 2018. 263 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 15. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-B2EK5F/1/disserta__o_jamilla_monteiro_sarkis_dela__o_premiada.pdf. Acesso em: 07 jul. 2020. p. 89-90.

Como o contexto da pesquisa é semelhante ao contexto da colaboração premiada no sistema criminal, os resultados daquele trabalho acadêmico permitem inferir que as condições em que são postas o delator (objeto de uma investigação criminal ou de uma denúncia), como também o tratamento direcionando a ele (seja de minimização e/ou de celebração de acordo para amenizar a suposta culpa), por parte dos órgãos de persecução penal, favorecem a internalização de culpa, seja consciente ou inconsciente. Isto porque, considerando o estigma prolongado do próprio sistema criminal e suas consequências/custos imediatos, seria mais viável a confissão com pena branda do que um processo custoso, com características essencialmente inquisitoriais, em que não se tem a garantia de absolvição de inocentes.

A segunda teoria dialoga com o aspecto de “incriminação alheia” da colaboração premiada. A conformidade seria um forma de comportamento ou de processamento cognitivo do indivíduo que minimiza seus pensamentos e crenças, de forma a se adequar a fatores externos, objetivando provocar reações favoráveis ao grupo, isto é, “adota um comportamento induzido não por suas crenças, mas pela expectativa de ganhar benefícios específicos e evitar punições ou desaprovação”¹⁰⁵.

Ao adequar tal perspectiva ao cenário da colaboração premiada, verificar-se-ia a necessidade do delator em relatar fatos em discordância com a verdade, com intuito de se amoldar às expectativas punitivas do Ministério Público ou da Polícia Judiciária, buscando prêmios que o beneficiariam na pena imputada. Importante salientar que, pela configuração situacional da colaboração (toda a tríade se movendo para a comprovação de culpabilidade), a busca por se adequar à expectativa do órgão acusador se torna mais agravada, possibilitando até uma leitura de coerção simbólica¹⁰⁶ ao contexto.

Tanto as falsas confissões como a conformidade são fenômenos da Psicologia Cognitiva que ajudam a compreender o porquê do conteúdo da colaboração premiada ser desprovido de confiabilidade e conseqüente imparcialidade. À luz disso, há sempre que ser lembrado que, em

¹⁰⁵ KELMAN, Herbert C. Compliance, identification, and internalization three processes of attitude change. *Journal of Conflict Resolution*, v. 2, n. 1, p. 51-60, 1958. Disponível em: [Compliance_identification_and_internalization.pdf \(harvard.edu\)](#) . Acesso em: 18 fev. 2021. p. 53., apud. SARKIS, Jamilla Monteiro. **Delação Premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração**. 2018. 263 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 15. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-B2EK5F/1/disserta__o_jamilla_monteiro_sarkis_dela__o_premiada.pdf. Acesso em: 07 jul. 2020. p. 91.

¹⁰⁶ Conceito analisado no subtópico seguinte.

um processo que se proponha garantista, deve-se ter cautela na origem e na valoração da prova para que não sobrevenha um processo inquisitorial em que se puna inocentes.

Segundo Ferrajoli, a legitimidade da punição advém da observância de garantias processuais e materiais durante a persecução penal, ainda mais quando se tratar daquelas (ônus probatório, contraditório etc.) que protegem o controle da verdade processual. Do mesmo modo como a verdade processual deve ser controlada a partir da lógica de verificação e falseabilidade¹⁰⁷, o conteúdo da colaboração premiada não pode ser dado bruto de confiabilidade ou veracidade plena, devendo, também, ser controlado.

Cabe destacar, ainda, uma pesquisa interessante sobre a utilização do *plea bargaining* nos Estados Unidos da América, elaborada por Stephanos Bibas, professor de criminologia da Universidade da Pensilvânia e juiz da Corte de Apelação¹⁰⁸. Esse estudo trouxe evidências acerca dos vieses cognitivos presentes no comportamento das autoridades que celebram os acordos, os quais, segundo Sarkis:

Em relação à Autoridade competente para o oferecimento e negociação das colaborações – no *plea bargaining*, a figura do promotor –, o fenômeno cognitivo influencia diretamente no processo de tomada de decisões. Bibas identifica nos promotores duas tendências que trazem consequências, mesmo que inconscientemente (Sistema 1), à celebração de acordos: primeiro, o sigilo que permeia os acordos de colaboração e a ausência de regras claras conduz à existência de favoritismos, troca de favores e manipulações; segundo, a facilidade de oferecer acordos em troca de confissões e delações leva à acomodação dos agentes públicos, que preferem trocar benefícios com os acusados a conduzirem investigações e buscar provas.¹⁰⁹

Além disso, assim como os colaboradores, os promotores também não agiriam de acordo com os padrões de racionalidade que tipicamente são lançados nas situações de negociação e nos procedimentos de tomada de decisões (Sistema 2). De forma contrária, seriam igualmente propensos a deliberar de acordo com suas emoções e paixões.¹¹⁰

¹⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: **Teoria do Garantismo Penal**. 4ª ed. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 123.

¹⁰⁸ BIBAS, Stephanos. **Plea bargaining outside the shadow of trial**. Harvard Law Review, v. 117, n. 8, p. 2463-2547, jun. 2004. Disponível em: Plea Bargaining Outside the Shadow of Trial (upenn.edu) . Acesso em: 10 mar 2021., apud. SARKIS, Jamilla Monteiro. **Delação Premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração**. 2018. 263 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-B2EK5F/1/disserta_o_jamilla_monteiro_sarkis_dela_o_premiada.pdf. Acesso em: 07 jul. 2020. p. 96.

¹⁰⁹ SARKIS, Jamilla Monteiro. **Delação Premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração**. 2018. 263 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-B2EK5F/1/disserta_o_jamilla_monteiro_sarkis_dela_o_premiada.pdf. Acesso em: 07 jul. 2020. p. 99.

¹¹⁰ SARKIS, Jamilla Monteiro. **Delação Premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração**. 2018. 263 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte,

Através desse estudo, se verifica como os agentes da persecução penal, no contexto da colaboração, se revestem de presunções e subjetivismos acusatórios, pelos quais os delatores, pelo processo cognitivo da conformidade e pelas falsas confissões, buscam se amoldar e satisfazer.

Cristiano Zanin, Valeska Martins e Rafael Valim¹¹¹ denotam que essa expectativa em ouvir do delator algo que seja de interesse dos próprios órgãos de persecução penal não seria uma colaboração premiada, mas sim uma chantagem premiada, devido a uma postura da acusação em conceber uma *realidade alternativa pré-fabricada*¹¹².

Por todo exposto, é notório como o manejo de uma colaboração premiada deve ser feito com cautela, já que não se pode atribuir plena confiabilidade à palavra do delator, ainda mais quando servir de substrato probatório ou indiciário para prisão preventiva ou prisão para cumprimento de pena. Por isso, deve-se frisar, novamente, que foi acertada a legislação consagrar esse instituto tão controverso como meio de obtenção de prova e com necessidade de corroboração para seu uso.

3.2 A colaboração premiada como fim a ser obtido através da aplicação da prisão preventiva

Os princípios da legalidade e da presunção de inocência, cristalizados na Constituição Federal Brasileira, não permitem que a prisão preventiva seja utilizada para o fim de produção de colaborações premiadas. A lei tipificou quais são os fundamentos de necessidade para sua aplicação, conforme exposto no capítulo anterior, como também a regra de tratamento que ninguém terá sua liberdade restringida até que ocorra a exaurição das instâncias de culpabilização.

Além disso, Odone Sanguiné acrescenta o princípio acusatório a esta fundamentação, ao expor que:

2018. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-B2EK5F/1/disserta_o_jamilla_monteiro_sarkis_dela_o_premiada.pdf. Acesso em: 07 jul. 2020. p. 99.

¹¹¹ ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. **Lawfare: Uma Introdução**. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 83.

¹¹² KIRCHHEIMER, Otto. **Political Justice: The use of legal procedure for political ends**. Princeton: Princeton University Press, 1961, p. 117., apud. ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. **Lawfare: Uma Introdução**. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 84.

O direito fundamental à presunção de inocência e o princípio acusatório proíbem a utilização da prisão cautelar como instrumento da investigação penal, isto é, como mecanismo de pressão ou intimidação punitivo-policial lançado contra o imputado para lhe extrair uma confissão ou a colaborar para descobrir o crime, para impulsionar a investigação, e para obter provas (interrogatório ou confissão de suspeitos), ainda que ausente a falta de colaboração na investigação.¹¹³

Embora os princípios e as normas basilares de regulação da prisão preventiva determinem que ela não pode ser utilizada para tal fim, observa-se, em casos judiciais, como ela é aplicada como uma ferramenta de coerção simbólica, no campo do processo penal, para extrair a confissão e incriminar terceiros, isto é, um mecanismo para produzir colaborações premiadas.

Essa ideia de coerção simbólica pode se adequar a esse contexto, a partir de sua definição sociológica promovida por Pierre Bourdieu¹¹⁴. A coerção simbólica, segundo tal perspectiva, seria uma violência simbólica que “é desenvolvida pelas instituições e pelos agentes que as animam e sobre a qual se apoia o exercício da autoridade”¹¹⁵, com o intuito de dominação, através da “aceitação das regras, das sanções, da incapacidade de conhecer as regras de direito ou morais, das práticas linguísticas e outras”¹¹⁶.

Significa dizer que a prisão preventiva seria um instrumento de intimidação punitiva promovido pelas agências de controle criminal (Ministério Público, Polícia e Justiça criminal), com o fim de expandir o poder punitivo e almejar certa eficiência punitiva, ao proporcionar um controle/dominação, tanto no quadro político (*lawfare*¹¹⁷), como também contra grupos indesejáveis (seletividade do sistema penal), através da lei penal.

¹¹³ SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade da prisão cautelar como mecanismo para obter a delação (colaboração) premiada**. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza. (Org.). Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. 1a.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 331-346 p, 2018, p. 332.

¹¹⁴ BOURDIEU, Pierre. **La reproduction**. Paris: Ed. de Minuit, 1970., apud. VASCONCELLOS, Maria Drosila. Pierre Bourdieu: A herança sociológica. **Educação e Sociedade**, [s. l], v. 78, p. 77-87, abr. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/es/v23n78/a06v2378.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2021.

¹¹⁵ VASCONCELLOS, Maria Drosila. Pierre Bourdieu: A herança sociológica. **Educação e Sociedade**, [s. l], v. 78, p. 77-87, abr. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/es/v23n78/a06v2378.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2021, p. 80.

¹¹⁶ VASCONCELLOS, Maria Drosila. Pierre Bourdieu: A herança sociológica. **Educação e Sociedade**, [s. l], v. 78, p. 77-87, abr. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/es/v23n78/a06v2378.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2021, p. 81.

¹¹⁷ Segundo Cristiano Zanin, Valeska Martins e Rafael Valim, o *lawfare* seria “o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo”. (ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. **Lawfare: Uma Introdução**. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 26). Nesse sentido, Antônio Santoro e Natália Lucero, detalham alguns instrumentos legais, manejados durante a Lava Jato, que visavam tal objetivo: “a) Iniciativa de novas leis que permitam a redução de garantias no âmbito das persecuções penais; b) Iniciativa de novas leis com a tipificação aberta que permita a adequação de condutas com finalidade de coibição de ações

Cabe salientar o *modus operandi* dessas agências de controle a fim de que se obtenha uma colaboração premiada por meio de uma prisão preventiva. Segundo Cristiano Zanin, Valeska Martins e Rafael Valim, a força tarefa da Lava Jato, por exemplo, (1) identificava um suspeito que poderia conceder um delação importante para o seu interesse jurídico-político; (2) pressionava o suspeito através de medidas cautelares, como a prisão preventiva, e por meio de deflagração de várias investigações contra ele e até contra sua família; (3) o suspeito vendo como única saída a “colaboração”, celebrava o acordo com o Ministério Público e/ou a Polícia; (4) após firmado o acordo, o suspeito seria beneficiado, como também seriam afastados todos os instrumentos de pressão, quais sejam, medidas cautelares e até investigações.¹¹⁸

Como exemplo deste uso da prisão preventiva para obtenção de colaboração premiada, pode-se citar a prisão preventiva de Edmar José Alves dos Santos, ex-secretário estadual da saúde do governo de Wilson Witzel, no bojo da operação estadual “Mercadores do caos”.

A pedido do Ministério Público do Rio de Janeiro, a 1ª vara criminal especializada da Capital do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro aplicou a medida cautelar de restrição de liberdade ao ex-secretário, por entender que haveria indícios de autoria e prova de materialidade dos crimes de organização criminosa na secretaria estadual de saúde e fraude à licitação para compra de respiradores pulmonares em caráter emergencial, durante a pandemia de Covid-19 no estado.

Embora não seja explícito o interesse das instituições de persecução penal envolvidas em obter um delação do ex-secretário, há duas maneiras de se enxergar a alta probabilidade deste fim: (1) pela análise do desdobramento dos fatos após a prisão e (2) pelo exame jurídico da decisão que aplicou a prisão preventiva.

Com relação ao item 1, verifica-se que, três dias após a prisão preventiva de Edmar Santos, que ocorreu no dia 10/07/2020, a Procuradoria Geral da República, que investigava a

políticas tidas como criminosas ou que invertam o ônus probatório; c) Jurisdicionalização de discussões outrora essencialmente reservadas ao campo político; d) Reinterpretação criativa de leis existentes reduzindo a importância dos direitos humanos e fundamentais; e) Instaurações de persecuções criminais para alcançar objetivos políticos; f) Divulgações de persecuções criminais com a afetação de imagens pessoais para alcançar objetivos políticos.”. (SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. **Lawfare Brasileiro**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 37-45).

¹¹⁸ ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. **Lawfare: Uma Introdução**. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 80-81.

operação “Placebo”¹¹⁹, pediu ao Superior Tribunal de Justiça a soltura do ex-secretário, devido à incompetência da justiça estadual em investigar e julgar o pleito¹²⁰.

O que chama atenção é que, um dia depois dessa manifestação da PGR (14/07/2020), é publicizado na grande mídia que Edmar Santos acertou acordo de colaboração premiada com a PGR, prometendo apresentar provas contra o governador do Estado¹²¹. Interessante que, durante quatro dias de prisão preventiva, uma colaboração é acordada, como também um pedido de liberdade é formulado pelo mesmo órgão que celebra a delação.

O alvará de soltura foi expedido pelo Superior Tribunal de Justiça, em 06 de agosto de 2020, pelo ministro Benedito Gonçalves que atendeu ao pedido da PGR pelo relaxamento de prisão, devido à incompetência da justiça estadual para decretar o feito.

Com relação ao item 2, o exame jurídico da decisão perpassa pelos critérios de aferição de proporcionalidade da medida, conforme destacado no subtópico 2.2.

Pelo critério de proporcionalidade como inequivalência entre prisão cautelar e pena¹²², deduz-se que certa prisão cautelar foi aplicada, neste contexto, com objetivo de obter colaborações premiada, caso o crime imputado não tenha pena de reclusão (espécie de prisão que possui o regime fechado) ou a duração da prisão preventiva ultrapasse a quantidade mínima de pena imputada.

¹¹⁹ Operação policial, sob responsabilidade da Polícia Federal, que investigava irregularidades em contratos celebrados com o governo do estado do Rio de Janeiro durante a crise de saúde no estado, provocada pela pandemia de covid-19.

¹²⁰ **GLOBO: PGR pede ao STJ a soltura de Edmar Santos, ex-secretário da saúde do RJ.** Rio de Janeiro, 13 jul. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/07/13/pgr-pede-ao-stj-a-soltura-de-edmar-santos-ex-secretario-de-saude-do-rj.ghtml>. Acesso em: 07 fev. 2021.

¹²¹ **GLOBO: Ex-secretário da saúde Edmar Santos acerta delação e promete provas contra Witzel.** Rio de Janeiro, 14 jul. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/07/14/ex-secretario-de-saude-edmar-santos-acerta-delacao-e-envolve-witzel.ghtml>. Acesso em: 07 fev. 2021.

¹²² Desenvolvido por BARLETTA, Junya Rodrigues. **A Prisão Provisória e Direitos Humanos: Uma análise baseada nos parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**, Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 215.

No caso concreto apresentado, verifica-se que os crimes imputados possuem pena de reclusão (organização criminosa)¹²³ e detenção (fraude à licitação)¹²⁴. Com o concurso de crimes, seria legítima a prisão preventiva por esse critério da proporcionalidade, haja vista que o crime de organização criminosa possui pena máxima superior a quatro anos e reclusão. Nesse aspecto, a prisão preventiva seria proporcional ao caso em tela.

Todavia, no que tange ao critério da justa medida¹²⁵, há certo problema no caso explicitado.

Inicialmente, cabe destacar o que Barletta definiu como o critério de justa medida:

A jurisprudência do SIDH também exige que, na análise da proporcionalidade (em sentido estrito) da medida cautelar, seja verificado se o sacrifício inerente à restrição ou privação de liberdade imposto ao imputado (e também à sociedade) não seja exagerado em relação às vantagens obtidas com o cumprimento da finalidade da medida. Trata-se do princípio da “justa medida”, através do qual meios e fins são equacionados através de um juízo de ponderação, com o objetivo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado ou desmedido em relação ao fim.¹²⁶

Considerando que o meio (prisão preventiva) deve ser proporcional ao fim (resguardar os atos instrutórios ou evitar a fuga), verifica-se que não há essa razoabilidade na decisão que decretou a prisão preventiva de Edmar Santos.

A decisão expõe o seguinte trecho de fundamentação:

a prisão provisória também tem sua imprescindibilidade escorada no juízo prospectivo quanto à probabilidade de que o investigado, uma vez em liberdade, possam criar embaraços à colheita de elementos probatórios voltados ao esclarecimento de qualquer dos fatos em apuração. No caso, os elementos de informação produzidos indicam a prática de atos tendentes a ocultar e/ou dissipar meios de provas. Neste particular, segundo o Ministério Público, após a divulgação pela imprensa de notícias lançando suspeitas sobre as contratações ora investigadas, foi colocada restrição de

¹²³ “Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.”.

¹²⁴ “Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”.

¹²⁵ Desenvolvido por BARLETTA, Junya Rodrigues. **A Prisão Provisória e Direitos Humanos: Uma análise baseada nos parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**, Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 216.

¹²⁶ BARLETTA, Junya Rodrigues. **A Prisão Provisória e Direitos Humanos: Uma análise baseada nos parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**, Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 216.

acesso aos processos administrativos sob investigação. Cuida-se de ação de aparente ilegalidade e, sobretudo, denunciadora do ânimo da possível organização criminosa de criar embaraços a regular apuração no procedimento investigatório. Inclusive, nos autos da investigação consta conversas de mensagens entre EDMAR JOSÉ ALVES DOS SANTOS e GABRIELL CARVALHO NEVES FRANCO DOS SANTOS demonstrando ciência deste fato. Por consequência, ganha credibilidade o receio de que, em liberdade, os investigados destruam ou ocultem provas (nesse sentido: STF - AC 4.352/DF, Rel. Ministro Edson Fachin, julgado em 14/09/2017). De outro lado, os dados colhidos demonstram que foram efetivadas antecipações de pagamento, de altos valores, às sociedades contratadas pelo Poder Público com aparente inobservância das determinações legais e regulamentadoras da execução de despesa pública. Esses valores, por sua vez, em sua grande parte não foram localizados, apesar das diversas medidas tendentes à recuperação de ativos. Nesse cenário de robustos indícios da prática de ações delituosas, em ambiente de complexa organização criminosa, que teria causa do prejuízos de ordem milionária ao Erário, tão imprescindíveis quanto aprofundar as investigações, viabilizando a consequente punição dos agentes criminosos, são os atos de rastreamento e recuperação do produto ou proveito dos eventuais fatos delituosos. Frise-se que, no atual estágio tecnológico, um simples acesso à internet é suficiente para permitir a ocultação de vultosas somas de dinheiro, bem como a dissipação de possíveis elementos de prova (considerando a fase da investigação que se avança e a complexidade dos fatos investigados).¹²⁷

Depreende-se desta fundamentação que a prisão preventiva se torna proporcional ao caso, já que se tem fundado temor no embaraço de colheita de provas, uma vez que foram colocados em sigilo os dados da secretaria estadual de saúde, como também foram efetuados pagamentos antecipados às empresas contratadas pelo governo estadual, sem se ater ao procedimento regular para o feito, cujos valores não foram rastreados.

Percebe-se que a medida imposta foi injusta, haja vista que as circunstâncias fáticas apresentadas somente presumem a perturbação na instrução criminal, como também podem ser resolvidas ou averiguadas de outra maneira sem que se restrinja a liberdade do investigado, considerando que a prisão preventiva deve ser visualizada como *ultima ratio*.

Quanto ao sigilo dos dados, bastava pleitear ao poder judicial a quebra desse sigilo e pedir informações acerca de quem e por que foi realizado tal ato. Ocorre que esse procedimento cautelar não foi adotado pelo Ministério Público, o qual resolveu atribuir a autoria ao ex-chefe da secretaria de saúde ou à organização criminosa, que, inclusive, não se tem o nome dos participantes.

¹²⁷ Trecho retirado do HC nº 596516, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, no anexo B desta monografia. Nessa decisão, há a fundamentação do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro pela manutenção da prisão preventiva do acusado Edmar Santos.

No que tange ao pagamento às empresas, esses indícios poderiam ser orientados para demonstrar a materialidade do crime imputado (*fumus commissi delicti*), mas não, ao que parece, como elementos que expressem a necessidade (conveniência da instrução penal) da prisão preventiva como primeira medida a ser adotada neste caso.

Ademais, pontua-se que Edmar Santos foi exonerado da Secretaria de Saúde desde maio de 2020, muito antes da prisão preventiva ser decretada. Isto significa que estava afastado das funções pelas quais estava sendo investigado, reduzindo, assim, sua interferência pessoal e intelectual direta no cotidiano da Secretaria Estadual de Saúde.

Por mais que a decisão pontue, também, que ele tenha influenciado a chefia superior para a continuação de dois funcionários¹²⁸ na secretaria, percebe-se que esse fato ocorreu antes da sua exoneração, como também partiu de uma interpretação dedutiva e presuntiva do Ministério Público, conforme se verifica a seguir:

É importante repisar que o investigado já praticou possível ato de embaraço a investigação e, além disso, os elementos dos autos externam que atuou com intensidade para lograr a permanência de possíveis integrantes da organização criminosa na Secretaria Estadual de Saúde. A título de esclarecimento, conforme demonstrado pelo Ministério Público, apesar do afastamento do investigado GABRIEL CARVALHO NEVES FRANCO DOS SANTOS da função de Subsecretário Executivo de Saúde, a citada Pasta passou a ser ocupada pelo co-investigado GUSTAVO BORGES DA SILVA. Registre-se que o próprio afastamento daquele das funções junto à Secretaria foi muito combatida pelo investigado EDMAR JOSÉ ALVES DOS SANTOS, que demonstra ter tentado articular a permanência daquele no cargo de subsecretário. Daí se deduz que, em tese, a organização criminosa mantém possibilidade de atuação na Secretaria Estadual de Saúde do Rio de Janeiro, até porque se vale, igualmente, do mesmo cenário de pandemia, desafiador de medidas emergenciais para seu enfrentamento. Com efeito, é até intuitivo pressupor que o investigado, antevendo a possibilidade dos atos de persecução penal, se valha de providências para evitar medidas apuratórias e/ou o atingimento do produto ou proveito dos crimes.¹²⁹

Isto posto, percebe-se como a prisão preventiva foi uma medida exagerada em relação ao fim que se queria atingir. Percebe-se que as medidas proporcionais a serem implementadas seriam as medidas cautelares alternativas à prisão, como por exemplo, proibição de manter contato com os demais investigados, por qualquer meio, para resguardar as medidas instrutórias.

¹²⁸ Trata-se de Gabriell Neves, ex-subsecretário executivo da secretaria de saúde do governo estadual, e Gustavo Borges da Silva que foi indicado por Edmar Santos para ocupar o cargo de Gabriell Neves.

¹²⁹ Trecho retirado do HC nº 596516, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, no anexo B desta monografia.

Pela análise do desdobramento dos fatos, como também da análise jurídica da decisão de decretação de prisão preventiva, infere-se como a restrição de liberdade cautelar, que não era medida proporcional às circunstâncias apresentadas pelo órgão de persecução penal, pode ter sido utilizada com a finalidade de obter de Edson Santos uma colaboração premiada que compromettesse algum político do poder estadual, qual seja, o governador Wilson Witzel¹³⁰.

Importante salientar que a prisão cautelar não pode ser via legal e adequada para obtenção de provas, já que “somente é legítima a prisão cautelar como meio de proteção passiva da prova e não como mecanismo ativo para obter prova”¹³¹.

Como já explicitado no subtópico 2.2, a prisão preventiva é necessária quando convém aplicá-la sob justificativa de garantia da aplicação da lei penal, da conveniência da instrução criminal, bem como da garantia da ordem pública ou econômica. Em nenhuma destas justificantes, há a possibilidade de usá-la como mecanismo para obtenção provas, isto é, de manejá-la como instrumento de coerção simbólica para conseguir a celebração de uma delação premiada.

No momento que esta medida cautelar estivesse sendo usada para este fim, além do princípio da legalidade ter sido violado, segundo Odone Sanguiné, estariam sendo violados, também, os princípios da ampla defesa, da garantia de não autoincriminação, como também da proporcionalidade, como se verifica no trecho abaixo:

É inconstitucional a decretação da prisão preventiva exclusivamente com o objetivo de estimular, induzir ou obter a colaboração do investigado ou acusado com a autoridade judicial, com o fito de coagi-lo a fornecer elementos incriminatórios, tais como a confissão ou a participação ativa do imputado ou da pessoa submetida às investigações, por manifesta violação dos princípios da proibição de autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) e da proporcionalidade, e dos seguintes corolários: (a) o interrogatório constitui meio de defesa, de modo que é um contrassenso utilizar um direito constitucional como uma medida estatal coercitiva; (b) não é razoável que o Estado dependa unicamente da confissão para desvendar crimes graves; (c) a privação de liberdade para obter prova constitui uma medida desproporcional (por desnecessária e inadequada à luz do art. 282 do CPP), pois tal objetivo pode ser

¹³⁰ **GLOBO: Em delação, Edmar Santos dá detalhes do suposto esquema de corrupção na saúde no governo Witzel.** Rio de Janeiro, 12 mar. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/03/12/em-delacao-edmar-santos-da-detalhes-do-suposto-esquema-de-corrupcao-na-saude-no-governo-witzel-video.ghtml>. Acesso em: 12 mar. 2021.

¹³¹ SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade da prisão cautelar como mecanismo para obter a delação (colaboração) premiada.** In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza. (Org.). *Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988*. 1a.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 331-346 p, 2018, p. 333.

alcançado com idêntica eficácia utilizando outra medida alternativa menos lesiva: a medida cautelar real de busca e apreensão.¹³²

Destarte, pelas razões acima expostas, compreende-se que a prisão preventiva, como meio para se obter colaborações premiadas, não encontra respaldo legal para alcançar tal fim neste ordenamento jurídico, haja vista que fere os princípios da adversariedade, da legalidade, da presunção de inocência, da ampla defesa, da proporcionalidade e da vedação à autoincriminação. No entanto, verifica-se, através de uma análise dos desdobramentos dos fatos e de uma análise jurídica de proporcionalidade, que, mesmo assim, ela pode estar sendo utilizada para este fim, no âmbito da persecução penal, pelos agentes acusadores, se comportando como medida de coerção simbólica para extrair delações premiadas de investigados e processados.

¹³² SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade da prisão cautelar como mecanismo para obter a delação (colaboração) premiada**. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza. (Org.). Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. 1a.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 331-346 p, 2018, p. 332-333.

CONCLUSÃO

O objetivo central desta monografia foi realizar uma discussão acerca da correlação de justificação e de coerção simbólica entre os institutos da colaboração premiada e da prisão preventiva na persecução penal. Diante dessa determinação de objeto, separou-se este trabalho em duas linhas de análise: a primeira com intuito de discorrer sobre a fundamentação da prisão preventiva a partir de elementos extraídos de uma colaboração premiada; a segunda com escopo de examinar o uso coercitivo da prisão preventiva para obtenção de colaborações premiadas.

Valendo-se de uma metodologia teórica e da perspectiva do garantismo penal, esta monografia analisou seu objeto através da pesquisa de fontes bibliográficas e documentais acerca da teoria da prova na persecução penal, dos princípios orientadores do processo penal e das ciências auxiliares da Psicologia Cognitiva, como também da Sociologia, restritamente, ao campo do estudo da violência simbólica.

A partir dessa estruturação dos elementos essenciais de um trabalho acadêmico, houve a aferição dos seguintes resultados, listados nos parágrafos a seguir.

Com relação à primeira linha de investigação, verificou-se que os elementos materiais extraídos de uma delação premiada são meios de obtenção de prova, isto é, seriam instrumentos úteis a colher elementos indiciários e material probatório sobre determinada conduta investigada ou processada. Nesse sentido, trabalhos acadêmicos e a jurisprudência, também expostos neste escrito, defendem que este acervo informativo, proveniente de uma delação, poderia se comportar como *notitia criminis* ou indícios, dependendo da posterior corroboração. Como *notitia criminis*, esse conteúdo seria responsável somente por deflagrar as investigações acerca dos fatos narrados e das pessoas incriminadas pelo delator, enquanto, como indícios, a corroboração dessas informações deve ser feita por elementos extrínsecos e independentes aos da delação premiada celebrada.

Nota-se, portanto, que o conteúdo isolado e proveniente de uma delação premiada não pode ensejar a fundamentação pela admissibilidade e pela necessidade de uma medida cautelar, devido à sua natureza formal no bojo da teoria da prova do processo penal, ainda mais quando se tratar da restrição de liberdade do réu/investigado. Por outro lado, caso haja material corroborador dessa declaração, pode-se dar a ela um tratamento indiciário, desde que

corroborada por elementos extrínsecos e independentes, já que, na ausência dessas características, esses dados seriam somente extensão da palavra do colaborador.

No tocante à segunda parte da primeira linha de pesquisa, que determinou o exame da confiabilidade da palavra do colaborador, isto é, o aspecto subjetivo da palavra do delator, apurou-se, através dos fenômenos cognitivos das falsas confissões e da conformidade, que a valoração do conteúdo produzido pela delação deve ser feita com ressalvas para qualquer decisão que for fundamentar, ou neste caso, para decretar prisões preventivas.

As falsas confissões involuntárias, que dialogam com o aspecto “autoincriminador” da colaboração premiada, seriam a internalização de culpa, consciente ou inconsciente, acerca de determinada infração, através de certo contexto fático que manipula a racionalidade por meio das emoções individuais satisfatórias. A partir de pesquisas norte-americanas, verificou-se que a amenização de culpa e/ou o oferecimento de penas mais brandas favorecem a aceitação de acordos, com vistas à confissão.

A conformidade, que dialoga com o aspecto de incriminação de terceiros na colaboração premiada, seria a adequação do comportamento do sujeito aos fatores externos, ao minimizar seus pensamentos e crenças individuais. No cenário de negociações do sistema criminal, seria a performance adotada pelo colaborador em atender às expectativas acusatórias do *parquet* ou da Polícia Judiciária, ao delatar pessoas visadas pela *realidade alternativa pré-fabricada*¹³³ da acusação, cujos agentes são encobertos de subjetivismos, presunções e favoritismos no procedimento negocial.

No que tange à segunda linha de investigação, averiguou-se que pode haver um manejo da prisão preventiva, como instrumento coercitivo, para a obtenção de colaborações premiadas. Essa relação coercitiva é determinada a partir do conceito sociológico de violência simbólica, o qual explica que instituições que exercem certa autoridade na sociedade controlam/dominam certos grupos ou o meio social em si, através de instrumentos coercitivos, como regras e sanções. No meio criminal, seria a intimidação punitiva, que só certos atores estatais podem

¹³³ KIRCHHEIMER, Otto. **Political Justice: The use of legal procedure for political ends**. Princeton: Princeton University Press, 1961, p. 117, apud. ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. **Lawfare: Uma Introdução**. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 84.

exercer, através de prisões ou processos criminais estigmatizantes, com o fim de exercer o controle sobre esses sujeitos ou grupos.

A partir dessa definição, percebeu-se como a prisão preventiva pode ser um meio coercitivo para controlar a produção de colaborações premiadas, por meio dos atores da justiça criminal.

Essa indução adveio da análise dos desdobramentos dos fatos e do exame jurídico de proporcionalidade da prisão, como exemplificado no caso da custódia do ex-secretário da saúde Edmar Santos. Tais elementos analíticos são essenciais para a descoberta do fim para o qual, provavelmente, está sendo empregada a prisão preventiva em determinado caso.

Por mais que possa estar sendo usada para este objetivo, a prisão preventiva possui suas hipóteses de cabimento em legislação, o que demonstra que essa ressignificação seria inconstitucional, por ferir os princípios da presunção de inocência, da legalidade, da adversariedade, da ampla defesa, da proporcionalidade e da vedação à autoincriminação.

Diante da exposição de resultados deste trabalho acadêmico, cabe ressaltar sua importância temática para o agrupamento de conhecimento científico nacional.

Como expressado na introdução, os núcleos do objeto deste trabalho foram retirados do contexto político pelo qual se passa a sociedade brasileira, especificamente da operação Lava Jato e seus desdobramentos. Tendo em vista que a eleição do presidente Jair Bolsonaro, que a venda de empresas nacionais e estatais, que a prisão de políticos, empresários e cientistas renomados¹³⁴ para a soberania nacional se deram através de processos criminais, que utilizaram desses recursos jurídicos, expostos nesses trabalhos, para determinar esses fins reais, contata-se a extrema importância de se examinar o modo como instrumentos jurídicos, ainda mais os criminais, estão sendo utilizados para efeitos políticos.

¹³⁴ A prisão do engenheiro nuclear Othon Luiz Pinheiro da Silva. (**ESTADÃO: Almirante Preso na Lava Jato é referência na área nuclear**. São Paulo, 19 jul. 2015. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,almirante-e-referencia-na-area-nuclear--imp-,1734201>. Acesso em: 18 abr. 2021).

Incorre, ainda, realizar um questionamento crítico e limitador acerca da existência e aplicação da colaboração premiada, expressão da justiça criminal negocial, no ordenamento jurídico brasileiro, já que:

Se superada, com pesar, a oposição à expansão da justiça criminal negocial, impera a necessidade de adoção de postura cautelosa e limitadora à colaboração premiada, buscando parâmetros para sua adequada compreensão e delimitação. Ou seja, se inviável a vedação e exclusão da sua previsão normativa, esse instituto deve ser concebido como mecanismo excepcional, com critérios restritivos e limitações consolidadas, para afastar eventual amorfismo que permita abusos e brechas para arbitrariedades.¹³⁵

Da mesma forma, convém estabelecer o uso legal e subsidiário da prisão preventiva, para que este instituto não seja banalizado, permitindo fins alheios àqueles previstos pela legislação que não espelham sua necessidade.

Ante o exposto, indubitável é que resguardar a constitucionalidade, a construção da verdade processual e as garantias do processo penal é “optar pela civilização e não pela barbárie. Optar pela justiça e não pela injustiça. Abandonar a ideia de que fins justificam meios. Optar, enfim, pela razão, e não pelo poder.”¹³⁶.

¹³⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 37.

¹³⁶ PINHO, Ana Cláudia. A Constituição é meu lugar de paz: carta a uma jovem garantista. **Conjur**: Consultor Jurídico, São Paulo, 12 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-12/ana-claudia-pinho-carta-jovem-garantista>. Acesso em: 18 abr. 2021.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **O Valor Probatório da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13**, Consulex, n. 443, fevereiro 2015.
- BARLETTA, Junya Rodrigues. **A Prisão Provisória e Direitos Humanos: Uma análise baseada nos parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**, Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- BIBAS, Stephanos. **Plea bargaining outside the shadow of trial**. Harvard Law Review, v. 117, n. 8, p. 2463- 2547, jun. 2004. Disponível em: Plea Bargaining Outside the Shadow of Trial (upenn.edu) . Acesso em: 10 mar 2021.
- BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica, São Paulo: Edipro, 2a ed. revista, 2003.
- BOURDIEU, Pierre. **La reproduction**. Paris: Ed. de Minuit, 1970.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**: promulgado em 11 de dezembro de 1941. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- BRASIL. **Lei. 8.666**: promulgada em 22 de junho de 1993. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- BRASIL. **Lei. 12.850**: promulgada em 5 de agosto de 2013. 22.Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- BRASIL. **Lei. 13.869 de 5 de setembro de 2019**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13869.htm Acesso em 18 mai. 2021.
- BRASIL. **Lei. 13.964 de 24 de dezembro de 2019**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 23 abr. 2021.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (Pleno)**. *AgR-segundo no Inquérito n. 4327/DF*. Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 19/12/2017, publicado em 09/08/2018, STF, 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747891209>. Acesso em: 21 fev. 2021.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (2. Turma)**. Inq 3980/DF. Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 06/03/2018, publicado em 08/06/2018, STF, 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14968748>. Acesso em: 05 de mar de 2021.
- BUONICORE, Bruno Tadeu; SILVA, David Leal da. Crítica ao pensamento que calcula: a política criminal atuarial e a decadência do pensamento criminológico. **Boletim IBCCRIM**,

São Paulo, v. 22, n. 257, p. 12-13, abr. 2014. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=103887. Acesso em: 11 fev. 2021.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CASARA, Rubens; TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira; FERREIRA, Pedro Victor Porto. A “Lei Anticrime” e a valoração das palavras do colaborador na decretação da prisão preventiva. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 29, n. 340, p. 08-11, mar. 2021. Mensal. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/741/2>. Acesso em: 05 mar. 2021.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Reflexões Críticas sobre a Instrução Criminal**. Cadernos Jurídicos (OAB PR), v. 1, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil - v. 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história**. 2012. 309 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/28416/R%20-%20T%20-%20MAURICIO%20STEGEMANN%20DIETER.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 mar. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Forense, 32ª ed, 2019.

ESTADÃO: Almirante Preso na Lava Jato é referência na área nuclear. São Paulo, 19 jul. 2015. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,almirante-e-referencia-na-area-nuclear--imp-,1734201>. Acesso em: 18 abr. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª ed. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FOLHA DE SÃO PAULO. Qualquer confusão entre acusação e julgamento é prejudicial à imparcialidade, diz pai do Garantismo Penal. São Paulo, 24 jul. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/07/qualquer-confusao-entre-acusacao-e-julgamento-e-prejudicial-a-imparcialidade-diz-pai-do-garantismo-penal.shtml>. Acesso em: 11 abr. 2021.

GALLARDO FRÍAS, Eduardo. La reforma al proceso penal chileno y el juez de garantía. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 28, n. 330, p. 7-10, mai. 2020. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=156620. Acesso em: 05 jul. 2020.

GLOBO. Em delação, Edmar Santos dá detalhes do suposto esquema de corrupção na saúde no governo Witzel. Rio de Janeiro, 12 mar. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/03/12/em-delacao-edmar-santos-da-detalhes-do-suposto-esquema-de-corrupcao-na-saude-no-governo-witzel-video.ghtml>. Acesso em: 12 mar. 2021.

GLOBO. Ex-secretário da saúde Edmar Santos acerta delação e promete provas contra Witzel. Rio de Janeiro, 14 jul. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/07/14/ex-secretario-de-saude-edmar-santos-acerta-delacao-e-envolve-witzel.ghtml>. Acesso em: 07 fev. 2021.

GLOBO. PGR pede ao STJ a soltura de Edmar Santos, ex-secretário da saúde do RJ. Rio de Janeiro, 13 jul. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/07/13/pgr-pede-ao-stj-a-soltura-de-edmar-santos-ex-secretario-de-saude-do-rj.ghtml>. Acesso em: 07 fev. 2021.

GUDJONSSON, Gisli H.; PEARSE, John. **Suspect interviews and false confessions.** *Current directions in psychological science*, v. 20, n. 1, p. 33-37, 2011.

KASSIN, Saul M. **The psychology of confession evidence.** *American Psychologist*, 52, p. 221-233, 1997.

_____. **False confessions causes, consequences, and implications for reform.** *Current Directions in Psychological Science*, v. 17, n. 4, p. 249-253, 2008a.

KELMAN, Herbert C. **Compliance, identification, and internalization three processes of attitude change.** *Journal of Conflict Resolution*, v. 2, n. 1, p. 51-60, 1958. Disponível em: [Compliance_identification_and_internalization.pdf \(harvard.edu\)](#). Acesso em: 18 fev. 2021. p. 53.

KIRCHHEIMER, Otto. **Political Justice: The use of legal procedure for political ends.** Princeton: Princeton University Press, 1961, p. 117.

LOPES JUNIOR, Aury. **Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal.** 2014. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>. Acesso em: 12 ago. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MIGALHAS. STF substitui prisão preventiva de Régis Fichtner por cautelares. Migalhas, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/299470/stf-substitui-prisao-preventiva-de-regis-fichtner-por-cautelares> Acesso em: 25 fev. 2020.

MINAGÉ, Thiago Miranda. **A necessidade de um procedimento cautelar próprio para imposição de prisão preventiva.** In: GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil.* Coordenação de Paula Rodriguez Ballesteros. Chile: Centro de Estudios de Justiça de las Américas - CEJA, 2017. 505 p., 23 cm. ISBN978-956-8491-39-0. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=135728. Acesso em: 24 jan. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PINHO, Ana Cláudia. A Constituição é meu lugar de paz: carta a uma jovem garantista. **Conjur**: Consultor Jurídico, São Paulo, 12 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-12/ana-claudia-pinho-carta-jovem-garantista>. Acesso em: 18 abr. 2021.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos**: CEBRAP, [s. l], n. 68, p. 39-60, mar. 2004.

RAMOS, Graciliano. **Memórias do Cárcere**. Rio de Janeiro: Record, 1953.

RODAS, Sérgio. "**Prender com base em delação é um erro crasso**", diz Gilmar Mendes sobre Bretas. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/prender-base-delacao-erro-crasso-gilmar-mendes>. Acesso em: 25 fev. 2020.

ROXIN, Claus. **Strafverfahrensrecht**, 26^a edição, München, 2009.

RUSSANO, Melissa B.; MEISSNER, Christian A.; NARCHET, Faida M.; KASSIN, Saul M. **Investigating true and false confessions within a novel experimental paradigm**. Psychological science, v. 16, n. 6, p. 481-486, 2005. Disponível em: Investigating True and False Confessions Within a Novel Experimental Paradigm - Melissa B. Russano, Christian A. Meissner, Fadia M. Narchet, Saul M. Kassin, 2005 (sagepub.com) Acesso em: 10 mar. 2021.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 4. ed. rev. atual. e ampl São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade da prisão cautelar como mecanismo para obter a delação (colaboração) premiada**. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza. (Org.). Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. 1a.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 331-346 p, 2018.

SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. **Lawfare Brasileiro**. 2^a Ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

SARKIS, Jamilla Monteiro. **Delação Premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração**. 2018. 263 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-B2EK5F/1/disserta_o_jamilla_monteiro_sarkis_dela_o_premiada.pdf. Acesso em: 07 jul. 2020.

SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 1. Ed. Rio de Janeiro: PUC-RJ/Contraponto, 2016.

SILVA, Juliana Ferreira da. O plea bargain e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 318, p. 8-11, mai. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151218. Acesso em: 11 mar. 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

WARDE, Walfrido. **O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país**. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.

ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. **Lawfare: Uma Introdução**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Garantismo jurídico: o esforço de Ferrajoli para o aperfeiçoamento do positivismo jurídico**. Revista da ESMESC, v.22, p.13-38, 2015.

**ANEXO A – MANIFESTAÇÃO DO MPF PELA MANUTENÇÃO DA PRISÃO
PREVENTIVA DE RÉGIS FICHTNER**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

N.º 433/2019 – LJ/PGR
Sistema Único n.º 88105/2019

HABEAS CORPUS N.º 169.119/RJ (Eletrônico)

PACIENTE: Régis Velasco Fichtner Pereira
IMPETRANTE: Nilo Batista e Outro(s)
IMPETRADO: Relator do HC n.º 494.811 do STJ
RELATOR: Ministro Gilmar Mendes

Excelentíssimo Senhor Ministro Relator,
Egrégia Segunda Turma,

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INVESTIGAÇÃO DE ENVOLVIMENTO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS.

1. A superação do enunciado da Súmula n. 691/STF só é autorizada em situação de flagrante ilegalidade ou teratologia, o que não ocorreu no caso dos autos.
2. A prisão preventiva do paciente foi devidamente fundamentada nos requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP para a garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal.
3. O modo sistemático, habitual e profissional com que os crimes praticados pelos membros de complexa organização criminosa voltada para o cometimento de ilícitos de corrupção e lavagem de dinheiro em contratações realizadas com o Poder Público evidencia a necessidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, sobretudo quando se tem notícia da reiteração delitiva inclusive após a deflagração de fase ostensiva da operação Lava Jato.
4. A prisão preventiva também é necessária para assegurar a aplicação da lei penal, em razão do elevado volume de recursos ainda ocultados, inclusive no exterior, e das evidências de dissipação dos ativos criminosos por meio de novas operações bancárias.
5. A posição de integrante de sofisticada organização criminosa e de membro da cúpula da Administração Federal estadual, aliada a práticas tendenciosas de destruição de provas e intimidação de testemunhas, indica a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, para garantir a ordem pública e a conveniência da instrução criminal, já que não se apresentam eficazes a obstar o agir delituoso, bem como evitar que o produto do crime seja totalmente dissipado ou ocultado.

- Parecer pelo não conhecimento do writ, ou, no mérito, pela denegação da ordem.

I

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **RÉGIS VELASCO FICHTNER PEREIRA**, ex-Chefe da Casa Civil do Estado do Rio de Janeiro no Governo de Sérgio Cabral, contra decisão monocrática do Ministro Rogério Schietti, do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu liminarmente o *Habeas Corpus* nº 494.811/RJ, chancelando a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, pelo Juízo da 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro/RJ, no âmbito da Operação Consigliere, processo nº 0500421-94.2019.4.02.5101, e mantida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Em 13 de fevereiro de 2019, o Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro decretou a custódia cautelar do paciente, no âmbito da Operação Consigliere, pela suposta prática dos delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.¹

O *Habeas Corpus* nº 0000735-74.2019.4.02.0000 foi impetrado no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, cujo pedido liminar foi indeferido pelo Desembargador Federal Paulo Espírito Santo.²

Contra essa decisão, foi impetrado o HC nº 494.811/RJ no Superior Tribunal de Justiça, indeferido liminarmente pelo Ministro Relator, diante da incidência do enunciado da Súmula n. 691/STF³.

Sobreveio, então, este *Habeas Corpus*, distribuído por prevenção ao Ministro Gilmar Mendes, objetivando a revogação da prisão preventiva de **RÉGIS FICHTNER**, ou a substituição da custódia provisória por medidas cautelares alternativas, na forma dos artigos 282-§6º e 319 do Código de Processo Penal.⁴

Nesse *writ*, a defesa do paciente alega, em síntese:

a) que não há fundamentos concretos que justifiquem a prisão preventiva;

1 Fls. 196/210.

2 Fls. 443/458.

3 Fls. 475/484.

4 Fls. 01/36.

- b) que os fatos em tese praticados não são contemporâneos ao decreto prisional;
 - c) que o juízo de piso reconheceu a suficiência de medidas cautelares alternativas para a garantia da ordem pública, não podendo reconsiderar tal decisão apenas pela circunstância do paciente se encontrar foragido; e
 - d) que é possível a substituição da prisão por medidas cautelares menos gravosas.
- Os autos vieram à Procuradoria-Geral da República para manifestação.

II

II.1. Da preliminar de não cabimento do *Habeas Corpus*. Súmula 691/STF

De início, argui-se que esta impetração **afronta** a conhecida Súmula nº 691 do STF, segundo a qual *não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar*. O ato apontado como coator é a decisão monocrática da lavra do Ministro Rogério Schietti, que indeferiu liminarmente o HC nº 494.811/RJ, precisamente pela incidência do enunciado da Súmula nº 691/STF, pois o *writ* impetrado no Tribunal *a quo* impugnou decisão liminar proferida pelo Desembargador Federal Paulo Espírito Santo, do TRF2, o que obstou o conhecimento do *mamdamus* e, na mesma esteira, o deferimento da liminar pleiteada nos autos deste HC.

Com base nesta Súmula nº 691, que previne supressão de instância, o Ministro Relator Gilmar Mendes tem reiteradamente negado seguimento a *Habeas Corpus* impetrados contra decisões monocráticas denegatórias de medida liminar em *Habeas Corpus* anterior.

Nesse sentido, o HC nº 148.387 teve seu seguimento negado em outubro de 2017 pelo Ministro Gilmar Mendes, **que manteve preso preventivamente paciente acusado de ter em depósito 85,5 gramas de maconha**.

Também em razão do óbice previsto na Súmula 691/STF, o Ministro Gilmar Mendes negou seguimento, em 04.06.2018, ao HC n. 157.704 **e manteve preso preventivamente paciente acusado de furtar 140 reais no ano de 2013**.

O RHC nº 155.209, por sua vez, teve seu seguimento negado pelo Ministro Gilmar Mendes também em razão da Sumula n. 691/STF, **mantendo-se a prisão preventiva de paciente preso por deter 6.3 gramas de crack.**

Os exemplos são vários no Supremo Tribunal Federal e os casos acima indicados – cuja potencialidade lesiva é inferior à retratada nestes autos – são apenas uma pequena amostra deles.

O Supremo Tribunal Federal tem superado a Súmula n. 691 – e, portanto, conhecido *Habeas Corpus* contra decisão monocrática que, também em *Habeas Corpus*, indefere pedido de liminar – quando a decisão (que decreta ou mantém prisão cautelar) é revestida de **flagrante ilegalidade ou teratologia**⁵.

Entretanto, não há, **sob qualquer aspecto**, elementos flagrantemente ilegais, abusivos e muito menos teratológicos nas sucessivas decisões que decretaram e mantiveram a prisão preventiva de **RÉGIS FICHTNER**. Todas elas estão fundamentadas e apoiadas em farto material probatório e nos requisitos autorizadores da segregação cautelar previstos no art. 312 do CPP.

Com efeito, a decisão proferida pelo Juízo da 7ª Vara da SJ/RJ (que originariamente decretou a prisão preventiva do paciente) demonstrou, à exaustão, a presença do chamado *fumus comissi delicti* (prova de materialidade delitiva e indícios de autoria em relação a **RÉGIS FICHTNER**). Também o fez a decisão do Desembargador Federal Paulo Espírito Santo (que rejeitou a medida liminar no HC n. 0000735-74.2019.4.02.0000), assim como a decisão do **Ministro do STJ** Rogério Schietti (que indeferiu liminarmente o HC n. 494.811/RJ) – ato apontado como coator pelo HC em epígrafe.

Em todas elas, foi demonstrado que o paciente participou ativamente do esquema criminoso desbaratado pela Operação Consigliere (desdobramento da Operação Câmbio, Desligo), tendo, sim, posição de destaque no esquema de corrupção arquitetado no âmbito do Governo do Estado do Rio de Janeiro, solicitando e aceitando quantias exorbitantes de dinheiro, por intermédio de FERNANDO FRANÇA MARTINS, para exercer o seu cargo com especial atenção para os interesses de empresários privados integrantes do núcleo administrativa da organização criminosa.

5 HC 106160, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento em 15.2.2011, DJe de 2.3.2011;

As mencionadas decisões são claras e fundamentadas, ao demonstrarem a presença do *periculum in mora* **específico**, argumentando que a necessidade da prisão preventiva de **RÉGIS FICHTNER** está em proteger a ordem pública (em face da gravidade em **concreto** do crime a eles imputados e contra o risco de reiteração delitiva), a conveniência da instrução criminal (considerando a influência e poder de intimidação do paciente no Governo Estadual mesmo após deixar o cargo na Casa Civil) e garantir a aplicação da lei penal (tendo em vista o elevado volume de dinheiro movimentado pelo grupo criminoso, que ainda mantém boa parte desses recursos no exterior). Sobre o ponto, confira-se o que diz o decreto prisional proferido pela 7ª Vara Federal da SJ/RJ:

Assim, se, em momento pretérito, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região deferiu a liberdade provisória a REGIS por considerar o recebimento de vantagens indevidas no valor de R\$ 1.500.000,00, como sendo indício de “lesividade reduzida” (HC nº 0014042-66.2017.4.02.0000), nota-se que no caso em tela os novos fatos sugerem recebimentos ilícitos na casa dos R\$ 5.000.000,00, o que por certo majora significativamente o dano causado à sociedade. É dizer, o aprofundamento das investigações parece demonstrar que, ao contrário do que se imaginou anteriormente, os indícios apontam para um comportamento de “lesividade majorada”.

É certo que não há, por ora, um decreto condenatório em desfavor do investigado, e a análise a ser feita adiante sobre o comportamento do requerido é ainda superficial, mas o fato é que os crimes de corrupção e outros relacionados, como os tratados neste processo, hão de observar o regramento compatível com a sua gravidade, além da necessidade de estancar imediatamente a atividade criminosa.

[...]

Muito embora o investigado seja réu na ação penal nº 0231438-95.2017.4.02.5101, não há ainda decreto condenatório contra ele, e a análise a ser feita sobre o seu comportamento é ainda provisória, mas o fato é que os crimes de corrupção e organização criminosa, como o narrado, devem ser tratados com a gravidade legalmente determinada; principalmente no presente caso, quando vem à tona novos fatos relativos à continuidade da organização criminosa.

O MPF afirma que, além dos fatos narrados por LUIZ CARLOS BEZERRA e CARLOS EMANUEL MIRANDA (operadores da ORCRIM), relacionados ao REGIS, que ensejaram a denúncia no bojo da ação penal nº 0231438-95.2017.4.02.5101, recentemente, foram revelados outros atos de recebimento de vantagem indevida em razão do exercício do cargo de chefe da Casa Civil do Estado do Rio de Janeiro, durante o governo de SÉRGIO CABRAL, bem como a pessoa encarregada de fazer o recebimento e a entrega do montante para FICHTNER.

Pois bem, segundo o órgão ministerial, por meio das colaborações premiadas de RENATO CHEBAR e MARCELO CHEBAR, operadores de CABRAL, foi revelado que parte da propina desviada pela organização criminosa foi remetida para o exterior, principalmente por meio dos doleiros, VINICIUS CLARET (JUCA ou JUCA BALA) e CLAUDIO FERNANDO (TONY ou PETER).

Posteriormente, foi homologado por esse Juízo acordo de colaboração de VINICIUS e CLAUDIO, sob o nº 0502635-92.2018.4.02.5101, no qual eles apresentam detalhes sob a logística das operações de movimentação e acondicionamento do numerário.

Nessa linha, os colaboradores relataram a utilização dos sistemas o ST e Bankdrop, nos quais eles identificavam os agentes que realizavam as transações de dólar cabo e dólar-cabo invertido, tanto no Brasil quanto no exterior. Além disso, eles atuavam armazenando numerário em salas alugadas e na sede da empresa de transporte de valores Transexpert. [...]

De acordo com os colaboradores, os irmãos CHEBAR eram identificados nos sistemas pelo codinome CURIÓ, sendo que nos extratos relativos a eles acostados aos autos pelo MPF é possível notar duas identificações: “FERNANDO” e “A MANDO DE RÉGIS”. Além disso, as entregas registradas em tais documentos fazem referência à “CUSEXPEINS”, que seria o codinome utilizado para a Transexpert, apontando que tais repasses foram realizados pela transportadora de valores.

A informação dos doleiros é, ainda, corroborada pelos depoimentos dos funcionários da Transexpert: JOSÉ WALBER FRANCISCO DOS SANTOS e REINALDO ELOI DE SANTANA. Ambos reconheceram FERNANDO, em foto apresentada na sede do Ministério Público, como sendo um oficial da polícia militar, próximo a Sérgio Cabral, a quem frequentemente entregavam numerário, no endereço na Av. Rio Branco 185, no Rio de Janeiro.

De fato, segundo os dados de cadastro do órgão ministerial, FERNANDO FRANÇA MARTINS é Coronel da Polícia Militar e possui duas salas vinculadas ao seu nome na Avenida Rio Branco, exatamente no endereço indicado pelos funcionários da transportadora (cadastro pessoal e relatório IPEI RJ20180060).

Outrossim, no cumprimento da medida de busca e apreensão na empresa Armazéns Gerais Murundu LTDA foram localizados arquivos armazenados pertencentes à pessoa jurídica Transexpert. Em tal acervo, há documentos relativos ao controle de VINICIUS e CLAUDIO (segundo assinalado pelos próprios), que ora foi acostado pelo MPF como elemento de comprovação.

Isso porque as notas de controle descrevem especificamente os valores repassados com a devida determinação de entrega ao FERNANDO, a mando de REGIS; bem como o no depoimento prestado em data anterior à efetivação da referida medida cautelar de busca.

Ou seja, de acordo com o órgão ministerial, REGIS recebeu por interposta pessoa de nome FERNANDO valores entregues pela Transexpert, a mando dos doleiros JUCA e PETER, com registro na contabilidade dos colaboradores como numerário pertencente à organização criminosa.

A seu turno, a conexão entre REGIS e FERNANDO é confirmada pelas centenas de ligações efetivadas entre os terminais telefônicos deles, durante o período de 2014 a 2016, conforme os dados obtidos por meio de afastamento do sigilo dos dados telefônicos (proc. nº 0507247-73.2018.4.02.5101).

Destaca-se que no aparelho telefônico de REGIS, obtido na busca e apreensão nº 0205067-94.2017.4.02.5101, há a anotação do número de contato de FERNANDO, bem como seus dados pessoais, como CPF e RG.

Além disso, em conversa extraída do referido aparelho celular é possível perceber que FERNANDO era subordinado a REGIS, figurando como provável empregado do agente público. É ver que FERNANDO pede permissão a REGIS para se ausentar dos serviços usuais prestados ao segundo.

Já nas informações bancárias adquiridas na quebra nº 0504146-62.2017.4.02.5101, constam pagamentos, quase mensais, em cheque de REGIS para FERNANDO, durante os anos de 2014 a 2016, com valor total de R\$ 724.197,55. Frise-se que os montantes normalmente eram fracionados até R\$ 5.000,00 por vez, o que pode indicar uma tentativa de escapar do órgão de fiscalização.

Ademais, o MPF acostou os dados de registros de entrada de FERNANDO na sede da Procuradoria do Estado os quais indicam o acesso ao local até novembro de 2017, quando REGIS foi preso preventivamente, o que confirma a manutenção da relação entre eles, mesmo após a saída do segundo do cargo na Casa Civil.

[...]

O MPF ainda elaborou um demonstrativo dos repasses a FICHTNER informados por CARLOS MIRANDA, tanto os entregues por BEZERRA quanto os ora apontados pelos colaboradores VINICIUS e CLAUDIO (sistema ST), sendo possível perceber que as supostas vantagens indevidas recebidas por REGIS vão muito além dos fatos já apontados na denúncia dos autos nº 0231438-95.2017.4.02.5101, totalizando quase R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

É ver que todos esses indícios demonstram provável interação entre REGIS e FERNANDO, para o recebimento, em tese, de valores ilícitos no âmbito da organização criminosa chefiada por SERGIO CABRAL.

Frise-se que a presente cautelar trata de outros supostos atos de recebimento de vantagem indevida por REGIS revelados com o aprofundamento das investigações e que não foram, portanto, abrangidos na ação penal nº 0231438-95.2017.4.02.5101.

Destarte, diante da análise do suporte probatório acostado pelo MPF, cabe destacar que o ordenamento jurídico estabelece genericamente que, para a concessão da prisão cautelar, de natureza processual, faz-se necessária a presença de pressupostos e requisitos legais, que uma vez presentes permitem a formação da convicção do julgador quanto à prática de determinado delito por aquela pessoa cuja prisão se requer.

[...]

No que toca especialmente ao fundamento da garantia da ordem pública, o Supremo Tribunal Federal já assentou que esta envolve, em linhas gerais: a) necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do preso ou de terceiros; b) necessidade de assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial o Poder Judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal; e c) objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente.

Como já dito linhas acima, e reiterando decisões cautelares anteriores, em se confirmando as suspeitas inicialmente apresentadas, as quais seriam suportadas pelo conjunto probatório apresentado em justificação para as graves medidas cautelares requeridas, estaremos diante de graves delitos de corrupção, desvio de verba pública, organização criminosa e lavagem de dinheiro.

Mais do que isso, avaliando os elementos de prova trazidos aos autos, em cognição sumária, considero que a gravidade da prática criminosa de pessoa com alto padrão social e com extenso conhecimento jurídico que tentam burlar os trâmites legais, não poderá jamais ser tratada com o mesmo rigor dirigido à prática criminosa comum.

[...]

FERNANDO é pessoa conhecida pelos membros da organização criminosa e não tinha sido sequer investigado até o presente momento. Ou seja, é possível que o esquema do qual REGIS, em tese, participa tenha se mantido na pessoa do braço-direito desse último.

Encontra-se também presente o segundo pressuposto necessário à decretação da cautelar, qual seja, o *periculum libertatis*, nestes autos representado pelo risco efetivo que os requeridos em liberdade possa criar à garantia da ordem pública, da conveniência da instrução criminal e à aplicação da lei penal (artigo 312 do Código de Processo Penal).

Não é demais rememorar que, mesmo após a prisão preventivamente efetivada em 2017, REGIS se mantém nos quadros da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, integrando ativamente a estrutura da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro, ou seja, com facilidade para obstruir, ou mesmo, encerrar as investigações contra si.

Assim, reitero a necessidade da prisão preventiva, que não é atendida por nenhuma outra medida cautelar alternativa, mesmo as estipuladas no art. 319 do CPP, ante o comportamento acima descrito dos investigados requeridos, que demonstram praticar atos, aparentemente, voltados para a corrupção e desvio de verba pública e lavagem de dinheiro.

Não se olvide, ademais, que tão importante quanto investigar a fundo a atuação ilícita da ORCRIM descrita, com a consequente punição dos agentes criminosos, é a cessação da atividade ilícita e a recuperação do resultado financeiro criminosamente auferido. Nesse sentido, deve-se ter em mente que no atual estágio da modernidade em que vivemos, uma simples ligação telefônica ou uma mensagem instantânea pela internet são suficientes para permitir a ocultação de grandes somas de dinheiro, como as que parecem ter sido pagas em propinas no caso ora sob investigação.

Nesse contexto, a prisão preventiva de RÉGIS VELASCO FICHTNER PEREIRA e de FERNANDO FRANÇA MARTINS, tal como requerida na representação inicial, é medida que se impõe, seja para garantir a ordem pública, como por conveniência da instrução criminal, nos termos do art. 312 do CPP.

Ora, ainda que se possa, no plano das ideias, discordar-se das razões subjacentes a cada uma dessas decisões, não há como dizer que elas impõem “*flagrante constrangimento ilegal*” em face do paciente, tampouco que tais razões contrariam a jurisprudência dos Tribunais Superiores, muito pelo contrário. A eventual discordância quanto às razões de decidir postas nas decisões que determinaram a prisão de RÉGIS FICHTNER não significa que essas razões inexistem, nem que elas conduzem a uma prisão cautelar teratológica ou flagrantemente ilegal – únicas situações que, segundo reiterada e conhecida jurisprudência do STJ e do STF, autorizam a superação da Súmula 691/STF.

A possibilidade de o STF rever, em sede de *Habeas Corpus*, decretos de prisionais de 1º e 2º grau, com superação ao previsto na Súmula nº 691/STF, somente pode se dar em situações **excepcionalíssimas**, em que se esteja diante de prisão indubitavelmente teratológica, ilegal ou abusiva – o que, como acima demonstrado, não acontece no presente caso.

III

III.1. DA CONTEXTUALIZAÇÃO DOS FATOS E DA PARTICIPAÇÃO DE RÉGIS FICHTNER NOS CRIMES INVESTIGADOS

Os fatos descortinados pela “Operação Consigliere” decorrem de investigações já em curso na 7ª Vara Federal Criminal da SJ/RJ (Operações Calicute, Eficiência e Câmbio, Desligo e C'est fini) e se referem à prática de diversos crimes por uma mesma ORCRIM, chefiada pelo ex-Governador SÉRGIO CABRAL, com ramificações perante diversos órgãos e entidades do Estado.

A partir do aprofundamento das investigações, bem como dos acordos de colaboração premiada firmados com Renato e Marcelo Chebar, Cláudio Barboza, Vinícius Claret, Carlos Miranda, assim como a confissão de Luiz Carlos Bezerra e respectivas provas de corroboração, foram revelados que a gigantesca movimentação de recursos no exterior requereu que uma estrutura logística fosse montada no Brasil, a fim de que fosse transportado dinheiro, em reais, custodiados e liquidados.

Assim, após lançadas as operações de dólar-dabo nos sistemas de contabilidade da atividade financeira paralela, denominados ST e Backdrop, os colaboradores faziam uso de transportadoras de valores, dentre as quais a TRANSEXPET VIGILÂNCIA E TRANSPORTE DE VALORES S/A., que, além de servir de local seguro para a custódia do dinheiro, funcionava como verdadeira instituição financeira clandestina (“banco paralelo”).

Os colaboradores também forneceram ao MPF, os registros dos sistemas de contabilidade que utilizavam para registrar a atividade financeira paralela, o ST e o Backdrop, os quais servem como elementos de corroboração do funcionamento da estrutura delitiva.

Os dados desses sistemas de contabilidade dos colaboradores comprovam a atuação do paciente junto aos demais integrantes da organização criminosa no período de 2007 a 2019, desempenhando importante papel na geração de recursos em espécie no Brasil, valores estes que foram utilizados para fins ilícitos, visando a atender os interesses de pessoas envolvidas no mercado de câmbio paralelo, inclusive o ex-governador SÉRGIO CABRAL.

Nesse sentido, os elementos de convicção coligidos ao longo das investigações demonstram que o paciente, em razão do seu prestígio como Chefe da Casa Civil do Estado do Rio de Janeiro, foi responsável por operações de movimentação, ocultação, dissimulação e lavagem de dinheiro, no valor de R\$ 4.897.000,00 (quatro milhões, oitocentos e noventa e sete mil reais), angariado e distribuído pela organização criminosa chefiada por SÉRGIO CABRAL, sob sua orientação e anuência.

Os registros do sistema ST demonstram que, entre 2011 e o início de 2014, o paciente realizou 21 transações entre os doleiros de SÉRGIO CABRAL e a conta relativa à TRANSEXPERT.

III.2. Da presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva de Régis Fichtner

Com efeito, para que a prisão preventiva seja adequadamente decretada, devem estar presentes: (i) uma das condições de admissibilidade (pressupostos normativos) previstas no artigo 313 do CPP e os requisitos genéricos das cautelares *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*; (ii) um dos pressupostos (requisitos fáticos) previstos no artigo 312-*caput* do CPP (garantia da ordem pública, ordem econômica, aplicação da lei penal ou instrução criminal), ou do seu parágrafo único; (iii) a necessidade, adequação e utilidade do provimento (proporcionalidade), próprio das medidas intrusivas na esfera de liberdade do cidadão, e a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão.

Todos estes requisitos foram devidamente preenchidos e apontados na decisão que decretou a prisão preventiva, conforme será demonstrado a seguir.

III.2.1. Condições de admissibilidade (pressupostos normativos) previstas no artigo 313 do CPP e o requisito genérico das cautelares *fumus comissi delicti*.

De acordo com o disposto no artigo 313 do Código de Processo Penal a prisão preventiva é admitida: I - nos **crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos**; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I, do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei nº-2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; ou

ainda quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

No presente caso, na denúncia ofertada no âmbito da “**Operação Consigliere**”, o Órgão Acusatório imputa a **RÉGIS FICHTNER** os delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Ao paciente também é imputada a prática do delito de pertencimento à organização criminosa, no bojo da Ação Penal nº 0231438-95.2017.4.02.5101, fruto das investigações realizadas anteriormente no âmbito da “Operação *C'est Fini*”.

Os referidos crimes são punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos, estando preenchido, assim, o requisito exigido no artigo 313 do Código de Processo Penal.

Além disso, a parte final do artigo 312 do CPP exige, para a decretação da prisão preventiva, a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (*fumus commissi delicti*).

A decisão que decretou a prisão preventiva do paciente examinou as provas de materialidade e indícios de autoria do delito, destacando a participação fundamental e estratégica de **RÉGIS FICHTNER** nas atividades da organização criminosa.

Os trabalhos investigativos desenvolvidos no curso da recente “**Operação Consigliere**”, bem como do depoimento prestado pelo colaborador CARLOS MIRANDA e da confissão de LUIZ CARLOS BEZERRA, e respectivas provas de corroboração, demonstram que **RÉGIS FICHTNER** foi colocado, estrategicamente, na posição de Chefe da Casa Civil do Estado do Rio de Janeiro para garantir os “arranjos jurídicos” necessários para viabilizar os planos de governo de SÉRGIO CABRAL, sempre acompanhados do recebimento de vultosas quantias de vantagens indevidas para beneficiar fornecedores do Estado do Rio de Janeiro.

A função do paciente era, a grosso modo, (i) articular os atos de governo mais importantes, buscando soluções jurídicas para justificar as alterações contratuais, editais de licitação, benefícios fiscais e contratações de obras e (ii) receber parte da propina paga para a organização criminosa, por intermédio de FERNANDO FRANÇA MARTINS.

Até o presente momento, estima-se que, em retribuição aos atos praticados para viabilizar os interesses escusos dos integrantes da ORCIM, o paciente recebeu, com

periodicidade e por pelo menos 21 (vinte e uma) vezes, vantagem indevida no valor de **R\$ 4.897.000,00 (quatro milhões, oitocentos e noventa e sete mil reais)**.

Os pagamentos periódicos dos valores em espécie destinados pela organização criminosa a **RÉGIS FICHTNER** eram, em parte, entregues pelos doleiros Renato e Marcelo Chebar (conforme registrado no sistema ST) e pela empresa TRANSEXPert. As entregas eram feitas diretamente a **FERNANDO FRANÇA MARTINS**, que ficava incumbido de receber e ocultar os valores para **RÉGIS FICHTNER**.

No ponto, cumpre rememorar que os depoimentos prestados pelos colaboradores VINÍCIUS CLARET VIEIRA BARRETO, CLÁUDIO FERNANDO BARBOZA DE SOUZA e pelos irmãos CHEBAR, doleiros do ex-Governador do Rio de Janeiro, são uníssonos em apontar que a TRANSEXPert era empresa-chave no mercado paralelo da organização criminosa, utilizada pelos doleiros como “banco paralelo” dos valores desviados dos cofres públicos do RJ e remetidos ilicitamente ao exterior.

Os dados extraídos do sistema de contabilidade ST revelam que, no extrato da conta CURIÓ (codinome dos doleiros de SÉRGIO CABRAL), constam diversas entregas de dinheiro em espécie feitas a uma pessoa de nome “FERNANDO” “A MANDO DE RÉGIS”. Tais entregas fazem referência a “CUSEXPEINS”, que era o codinome utilizado para designar a empresa de transporte de valores TRANSEXPert nos sistemas ST e o Backdrop.

A somatória dos valores registrados no Sistema ST e aqueles constantes dos recibos depositados pela TRANSEXPert (descontados os pagamentos coincidentes em valor e data) resulta no total de **R\$ 4.897.000,00 (quatro milhões, oitocentos e noventa e sete mil reais)**.

De acordo com a denúncia, por meio de busca e apreensão na empresa ARMAZÉNS GERAIS MURUNDU LTDA. – empresa que mantém arquivos com documentos da TRANSEXPert –, logrou-se identificar diversas caixas cujo conteúdo está relacionado a operações com pessoa de codinome “INSIDER”, nome dado pela TRANSEXPert para os doleiros CLÁUDIO BARBOZA (TONY) e VINÍCIUS CLARET (JUCA BALA).

Em análise dos documentos arquivados na caixa “INSIDER”, foram encontrados recibos de entrega de valores contendo a inscrição “A FERNANDO”, “A MANDO DE RÉGIS”. Além de confirmarem os nomes de **FERNANDO** e **RÉGIS**, consta nos recibos o endereço de entrega dos valores como sendo Avenida Rio Branco, 185, sala 429:

Item 002
Arrecadação de 03/12/2013
Processo 2018.51.01.507148-2

15.00
1600

CONTROLE Nº 6151

MC NELSON

Cliente	Lacre	Valor
INSIRA	(18547)	500.000,00

ENTRADA Data: _____ SAIDA Data: 12/01/12

Remetente _____ Remetente _____

Destinatário _____ Destinatário Av. Rio Branco, 185/429

Mod. 076 - 50 Bix. 50x4 de 5.501 a 8.000 JS

Por sua vez, o endereço na Av. Rio Branco, n. 185, sala 429, de fato, era utilizado por **FERNANDO FRANÇA MARTINS**, conforme consta de seu cadastro:

Identificação

CPF: 25303970744
Nome: FERNANDO FRANÇA MARTINS
Idade: 69 anos
Data de Nascimento: 21/08/1945
Estado Civil: C

Sexo: M
Nome da Mãe: ELIDIA FRANÇA MARTINS
E-mail: > Clique para consultar
Poder Aquisitivo: > Clique para consultar

LEÃO 22/07 a 22/08

	Nota	Endereço
Endereço Prioritário	10	AV RIO BRANCO 156 SL 2632 - CENTRO - RIO DE JANEIRO - RJ - 20040003
Endereço Cadastrado 1	10	R DES JOAO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ 100 AP 1204-100 - BARRA DA TIJUCA - RIO DE JANEIRO - RJ - 22793306
Endereço Cadastrado 2	5	R RAUL DA CUNHA RIBEIRO 819 302 - RGR DOS BANDEIRANTES - RIO DE JANEIRO - RJ - 22790022
Endereço Cadastrado 3	10	AV RIO BRANCO 185 SA 429 - CENTRO - RIO DE JANEIRO - RJ - 20040902
Endereço Cadastrado 4	10	R PE ANDRE MOREIRA 100 C - MEIER - RIO DE JANEIRO - RJ - 20780030

FERNANDO FRANÇA MARTINS também utilizava outra sala no mesmo endereço, pois realizou pagamento de aluguel em imóvel situado na Av. Rio Branco, n. 185, sala 330.

No endereço da Av. Rio Branco, 185, sala 330, foram identificadas notas fiscais eletrônicas (NF-e) para os seguintes destinatários:

- Para o endereço AVENIDA RIO BRANCO, 185, SALA 330, foram identificadas NF-e para os seguintes destinatários:
 - CNPJ 18.884.167/0001-28, ARTBE FIRE ASSESSORIA TÉCNICA LTDA, 20 notas entre 2014 e 2018; e
 - CPF 077.642.767-90, HELTON LACERDA DANTAS, uma única nota, em 2017.

A empresa referida acima, Artbe Fire Assessoria Técnica Ltda. (18.884.167/0001-28), tem como sócios Osmany Magalhães Lacerda e Adriane Lacerda Martins.

Osmany Magalhães Lacerda foi lotado no gabinete de **RÉGIS FICHTNER** no Senado Federal, na condição de servidor. Por sua vez, Adriane Lacerda Martins é casada com Edmundo Braga Martins, filho de **FERNANDO FRANÇA MARTINS**, e filha de Osmany Magalhães Lacerda, o que também relaciona **FERNANDO FRANÇA MARTINS** ao endereço na Av. Rio Branco, 185.

Todos esses elementos demonstram que **FERNANDO FRANÇA MARTINS** era a pessoa de confiança de **RÉGIS FICHTNER**, já que era o responsável por recolher parte da propina recebida pelo então secretário da Casa Civil do Estado do Rio de Janeiro.

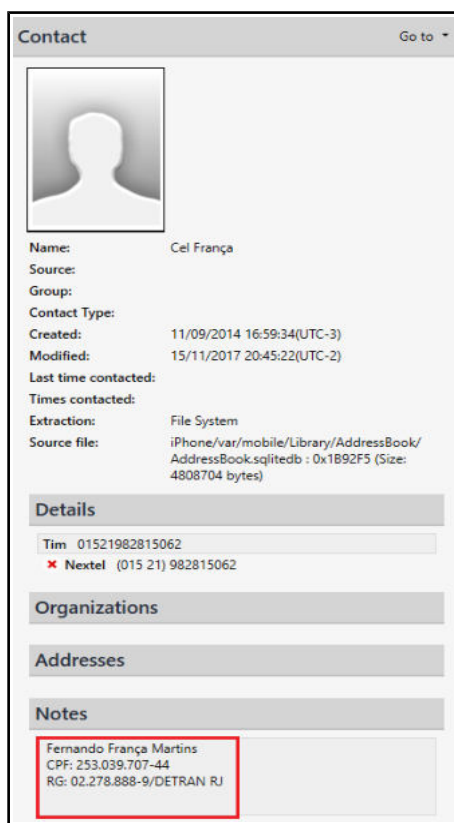
Depoimentos prestados por José Walber Francisco Dos Santos e Reinaldo Eloi de Santana – funcionários da TRANSEXPRT como segurança no transporte de valores, já salientavam, antes mesmo da efetivação da medida de busca e apreensão, a efetiva entrega de valores em espécie a **RÉGIS FICHTNER**, por meio de **FERNANDO FRANÇA MARTINS**.

Em seus depoimentos, os seguranças da TRANSEXPRT reconheceram **FERNANDO FRANÇA MARTINS** como sendo um oficial da Polícia Militar que recebia com frequência valores em espécie transportados pela TRANSEXPRT no endereço situado na Avenida Rio Branco, 185.

Em consulta aos bancos de dados do Ministério Público Federal, identificou-se que **FERNANDO FRANÇA MARTINS** é Coronel da Polícia Militar e trabalhou para a Secretaria do Estado do Rio de Janeiro desde 2007.

Outros elementos de prova ainda confirmam a relação de confiança formada entre ambos. Embora **FERNANDO FRANÇA**, em seu depoimento em sede policial, tenha tentado se

desvincular do ex-Chefe da Casa Civil do Rio de Janeiro, o próprio **RÉGIS FICHTNER** reconhece manter relação de amizade com **FERNANDO**, tendo-o, inclusive, dentre os seus contatos no telefone celular, sendo identificado como “Cel. França”:













Conforme destacado na imagem acima, a proximidade entre **RÉGIS FICHTNER** e **FERNANDO FRANÇA** era tamanha que aquele possuía em sua agenda de telefone os dados pessoais deste, como número de CPF e de RG.

Na agenda do telefone celular de **FERNANDO FRANÇA**, o terminal telefônico de **RÉGIS FICHTNER** está cadastrado com o codinome “AMIGÃO”:



As investigações comprovaram, ainda, o intenso contato telefônico mantido entre os denunciados quase que diariamente e, por diversas, vezes num mesmo dia. Além disso, constatou-se que existe uma relação de subordinação entre FERNANDO FRANÇA e **RÉGIS FICHTNER**, pois, em conversas mantidas vias **What'sAPP**, **FERNANDO** pede permissão a este para viajar e questiona se existe alguma “missão” a ser executada:

☆		5521982815062@s.whatsapp.net Fernando Franca	28/11/2015 23:43:21(UTC-2)
		Exmo, Fiquei sem telefone desde ontem . Deixei na casa do meu filho ontem na festa do meu neto . Desculpa. Source Extraction: Physical Source file: USERDATA (ExtX)/Root/data/com.whatsapp/databases/msgstore.db : 0x18EF2DB (Size: 239190016 bytes) USERDATA (ExtX)/Root/data/com.whatsapp/databases/wa.db : 0x9ADBC (Size: 2252800 bytes)	
☆		5521982815062@s.whatsapp.net Fernando Franca	04/12/2015 15:11:05(UTC-2)
		V.Ex. Alguma missão pra esse final de semana ? Source Extraction: Physical Source file: USERDATA (ExtX)/Root/data/com.whatsapp/databases/msgstore.db : 0x1D8CC56 (Size: 239190016 bytes) USERDATA (ExtX)/Root/data/com.whatsapp/databases/wa.db : 0x9ADBC (Size: 2252800 bytes)	
☆		5521982068000@s.whatsapp.net Regis Fichtner	04/12/2015 16:25:42(UTC-2)
		Não. Bom final de semana! Source Extraction: Physical Source file: USERDATA (ExtX)/Root/data/com.whatsapp/databases/msgstore.db : 0x1D7337A (Size: 239190016 bytes) USERDATA (ExtX)/Root/data/com.whatsapp/shared_prefs/com.whatsapp_preferences.xml : 0x1AC1 (Size: 12725 bytes) USERDATA (ExtX)/Root/data/com.whatsapp/databases/wa.db : 0x9ADBC (Size: 2252800 bytes)	
☆		5521982815062@s.whatsapp.net Fernando Franca	04/12/2015 16:37:26(UTC-2)
		Obrigado, para o senhor também! Source Extraction: Physical Source file: USERDATA (ExtX)/Root/data/com.whatsapp/databases/msgstore.db : 0x1D74F56 (Size: 239190016 bytes) USERDATA (ExtX)/Root/data/com.whatsapp/databases/wa.db : 0x9ADBC (Size: 2252800 bytes)	
☆		5521982815062@s.whatsapp.net Fernando Franca	08/12/2015 10:12:57(UTC-2)
		Não fui não estrada ruim Source Extraction: Physical Source file: USERDATA (ExtX)/Root/data/com.whatsapp/databases/msgstore.db : 0x1E8990B (Size: 239190016 bytes) USERDATA (ExtX)/Root/data/com.whatsapp/databases/wa.db : 0x9ADBC (Size: 2252800 bytes)	
☆		5521982068000@s.whatsapp.net Regis Fichtner	08/12/2015 17:54:55(UTC-2)
		Preciso de um motorista amanhã às 19 hs no escritório. Ok? Source Extraction: Physical Source file: USERDATA (ExtX)/Root/data/com.whatsapp/databases/msgstore.db : 0x1E8D283 (Size: 239190016 bytes) USERDATA (ExtX)/Root/data/com.whatsapp/shared_prefs/com.whatsapp_preferences.xml : 0x1AC1 (Size: 12725 bytes) USERDATA (ExtX)/Root/data/com.whatsapp/databases/wa.db : 0x9ADBC (Size: 2252800 bytes)	
☆		5521982815062@s.whatsapp.net Fernando Franca	08/12/2015 18:04:49(UTC-2)
		Ok Source Extraction: Physical Source file: USERDATA (ExtX)/Root/data/com.whatsapp/databases/msgstore.db : 0x1EB1FF0 (Size: 239190016 bytes) USERDATA (ExtX)/Root/data/com.whatsapp/databases/wa.db : 0x9ADBC (Size: 2252800 bytes)	
☆		5521982815062@s.whatsapp.net Fernando Franca	10/12/2015 22:09:09(UTC-2)
		Excia amanhã de manhã gostaria de ir ao sitio resolver um problema volto as13hs Source Extraction: Physical Source file: USERDATA (ExtX)/Root/data/com.whatsapp/databases/msgstore.db : 0x1FF9C16 (Size: 239190016 bytes) USERDATA (ExtX)/Root/data/com.whatsapp/databases/wa.db : 0x9ADBC (Size: 2252800 bytes)	
☆		5521982815062@s.whatsapp.net Fernando Franca	10/12/2015 22:09:18(UTC-2)
		Ok Source Extraction: Physical Source file: USERDATA (ExtX)/Root/data/com.whatsapp/databases/msgstore.db : 0x1FF9B5F (Size: 239190016 bytes) USERDATA (ExtX)/Root/data/com.whatsapp/databases/wa.db : 0x9ADBC (Size: 2252800 bytes)	
☆		5521982068000@s.whatsapp.net Regis Fichtner	10/12/2015 22:11:04(UTC-2)
		Ok. No sábado vou precisar de um motorista. Me diga quanto foi o custo do pneu. Boa viagem. Source Extraction: Physical Source file: USERDATA (ExtX)/Root/data/com.whatsapp/databases/msgstore.db : 0x1FF9AEA (Size: 239190016 bytes) USERDATA (ExtX)/Root/data/com.whatsapp/shared_prefs/com.whatsapp_preferences.xml : 0x1AC1 (Size: 12725 bytes) USERDATA (ExtX)/Root/data/com.whatsapp/databases/wa.db : 0x9ADBC (Size: 2252800 bytes)	

Demais disso, nas informações bancárias de **RÉGIS FICHTNER**, obtidas por meio de quebra de sigilo bancário,⁶ foram identificados dezenas de pagamentos para FERNANDO FRANÇA no período de 2014 a 2016, somando R\$ 724.197,55. Nesse período, foram mais de 140 depósitos, 139 no valor de R\$ 5.000,00 e um de R\$ 10.000,00.

6 Autos n.º 0504146-62.2017.4.02.5101.

Somando-se ao contexto probatório apresentado nos autos, o relato de SÉRGIO CABRAL, prestado perante o MPF em 21 de fevereiro de 2019,⁷ confirma o pagamento de mesadas e bonificações a RÉGIS FICHTNER a título de propina, em retribuição a atos de ofício praticados pelo então chefe da Casa Civil do Estado do Rio de Janeiro, constatando que SÉRGIO CABRAL anuiu com o recebimento de propina pelo paciente no interesse da ORCRIM.

Resta fartamente demonstrado que FERNANDO FRANÇA era a pessoa de confiança do paciente responsável por recolher parte da propina recebida pelo então secretário da Casa Civil do Estado do Rio de Janeiro.

Nesse sentido, o pedido de prisão e a denúncia ofertada estão lastreados em diversos elementos de prova que apontam que FERNANDO FRANÇA MARTINS funcionava como um operador financeiro de RÉGIS FICHTNER com a anuência de SÉRGIO CABRAL, tais como depoimentos de testemunhas, reconhecimento fotográfico, confirmações *in loco* dos locais de entrega de valores em espécie, conforme relatado pelos colaboradores e testemunhas, provas colhidas em cumprimento de medida de busca e apreensão, dados obtidos a partir de afastamento de sigilo telemático e bancário, assim como de interceptações telefônicas que demonstram a interlocução existente entre o paciente e seu operador financeiro.

Esses elementos suprem o requisito da justa causa para a implementação da constrição cautelar. Cabe destacar que já foi ofertada denúncia no âmbito da “Operação Câmbio Desligo”, o que reforça a presença do *fumus commissi delicti* na espécie.

III.2.2. PRESSUPOSTOS (REQUISITOS FÁTICOS) PREVISTOS NO ARTIGO 312-CAPUT DO CPP E PERICULUM LIBERTATIS.

O artigo 312 do CPP exige, ainda, como pressuposto da decretação da prisão preventiva, a existência do *periculum libertatis*, representado pela comprovação do risco efetivo que o agente causa à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

7 Transcrito nas págs. 61/63 da denúncia.

Ao contrário do alegado pela defesa, a existência do *periculum libertatis* neste caso restou devidamente demonstrada, em razão da gravidade concreta dos crimes imputados ao paciente, do risco real de reiteração delitiva, bem como do elevado volume de dinheiro movimentado pelo grupo criminoso (quase 5 milhões de reais), que ainda mantém boa parte desses recursos no exterior, indicando que a prisão preventiva é necessária como garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal.

Portanto, o *modus operandi*, a **gravidade concreta** e a **elevada reprovabilidade** das condutas praticadas e a facilidade de **dissimulação do proveito do crime** recomendam a manutenção da prisão preventiva, como meio de **garantir a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal**.

Nesse contexto, o STJ tem admitido a prisão preventiva para garantia da ordem pública, considerando o peculiar modo de atuação do esquema criminoso organizado e a necessidade de interromper a reiteração na prática de delitos. Essa Corte Suprema também considera a avaliação da gravidade concreta dos delitos, de excepcional repercussão danosa ao meio social:

Processual Penal. *Habeas Corpus* substitutivo de agravo regimental. Tráfico de drogas, Associação para o tráfico, **Lavagem de dinheiro e Organização criminoso**. Prisão preventiva. Interceptação telefônica. Ausência de teratologia. 1. Não cabe habeas corpus em substituição ao agravo regimental cabível na origem. 2. Ausência de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder que autorize a concessão da ordem de ofício. 3. **A prisão preventiva está justificada na gravidade concreta dos delitos supostamente praticados pelos agentes**. (...) (HC 139370, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 24-04-2018 PUBLIC 25-04-2018).

Destarte, ao contrário do sustentado na impetração, restou devida e concretamente demonstrado que a prisão do paciente é necessária para a garantia da ordem pública e da conveniência da instrução criminal.

E, nesse ponto, é imperioso combater, rigorosamente, o entendimento que vem sendo exarado em diversas decisões dessa Corte, no sentido de que a inexistência de contemporaneidade dos fatos desautoriza, por si só, a prisão preventiva, mesmo reconhecida a peculiar gravidade em concreto dos crimes apurados.

Conforme narrado na denúncia, dados de quebra telefônica revelam que o paciente manteve conversas do paciente com seu operador financeiro até o dia anterior de

suas prisões (ocorridas em **15/02/2019**). Das mencionadas conversas é possível depreender que FERNANDO FRANÇA seguia cumprindo as ordens de **RÉGIS FICHTNER**.

Como se vê, a prática de crimes pelos integrantes da organização criminosa é presente e absolutamente **contemporânea** ao decreto prisional.

A possibilidade real de reiteração delituosa constitui, fora de dúvida, base empírica subsumível à hipótese legal da garantia da ordem pública.

A respeito da necessidade de que os fatos que ensejam a prisão preventiva fundada no risco à ordem pública sejam contemporâneos à implementação da medida, vale citar o entendimento exposto pelo Ministro Edson Fachin no julgamento do HC n. 143.333: ***“O que deve ser avaliado, em verdade, é se o lapso temporal verificado retira ou não a plausibilidade concreta de reiteração delituosa. A aferição da atualidade do risco, como todos os vetores da prisão preventiva, exige apreciação particularizada, descabendo superlativar a análise abstrata da distância temporal do último ato ilícito imputado ao agente.”***

Com efeito, sendo a expressão “proteção à ordem pública” nitidamente genérica, para que ela tenha concretude e robustez suficientes a justificar uma privação de liberdade de natureza realmente cautelar e não meramente antecipatória da pena, faz-se necessário lhe atribuir um significado que seja iluminado por critérios mais objetivos, ou menos etéreos, calibrando-os, em seguida, pela noção de cautelaridade própria à prisão preventiva.

Nessa linha é que, por “proteção à ordem pública” como uma das finalidades da prisão preventiva, deve-se compreender, por exemplo, **o acautelamento do corpo social, diante do justo e plausível receio de que o investigado ou réu, caso solto, volte a delinquir**⁸. E haverá receio plausível e justificado de reiteração delitiva, quando as

8 Sobre o tema, não há como deixar de recorrer à lapidar lição do Min. Ayres Britto: “O conceito jurídico de ordem pública não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/1988). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins). Daí sua categorização jurídico-positiva, não como descrição do delito nem cominação de pena, porém como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social”. (**HC 101.300**, rel. min. Ayres Britto, j. 5-10-2010, 2ª T, *DJE* 18-11-2010)

circunstâncias objetivas como o tempo e o modo em que praticados os fatos criminosos assim indicarem.

Aqui, entra em cena a noção de **contemporaneidade** (dos fatos em relação ao decreto de prisão), erigida por alguns Ministros como requisito para que a prisão preventiva decretada **unicamente** para proteger a ordem pública seja válida. Essa ideia parte do raciocínio de que crimes muito distantes no tempo, quando desacompanhados de qualquer outra circunstância própria aos demais fundamentos que, à luz do art. 312 do CP, justificam a prisão preventiva (como condutas do investigado de se furtar à aplicação da lei penal), não são aptos a fazer nascer na comunidade justo e plausível receio de reiteração delitiva, de modo que não oferecem, a princípio, risco à ordem pública.

Seguindo esse raciocínio, vê-se que o tempo do fato criminoso (o seu “quando”, ou a sua contemporaneidade) importa apenas como **mais um elemento** que, quando conjugado com outros, integra o processo de análise quanto à plausibilidade, ou não, do risco de reiteração delitiva. Daí que não há fórmulas absolutas capazes de indicar o quão recente deve ser um fato criminoso para que o receio da sua reiteração justifique a prisão preventiva daquele que o cometeu.

Aliás, os Ministros dessa Suprema Corte têm, em decisões monocráticas recentes, mantido prisões preventivas decretadas com base unicamente no risco à ordem pública, relativas a crimes cometidos **vários anos** antes dos respectivos decretos prisionais, justamente por considerarem que, apesar de o crime não ser tão recente, é a soma das circunstâncias do caso concreto que deve indicar a plausibilidade do risco da reiteração delitiva e, assim, justificar a segregação cautelar.

No HC nº 151.436, por exemplo, o Ministro Luis Fux, em dezembro de 2017, manteve prisão preventiva decretada em 2017 contra paciente acusado da prática, em 2013, de crime ambiental e formação de quadrilha.

No HC nº 148.014, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, manteve-se a prisão preventiva decretada em 09/03/2016 contra paciente acusado de praticar o crime de roubo de veículo automotor em 1/3/2011. Veja-se trecho da decisão:

~Na espécie, verifico que, assim como consignado pelo STJ, a prisão cautelar está devidamente fundamentada, baseada na gravidade concreta da conduta evidenciada pelas

circunstâncias em que praticado o crime (subtração de caminhão e carga de expressivo valor, com emprego de armas e restrição à liberdade da vítima) e nos fortes indícios de que o paciente integre uma quadrilha especializada em roubos de carga.

Observo, ainda, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite que a prisão preventiva tenha fundamento na reiteração criminosa como violadora da ordem pública, haja vista a participação em organização criminosa”.

A contemporaneidade dos ilícitos envolvendo o paciente, como visto acima, é evidente, pois ele estava em pleno desenvolvimento de atividades ilícitas **até o ano de 2019**.

Além disso, há fortes indícios de que grande parcela dos recursos ilícitos obtidos pelos envolvidos ainda permanecem ocultos, no Brasil e no exterior, podendo ser usufruídos e dilapidados por eles, caso permaneçam em liberdade.

Ou seja: a **contemporaneidade** dos atos praticados pelo paciente evidencia um quadro de criminalidade sistêmica que se protraiu nos anos e **que permanece firme até os dias atuais**.

Ora, tendo em conta que o tempo dos fatos criminosos, para a prisão preventiva, é necessariamente o do passado, não há como exigir, para que ela seja validamente decretada, fatos mais recentes do que aqueles praticados por **RÉGIS FICHTNER** e seu operador financeiro.

A posição de integrante de sofisticada organização criminosa, a circunstância de **RÉGIS FICHTNER** ter insistido na prática de ilícitos por anos a fio, a despeito de ostentar cargos públicos na Administração Pública do Rio de Janeiro, sendo um dos responsáveis por manter em funcionamento as atividades ilícitas da organização criminosa, a gravidade em concreto dos crimes por ela praticados (a demonstrar, na linha da jurisprudência dessa Suprema Corte, a sua periculosidade), assim como a evidente contemporaneidade dos crimes – tudo comprovado nos autos, e não fruto de mera especulação ou afirmações genéricas – indica que a única forma de sobrestar as atividades ilícitas incorridas pelo paciente é mediante a sua custódia cautelar.

Do contrário, **o risco de reiteração delitiva é óbvio e inegável; assim, a necessidade da prisão cautelar se funda, antes de mais nada, no risco que a liberdade de RÉGIS VELASCO FICHTNER traz à ordem pública**.

Imaginar que uma vida criminosa, como a do paciente, será interrompida por mágica é algo muito pueril. Não é isso que a realidade demonstra. Pelo contrário, apenas a

amarga, mas concretamente necessária, medida cautelar de prisão preventiva terá o condão de preservar a ordem pública, impedindo que a paciente, em liberdade, retome sua bem sucedida carreira criminosa.

Além disso, a representação ministerial aponta que, após sua saída da Casa Civil, o paciente continuou exercendo seu poder em diversas esferas da administração estadual, demonstrando capacidade de influência e de intimidação em alto grau.

Nesse sentido, **três fatos** merecem ser destacados a fim de demonstrar o enorme prestígio e poder de infiltração de **RÉGIS FICHTNER**.

O **primeiro** deles é que o paciente manteve relações com ANA LÚCIA VIEIRA, que trabalhava na mencionada Secretaria. Com efeito, conforme a representação ministerial, há mensagens entre **RÉGIS** e ANA LÚCIA, que denotam sua disposição de **buscar informações privilegiadas sobre precatórios** e, mais grave ainda, demonstram que o paciente adotou medidas para **destruir arquivos e documentos**, emitindo ordens a ANA LÚCIA **mesmo após deixar a Casa Civil**.

As provas coligidas nos autos comprovam que a relação entre **RÉGIS** e ANA LÚCIA perdurou ainda por muito tempo após a saída de **RÉGIS FICHTNER** do governo, sendo ANA LÚCIA um braço operacional da organização criminosa dentro da Casa Civil.

Em **segundo** lugar, tem-se que, somente após a deflagração da **Operação Consigliere**, em 15/02/2019, foi possível constatar que os tentáculos de **RÉGIS FICHTNER** na máquina estatal ainda não estão totalmente mapeados e permaneciam ativos.

Conforme informações fornecidas pela Procuradoria-Geral do Estado, Fábio Braga Martins, major do CBMERJ e filho do Coronel FERNANDO FRANÇA MARTINS, trabalhou diretamente com **RÉGIS**, em seu gabinete na Casa Civil, por anos a fio, e mesmo depois do paciente ter retornado à Procuradoria-Geral do Estado, levou Fábio Braga para que continuasse lhe prestando serviços naquele órgão. Mais do que isso, até mesmo após o afastamento de **RÉGIS FICHTNER** do cargo, Fábio Braga continuou cedido pelos Corpo de Bombeiros à PGE.

Fábio Braga ocupava, desde 30/12/2016, cargo estratégico de Secretário nível II, na Coordenadoria Militar da Procuradoria-Geral do Estado, tendo por uma das atribuições acessar dados de natureza sigilosa no interesse do órgão. Nos termos da informação, Fábio Braga Martins teve acesso, inclusive, ao levantamento feito pela Procuradoria-Geral do

Estado, a pedido do Ministério Público Federal, das pessoas que visitaram **RÉGIS FICHTNER** no órgão. Vale dizer, Fábio Braga Martins, em razão do cargo que ocupava até 15/02/2019, teve acesso a dados da investigação, em especial à informação que ligava diretamente o nome de seu pai ao paciente.

Há, portanto, prova inequívoca de que **RÉGIS FICHTNER**, mesmo depois de ter saído da Secretaria da Casa Civil, manteve em postos estratégicos pessoas de seu relacionamento próximo, que lhe permite o acesso a informações privilegiadas.

Recentemente, um **terceiro fato** foi trazido ao conhecimento do MPF, que demonstra o grau de influência e o poder de organização e mobilização de que o paciente dispõe.

Em depoimento prestado ao MPF, em 19 de março de 2019, Raianny Bailly Develly Rocha afirma que prestou serviços para **RÉGIS FICHTNER**, sob coordenação do Coronel FRANÇA, na campanha para o governo do Estado em 2006, sendo-lhe prometido um emprego no novo governo.

A testemunha afirmou que era remunerada em espécie e que, à época, o Coronel FRANÇA determinou que abrisse conta bancária e pretendia utilizar a sua conta para movimentação de valores, o que foi recusado pela depoente. Diante dessa recusa, tendo sido chamada para conversar com **RÉGIS FICHTNER**, este lhe providenciou um emprego em terceirizada do DETRAN, cargo em que permaneceu por muitos anos. Contou, ainda, que **RÉGIS FICHTNER** e FRANÇA chegaram a lhe telefonar, algumas vezes, para saber se estava tudo bem e, mais recentemente, em 2017, quando estava desempregada, foi procurada no endereço por homens que estavam em 3 carros pretos, sendo-lhe oferecida uma quantia em espécie, a título de “bonificação”, a mando de **RÉGIS FICHTNER**, o que não foi aceito pela depoente.

Esses fatos demonstram o grande poder de infiltração e de mobilização de que dispõe **RÉGIS FICHTNER**, não apenas nas esferas formais da administração, mas também de sua capacidade de influenciar no ânimo de testemunhas e influir sobre o rumo das investigações, **de modo que a manutenção da sua prisão é impositiva para que o processo possa seguir o seu curso normal, a salvo de interferências indevidas.**

III

Pelo exposto, a **Procuradora-Geral da República** opina pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, no mérito, pela denegação da ordem.

Brasília, 1º de abril de 2019.

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República

**ANEXO B - DECISÃO DO STJ PELA MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA
DE EDMAR SANTOS**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 596516 - RJ (2020/0170427-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : THOMAZ LAZARO PUSTILNIK E OUTROS
ADVOGADOS : BERNARDO BRAGA E SILVA - RJ130915
BRUNO FERNANDES CARVALHO - RJ204733
THOMAZ LÁZARO PUSTILNIK - RJ218187
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : EDMAR JOSÉ ALVES DOS SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de EDMAR JOSÉ ALVES DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (HC n.º 0137048-95.2020.8.19.0001).

Consta dos autos que o paciente foi denunciado e preso preventivamente como incurso no artigo 2º da Lei n.º 12.850/13, artigo 1º da Lei 9.613/98 e artigo 312 do Código Penal. Confira-se trecho do decreto prisional:

[...]

Como dito, a partir dos elementos de informação colhidos no procedimento investigatório originário, foi deflagrada a primeira fase da "Operação Mercadores do Caos", que resultou no oferecimento de ação penal, que segue em trâmite neste Juízo. Ocorre que, com o desenrolar destas investigações, na atual fase, os dados colhidos conferem sérios e robustos indícios de que o então Secretário Estadual de Saúde, ora investigado, EDMAR JOSÉ ALVES DOS SANTOS, atuava no comando e controle da organização criminosa, ao lado do ex-Subsecretário Executivo de Saúde GABRIELL CARVALHO NEVES FRANCO DOS SANTOS. Neste particular, o resultado da medida de afastamento do sigilo dos dados telemáticos do aparelho celular do já denunciado GABRIELL CARVALHO NEVES FRANCO DOS SANTOS (autorizada pelo Juízo nos autos do processo n.º0086230-42.2020.8.19.0001), bem como declarações prestadas em fase inquisitorial, revelam, em ambiente de cognição sumária, que EDMAR JOSÉ ALVES DOS SANTOS participou decisivamente na estruturação criminosa que se instalou na Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro. Nas conversas por mensagens de aplicativo Whatsapp entre GABRIELL CARVALHO NEVES FRANCO DOS SANTOS e EDMAR JOSÉ ALVES DOS SANTOS, em especial as transcritas às fls. 23/34 da representação do MP, verifica-se que este não tinha apenas ciência das atividades ilícitas desenvolvidas por aquele, mas sim, total domínio dos fatos, exercendo de forma discreta e quase oculta a liderança da organização criminosa. Os elementos de informação dão conta de que a Pandemia COVID-19 serviu de ambiente próprio para a institucionalização de uma dinâmica de direcionamento de contratações emergenciais pela Secretaria Estadual de Saúde que, para além dos prejuízos de cifras milionárias aos cofres públicos, sequer tiveram o objeto da contratação entregue ao Poder Público. EDMAR JOSÉ ALVES DOS SANTOS, na qualidade de chefe da

Pasta, concentrou, de forma atípica, na Subsecretaria Executiva (que era ocupada por GABRIELL CARVALHO NEVES FRANCO DOS SANTOS) as demandas relativas a contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Além disso, os dados produzidos indicam o intenso e próximo controle do então Secretário Estadual de Saúde EDMAR JOSÉ ALVES DOS SANTOS das contratações que seriam levadas a cabo pela Subsecretaria Executiva, incluindo a definição de produtos e serviços, bem como as quantidades. Em paralelo, EDMAR JOSÉ ALVES DOS SANTOS também fazia a interface com sociedades empresárias interessadas em contratar com a Secretaria Estadual de Saúde, fazendo o encaminhamento destas ao seu subordinado GABRIELL CARVALHO NEVES FRANCO DOS SANTOS. A propósito, GABRIELL NEVES declarou, em depoimento prestado aos Promotores de Justiça da 4ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da Capital: "(...) Quem dava orientações para o declarante, Maria Ozana Gomes e Gustavo Borges, sobre o que deveria ser adquirido era o próprio Secretário de Saúde Edmar (...); (...) Que todas as contratações relacionadas ao COVID-19 eram reportadas ao Secretário de Estado Edmar, não apenas do hospital de campanha; Que o declarante afirma que não é verdade o que o Secretário de Estado de Saúde Edmar falou na mídia de que não tinha conhecimento sobre as contratações. Que tudo era reportado ao Secretário, inclusive mensagens eletrônicas através de aplicativo telefônico 'Whatsapp' eram trocadas várias vezes ao dia, sendo que muitas vezes havia ligações para tratar dessas contratações". O teor das conversas por mensagens de aplicativo Whatsapp entre GABRIELL CARVALHO NEVES FRANCO DOS SANTOS e EDMAR JOSÉ ALVES DOS SANTOS também indicam que, em certas ocasiões, este realizava prévia indicação daqueles que seriam contratados em processos administrativos vindouros. Nesse sentido, citam-se trechos transcritos pelo MPRJ às fls. 23, 27, 29 e 30, onde o investigado EDMAR encaminha ao já denunciado GABRIELL contatos de particulares e determina (em alguns casos) que este receba os potenciais fornecedores da Secretaria Estadual de Saúde. Mais do que isso, elementos de informação produzidos demonstram que EDMAR JOSÉ ALVES DOS SANTOS tinha ciência e até mesmo aderiu à conduta de inadimplência dos fornecedores de respiradores pulmonares acima indicado, que acabaram por entregar ao Poder Público produtos inservíveis à ventilação mecânica de pacientes com COVID-19 (foram entregues equipamentos nominados de "BIPAP").

[...]

Reforçando os indícios da atuação de destaque de GABRIELL CARVALHO NEVES FRANCO DOS SANTOS e EDMAR JOSÉ ALVES DOS SANTOS na possível organização criminoso instalada na Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro que, em conluio com particulares, em tese, direcionaram contratações emergenciais pelo Poder Público, foi captada conversa por mensagem (de áudio) de aplicativo WhatsApp entre os citados onde é falado acerca da criação de uma "lista secreta" daqueles que seriam fornecedores da Pasta. Nesse áudio, datado de 15/03/2020 (antes das contratações investigadas), EDMAR SANTOS instrui GABRIELL NEVES a elaborar "uma lista secreta" com mapeamento de depósitos de equipamentos, insumos no Rio e que apenas os dois teriam acesso.

[...]

Com efeito, em sede de cognição sumária, revela-se absolutamente razoável e plausível a suspeita da prática dos ilícitos investigados pelo ex-Secretário Estadual de Saúde, ora investigado, EDMAR JOSÉ ALVES DOSSANTOS.

[...]

Dado o contexto fático e probatório acima exposto, passa-se à análise do

requerimento de custódia cautelar de EDMAR JOSÉ ALVES DOS SANTOS. A medida cautelar requerida revela-se necessária e adequada para resguardar a investigação criminal, bem como assegurar a ordem pública, evitando a continuidade ou prática de novas e eventuais infrações penais, observada a gravidade do fato suspeito, suas circunstâncias e condições pessoais do investigado, conforme exigem o artigo 282, incisos I e II c/c artigo 312 c/c artigo 313, todos do CPP. Na hipótese, a investigação recai sobre a suposta prática dos injustos previstos no artigo 2º da Lei nº 12.850/13, artigo 1º da Lei 9.613/98 e artigo 312 do Código Penal. Logo, atendido o requisito exigido para a decretação da prisão preventiva, previsto no art. 313, inciso I, do CPP.

Também presente o requisito do *fumus comissi delicti*, uma vez que os elementos probatórios colhidos, a luz de cognição sumária, conferem subsídio probatório da existência dos fatos, em tese, criminosos, bem como consubstanciam indícios suficientes de autoria. Conforme exposto acima, há fortes e robustos elementos produzidos na investigação da possível atuação do ora investigado na liderança da organização criminosa, já denunciada em outro feito criminal, visando à prática de ilícitos contra a Administração Pública. Como dito nesta decisão, bem como em outros processos que guardam similitude de objeto, os dados de investigação dão conta da estruturação ordenada de pessoas, incluindo agentes públicos que ocupam posições decisivas e sensíveis na Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, com particulares, objetivando praticar infrações penais com o direcionamento de contratações emergenciais pelo Poder Público. Em resumo, de tudo que já foi explanado, a plausibilidade da suspeita da prática dos ilícitos investigados deve-se, em especial, a observância, em diversos procedimentos de contratação do Poder Público (ou seja, com equivalentes *modus operandi*), dos seguintes fatores: (1) atos administrativos desprovidos da imprescindível motivação consistente; (2) fatos e circunstâncias atípicas, não usuais e, possivelmente, ilegais, verificadas ao longo da tramitação do processo administrativo, tendente à contratação emergencial pelo Poder Público Estadual; (3) a presença de elementos que sugerem uma interconexão entre as sociedades que disputaram o certame, com dispensa de licitação, para a contratação de fornecimento de respiradores pulmonares; (4) indícios de utilização de pessoa(s) interposta(s) visando a ocultar reais titulares de direitos societários. (5) indícios de falta de capacidade das sociedades contratadas de fornecer os produtos; (6) indícios de prévio concerto entre as sociedades contratadas e servidores da Secretaria Estadual de Saúde para direcionamento de contratação pública; (7) antecipações de pagamento às sociedades contratadas pelo Poder Público com aparente inobservância das determinações legais e regulamentadoras da execução de despesa pública. **De outro lado, quanto ao *periculum libertatis*, a custódia cautelar mostra-se imprescindível para garantia da ordem pública e conveniência da investigação criminal. Primeiramente, as circunstâncias dos fatos, em tese, delituosos sob os quais recaem a investigação demonstram inequívoca gravidade em concreto.**

Neste particular, a hipótese expõe uma aparente institucionalização de uma rede criminosa na Secretaria Estadual de Saúde, para a prática reiterada de crimes, em especial, contra a Administração Pública. Além do suposto caráter serial das práticas, em tese, criminosas, tais acontecimentos se deram em atuação de um grupo de agentes públicos vinculados à Secretaria de Saúde do Estado, incluindo ocupantes de funções de destaque, como o caso do investigado, que era o chefe da Pasta, ao lado dos seus subordinados que ocupavam as cadeiras da Subsecretaria Executiva de Saúde e Superintendência. Com efeito, torna-se plausível a pressuposição investigativa da existência de uma complexa organização criminosa constituída com a finalidade de lesar o erário público, por meio de diversas

fraudes a procedimentos para contratação pública em caráter emergencial. E se não bastasse, tal dinâmica criminoso se valeu de cenário absolutamente excepcional e de particular sensibilidade no Brasil (e mundial) de mobilização pelo "enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus" (Lei nº 13.979/2020 e Decreto Estadual nº 46.991/2020). A propósito, para deflagração dos processos administrativos e efetivação de contratações e pagamentos (ora investigados), a organização criminoso se utilizou, justamente, da notória situação dramática e emergencial causada pela Pandemia do COVID-19 para justificar os atos, em tese, ilícitos. Noutro turno, as consequências dos fatos investigados, para além das cifras milionária do palpável prejuízo ao Erário, o conjunto probatório produzido noticia o absoluto descumprimento por parte das contratadas no fornecimento dos ventiladores pulmonares. Portanto, a danosidade social das condutas investigadas afigura-se, nesta fase, de extrema intensidade. É factível que o reflexo direto e próximo dos comportamentos criminosos tenha sido um maior agravamento da situação combalida do sistema de saúde pública. Portanto, é exacerbada a gravidade em concreto das circunstâncias do fato investigado que, segundo pacífica jurisprudência dos Tribunais Superiores, é indicador de violação da ordem pública a ser garantida pela prisão preventiva (precedentes: STJ - HC n. 353805/MG, EDcl no RHC n. 67547/PR, RHC n. 70193/RJ e HC 312.391/SP; STF -RHC 121.750/DF e HC 103302/SP). Frise-se que o investigado, ao que consta dos autos, guarda proeminência na atuação delituosa em apuração, uma vez que seria o líder do grupo criminoso e ocupava alto cargo do Poder Executivo Estadual intensificando a culpabilidade das suas possíveis ilicitudes. Além disso, presente ainda a possibilidade de reiteração na prática criminoso que igualmente constitui fundamento idôneo para a decretação da prisão preventiva (precedentes: STJ- HC368393/MGeHC n. 330813/MS; STF - HC 122.409 e HC 122.820).

Por oportuno, cabe salientar que o fato do investigado não mais ocupar a função pública de Secretário Estadual de Saúde não configura causa suficiente de neutralização do risco de cometimento de novos delitos, notadamente na hipótese em que se noticia a realização e continuidade de infrações que não pressupõem essa condição, como é o caso de eventual delito de lavagem de dinheiro (que também é objeto do procedimento investigatório). Nesse sentido: RHC 144295, Relator Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 28/11/2017, PUBLIC 01-03-2018. A propósito, também cabe consignar que há provas indicativas da intensa atuação do ora investigado na tentativa de manter supostos integrantes do esquema criminoso dentro da Secretaria Estadual de Saúde, conforme fls. 47/48 da representação. De modo que, na atual fase da investigação, sequer pode-se afirmar que não haja integrantes da organização criminoso ainda ocupando cargos no Poder Público. Também deve ser ressaltada que a influência política do investigado EDMAR JOSÉ ALVES DOS SANTOS ainda está presente. Vale lembrar que, após a sua exoneração do cargo de Secretário Estadual de Saúde, este foi nomeado para ocupar o cargo de Secretário Extraordinário do Governo Estadual, ato que se encontra, provisoriamente, sem surtir efeitos por força de decisão judicial proferida em Juízo Estadual Fazendário. Com efeito, tal fato por si só demonstra que EDMAR JOSÉ ALVES DOS SANTOS mantém seu poderio político, incluindo a possibilidade real de uso deste para interferir negativamente na colheita de fontes materiais de prova.

Nesse ponto, a prisão provisória também tem sua imprescindibilidade escorada no juízo prospectivo quanto à probabilidade de que o investigado, uma vez em liberdade, possam criar embaraços à colheita de elementos probatórios voltados ao esclarecimento de qualquer dos fatos em apuração. No caso, os elementos

de informação produzidos indicam a prática de atos tendentes a ocultar e/ou dissipar meios de provas. Neste particular, segundo o Ministério Público, após a divulgação pela imprensa de notícias lançando suspeitas sobre as contratações ora investigadas, foi colocada restrição de acesso aos processos administrativos sob investigação. Cuida-se de ação de aparente ilegalidade e, sobretudo, denunciadora do ânimo da possível organização criminosa de criar embaraços a regular apuração no procedimento investigatório. Inclusive, nos autos da investigação consta conversas de mensagens entre EDMAR JOSÉ ALVES DOS SANTOS e GABRIELL CARVALHO NEVES FRANCO DOS SANTOS demonstrando ciência deste fato. Por consequência, ganha credibilidade o receio de que, em liberdade, os investigados destruam ou ocultem provas (nesse sentido: STF -AC 4.352/DF, Rel. Ministro Edson Fachin, julgado em 14/09/2017). De outro lado, os dados colhidos demonstram que foram efetivadas antecipações de pagamento, de altos valores, às sociedades contratadas pelo Poder Público com aparente inobservância das determinações legais e regulamentadoras da execução de despesa pública. Esses valores, por sua vez, em sua grande parte não foram localizados, apesar das diversas medidas tendentes à recuperação de ativos. Nesse cenário de robustos indícios da prática de ações delituosas, em ambiente de complexa organização criminosa, que teria causa do prejuízo de ordem milionária ao Erário, tão imprescindíveis quanto aprofundar as investigações, viabilizando a consequente punição dos agentes criminosos, são os atos de rastreamento e recuperação do produto ou proveito dos eventuais fatos delituosos. Frise-se que, no atual estágio tecnológico, um simples acesso à internet é suficiente para permitir a ocultação de vultosas somas de dinheiro, bem como a dissipação de possíveis elementos de prova (considerando a fase da investigação que se avança e a complexidade dos fatos investigados).

É importante repisar que o investigado já praticou possível ato de embaraço a investigação e, além disso, os elementos dos autos externam que atuou com intensidade para lograr a permanência de possíveis integrantes da organização criminosa na Secretaria Estadual de Saúde

A título de esclarecimento, conforme demonstrado pelo Ministério Público, apesar do afastamento do investigado GABRIELL CARVALHO NEVES FRANCO DOS SANTOS da função de Subsecretário Executivo de Saúde, a citada Pasta passou a ser ocupada pelo co-investigado GUSTAVO BORGES DA SILVA. Registre-se que o próprio afastamento daquele das funções junto à Secretaria foi muito combatida pelo investigado EDMAR JOSÉ ALVES DOS SANTOS, que demonstra ter tentado articular a permanência daquele no cargo de subsecretário. Daí se deduz que, em tese, a organização criminosa mantém possibilidade de atuação na Secretaria Estadual de Saúde do Rio de Janeiro, até porque se vale, igualmente, do mesmo cenário de pandemia, desafiador de medidas emergenciais para seu enfrentamento. Com efeito, é até intuitivo pressupor que o investigado, antevendo a possibilidade dos atos de persecução penal, se valha de providências para evitar medidas apuratórias e/ou o atingimento do produto ou proveito dos crimes. **Portanto, a hipótese sugere, de forma objetiva, uma real possibilidade de interferência negativa dos investigados à obtenção de novas fontes materiais de prova e/ou à recuperação de produto ou proveito de crimes, de modo que também sob esta justificativa tem-se a imprescindibilidade da prisão provisória. Assim, tem-se demonstrado que a custódia cautelar é necessária e adequada ao caso, fundado em justo receio de perigo à ordem pública e para conveniência da instrução, tudo decorrente da existência de fatos contemporâneos (artigo 312, §2º do CPP). Por sua vez, as circunstâncias narradas acima, conjuntamente, revelam que não se mostra cabível a substituição da prisão por outra medida cautelar (artigo 282, §6º do**

CPP)

[...]

Por fim, cabe consignar que a prisão cautelar, por sua própria natureza instrumental, por óbvio, não induz juízo de certeza quanto à existência e autoria de fatos delituosos (que desafia cognição exauriente), sendo certo que a presente análise se dá sob a ótica sumária, própria desta sede e, conseqüentemente, sem qualquer antecipação indevida do exame da responsabilidade penal do investigado. Ante o exposto, presentes os requisitos legais, DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA de EDMAR JOSÉ ALVES DOS SANTOS, com fulcro nos artigos nos artigos 312 e 313, inciso I, ambos do Código de Processo Penal. (fls. 39-80) (grifou-se).

Inconformada, a Defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte de origem, cujo pleito liminar foi indeferido pelo Desembargador Plantonista, nos seguintes termos:

Com efeito, o exame da inicial da impetração não evidencia de pronto a ilegalidade do ato judicial impugnado. Na forma do art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal "conceder-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". Consoante entendimento firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o "habeas corpus é garantia constitucional que pressupõe, para o seu adequado manejo, uma ilegalidade ou um abuso de poder tão flagrante que se revele de plano (inciso LXVIII do art. 5º da Magna Carta de 1988). Tal qual o mandado de segurança, a ação constitucional de habeas corpus é via processual de verdadeiro atalho. Isso no pressuposto do seu adequado ajuizamento, a se dar quando a petição inicial já vem aparelhada com material probatório que se revele, ao menos num primeiro exame, indubioso quanto à sua faticidade mesma e como fundamento jurídico da pretensão." [HC96.787, rel. min. Ayres Britto, j. 31-5-2011, 2ª T, DJE de 21-11-2011.] Destarte, o processo demanda requisitos especiais, haja vista sua destinação particular voltada para obstar circunstâncias violadoras à liberdade ambulatorial do indivíduo (CF, art. 5º, LIV e LV). Na espécie, o exame da liminar vindicada resta impossibilitado diante da instrução insuficiente do writ, não se antevendo a juntada de documentos que elidam, de plano, a interação do ora paciente com a suposta atuação da organização criminosa, sendo de se observar constituir ônus do impetrante colacionar à ação constitucional os documentos necessários para o julgamento da pretensão, conforme entendimento firmado pelo STJ: "A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a ação mandamental de habeas corpus exige a apresentação de prova pré-constituída, recaindo sobre o impetrante o ônus de instruir corretamente o mandamus a fim de que seja possível identificar o alegado constrangimento ilegal." (AgRg no HC 525.820/RJ, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 21/11/2019). A medida extraordinária pretendida somente seria justificável no caso de flagrante teratologia, ausência de razoabilidade manifesta e abuso de poder, hipóteses nas quais não se enquadram, em princípio, o caso. Registre-se que os fatos narrados se amoldam à garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, requisitos apostos no art. 312 do CPP. Outrossim, consignar-se que eventuais condições pessoais favoráveis ao paciente não se mostram aptas a gerar direito subjetivo absoluto à liberdade provisória, conforme jurisprudência consolidada no âmbito do E. STJ: "Esta Corte Superior possui entendimento firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis do agente, tais como primariedade, residência fixa e ocupação lícita, não representa óbice, por si só, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela." (AgRg no HC 580.348/SC, Rel. Ministro JOEL

ILAN PACIORNIK, QUINTATURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 23/06/2020)"Ressalte-se, por oportuno, que eventual presença de circunstâncias pessoais favoráveis não tem o condão de garantir a revogação da prisão ou de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, como na hipótese." (HC 552.876/MG, Rel. MIN. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 28/02/2020)Pondere-se que a questão arguida não se amolda às hipóteses submetidas ao regime de plantão judiciário, nos termos do disposto no § 1.º do art. 1.º da Resolução 33 deste Tribunal de Justiça, em consonância com o art. 1.º da Resolução nº 71/2009 do Conselho Nacional de Justiça, in verbis:

[...]

Não se desconhece a existência de situação diferenciada no contexto social em decorrência do Corona vírus/Covid-19, bem como as ações adotadas para preservar a saúde do corpo social, conforme recomendação do CNJ. Ocorre que tal argumento não justifica a superação do princípio do juízo natural, sob pena de subversão da ordem jurídica. Com efeito, a busca pela entrega de uma rápida prestação jurisdicional não pode levar a um distanciamento dos princípios norteadores do processo. Não é razoável que o jurisdicionado procure subtrair do conhecimento do Juízo Natural da causa, no todo ou em parte, conflito de interesses cujo formal conhecimento há de ser feito pela Câmara competente e pelo Desembargador a quem couber o feito pela normal distribuição. Ademais, divisa-se que o pleito de substituição da pena de reclusão por prisão domiciliar não foi realizado junto ao Magistrado de origem, a quem cabe o conhecimento das matérias jurídico-factuais apostas, declinando-se para exame, em sede de Habeas Corpus, apenas as questões apreciadas anteriormente pelo juízo natural, sob pena de ilícita supressão de instância.

[...]

Dessa forma, sob qualquer aspecto, inviável a apreciação do presente writ, sob pena de indevida supressão de instância. Por tais razões, nega-se, em sede de plantão judiciário, a liminar pretendida. Encaminhe-se à distribuição para reapreciação da liminar pelo Desembargador de Câmara Criminal competente. Intime-se. (fls. 176-179).

No presente *mandamus*, alega Defesa que deve ser superado o enunciado n.º 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, haja vista que a decisão impugnada está sem fundamentação.

Aduz que " Em que pese os mesmos fatos já estarem sendo apurados no bojo do Inquérito nº 1338/DF (2020-0106808-7), em trâmite neste E. Tribunal Superior, no qual, o PACIENTE, inclusive, já foi alvo de busca apreensão efetivada no último dia 26 de maio (PBAC 27/DF)—razão pela qual já se requereu a esta douta Presidência na PET 13541 a avocação dos autos da Justiça Estadual—, não se discute aqui a absoluta ausência de competência do magistrado estadual para decretar a referida prisão preventiva" (fl. 5).

Assere que a decisão que indeferiu a liminar pleiteada na origem carece de fundamentação.

Pondera que "... a manutenção da prisão preventiva do médico EDMAR SANTOS peca por manifesta ilegalidade, porquanto é evidente que a sua segregação cautelar não encontra respaldo nos ditames legais e constitucionais..." (fl. 7).

Sustenta, ainda, a ausência dos requisitos da prisão preventiva do paciente.

Alega, ainda, que "...quanto ao segundo ponto aventado na decisão ora impugnada, cabe ressaltar que, na forma expressa da nova redação do §6º do artigo 282 do C.P.P., é ilegal a decretação de prisão preventiva sem que o magistrado justifique, de forma individualizada, com elementos presentes do caso concreto, a razão pela qual não foi decretada medida cautelar menos gravosa, inexistindo, portanto, in casu, qualquer 'supressão de instância'" (fls. 7-8).

Afirma, por fim, que "Trata-se do caso ora em análise, porque não há nenhum fato concreto nos autos que justifique a segregação cautelar do médico EDMAR SANTOS, sendo

flagrante a ilegalidade perpetrada pelo juízo da 1ª Vara Criminal Especializada, pela série de violações aos ditames do Código de Processo Penal e da Constituição Federal" (fl. 10).

Requer, liminarmente e no mérito, seja reformada a decisão impugnada a fim de revogar a prisão preventiva do paciente, com a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

É o relatório.

Insurge-se o impetrante contra a decisão do Desembargador do Tribunal *a quo*, que indeferiu a liminar no *habeas corpus* originário.

Constata-se, desde logo, que a pretensão não pode ser acolhida por esta Corte Superior de Justiça, pois a matéria não foi examinada no Tribunal de origem, que ainda não julgou o mérito do *writ* originário, sob pena de indevida supressão de instância.

Ademais, de se notar que o pedido foi analisado por magistrado no plantão judicial, durante o final de semana, ou seja, o que reforça a impossibilidade de análise do remédio heroico nesta Corte superior de justiça, pois a súplica não foi sequer apreciada pelo relator do caso no Tribunal estadual.

Com efeito, a jurisprudência deste Tribunal firmou-se no sentido de que não cabe *habeas corpus* contra indeferimento de pedido liminar em outro *writ*, salvo no caso de flagrante ilegalidade. Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SÚMULA 691/STF. WRIT INDEFERIDO LIMINARMENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

1. O verbete sumular 691 do Supremo Tribunal Federal deve ser afastado apenas em casos de manifesta ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada, sob pena de indevida supressão de instância.

Precedentes.

2. Sendo majoritário, na jurisprudência desta Casa, o entendimento de que, "a instalação de estação de radiodifusão clandestina é delito de natureza formal de perigo abstrato que, por si só, é suficiente para comprometer a segurança, a regularidade e a operabilidade do sistema de telecomunicações do país, não tendo aplicação o princípio da insignificância mesmo que se trate de serviço de baixa potência" (AgRg no REsp 1.566.462/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 28/03/2016), é de se ter como ausente o requisito da plausibilidade da pretensão deduzida na inicial.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 382.844/BA, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ATO COATOR: DECISÃO SINGULAR DE DESEMBARGADOR DA INSTÂNCIA DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA OU ILEGALIDADE MANIFESTA QUE AUTORIZE A RELATIVIZAÇÃO DA DIRETRIZ DA SÚMULA 691 DO STF. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO DEMONSTRADO, DE PLANO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na esteira da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal, aplicável por analogia, entende que não cabe *habeas corpus* contra decisão que indefere liminar na origem.

2. Em situações excepcionais, entretanto, como forma de garantir a efetividade da prestação jurisdicional nas situações de urgência, uma vez constatada a existência de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, é possível a superação do mencionado enunciado (HC 318.415/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 4/8/15, DJe 12/8/15).

3. No caso destes autos, não há ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia a autorizar a concessão da ordem de ofício, pois diante da fase em que se encontrava a instrução criminal, achou por bem o Desembargador Relator aguardar as informações do Juiz de primeiro grau para melhor análise quanto aos documentos juntados aos autos pelo Acordo de Cooperação Jurídica Internacional e ainda porque, após exame das decisões acostadas, constatou-se que "a defesa teve amplo acesso aos documentos" (e-STJ fl. 596), o que afastava a existência de violação manifesta aos princípios do contraditório e da ampla defesa aptos ao deferimento da liminar, demandando a matéria melhor análise das provas dos autos, o que demonstra que, naquele momento, o Desembargador Relator não verificou ilegalidade manifesta apta ao deferimento da liminar, aguardando para o mérito do mandamus o exame do tema. E, ainda, porque o indeferimento de provas pelo Magistrado não é, por si só, suficiente à superação do óbice sumular, já que "o

indeferimento de produção de provas é ato norteado pela discricionariedade regrada do julgador, podendo ele, portanto, soberano que é na análise dos fatos e das provas, indeferir, motivadamente, as diligências que considerar protelatórias e/ou desnecessárias, nos termos preconizados pelo § 1º do art. 400 do Código de Processo Penal" (HC 180.249/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, DJe 04/12/2012), 4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 382.813/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 21/02/2017)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ARTS. 33 DA LEI N. 11.343/2006 E 14 DA LEI N. 10.826/2006. SÚMULA N. 691 DO STF. INDEFERIMENTO LIMINAR. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que, excepcionada a hipótese na qual a evidência da teratologia é tamanha que não escapa à pronta percepção do julgador, não compete a este Superior Tribunal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar. Súmula n. 691 do STJ.

2. Na hipótese, não se justifica o afastamento do óbice sumular, pois a determinação de segregar provisoriamente o réu está fundamentada em dados concretos dos autos, à luz do disposto no art. 312 do CPP.

3. O Juiz de primeiro grau entendeu devida a prisão preventiva do paciente para garantia da ordem pública, porquanto "a FAC juntada à fl. 10 demonstra que o acusado responde a processo na comarca de Murié, MG, pela suposta prática de crime de tráfico de drogas, no qual foi decretada a sua prisão preventiva, consoante mandado de fl.

21, o que revela que ele tem personalidade voltada para a prática delitiva" (fl. 101). A suposta prática de novo crime de tráfico de drogas, no curso de prisão preventiva decretada em outro processo, justifica, em análise superficial, a prognose sobre o risco de reiteração delitiva.

4. A pretendida desclassificação da conduta imputada ao agravante para a infração penal prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006 é questão que demanda análise do conjunto probatório produzido durante a instrução criminal, providência vedada no bojo do remédio constitucional, que é de cognição limitada e não comporta a oitiva da parte adversa.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 379.808/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017)

litteris: No mesmo sentido, o enunciado sumular nº 691 do Supremo Tribunal Federal,

Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar.

No caso em apreço, ao menos em um juízo de cognição sumária, entendo que não se justifica a atuação desta Corte Superior antes do julgamento do mérito da impetração originária pelo Tribunal de origem. O magistrado de plantão que analisou o *writ* originário não vislumbrou, de plano, a presença dos pressupostos necessários à concessão da medida liminar, entendendo mais prudente reservar ao mérito da impetração a análise da questão, o que não constitui manifesto constrangimento ilegal capaz de excepcionar a aplicação do referido verbete sumular.

Com efeito, a decisão em xeque não se mostra teratológica, mas tão somente contrária aos interesses da defesa. Há de se respeitar a sequência dos atos processuais, notadamente a competência de cada tribunal, não podendo esta Corte se substituir ao colegiado de origem para conceder uma liminar que lá foi devidamente negada, com exposição de fundamentos bastantes.

Ademais, ao decretar a prisão preventiva, o Magistrado de primeira instância destacou a periculosidade concreta da conduta perpetrada pelo paciente, não sendo, pois, hipótese de flagrante ilegalidade apta à superação do referido verbete sumular.

Ressuma dos autos, ainda, que há pedido de avocação da Justiça Estadual para esta Corte no inquérito 1338 deste Superior Tribunal de Justiça, da defesa (Pet 13.541) e do

Ministério Público (Pet na Petição n. 13.538), oportunidade em que a defesa, se forem deferidos os pedidos de avocação formulados, poderá reiterar o pedido de revogação da prisão preventiva decretada em desfavor do ora Paciente.

Sendo assim, o pedido revela-se manifestamente incabível, não havendo como dar prosseguimento ao *writ*, a teor do disposto no art. 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Art. 210 - Quando o pedido for manifestamente incabível, ou for manifesta a incompetência do Tribunal para dele tomar conhecimento originariamente, ou for reiteração de outro com os mesmos fundamentos, o relator o indeferirá liminarmente.

Ante o exposto, com base no artigo 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **indefiro liminarmente** o presente *habeas corpus*.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Publique-se.

Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília, 15 de julho de 2020.

MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Vice-Presidente